



*Revista del Ministerio
de Empleo y Seguridad Social*

Derecho social
Internacional y Comunitario

132

2017



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Derecho social Internacional y Comunitario

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Javier Thibault Aranda**, Director General de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **José M^a Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Amparo de Rus García**, Directora del Gabinete de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Ignacio Niño Pérez**, Director del Gabinete de la Secretaría de Estado de Empleo.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Agregado de Derecho de la UE. **M^a Belén Roel de Lara**, Jefa del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

Maria Antonia Castro Arguelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

Angel Blasco Pellicer, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

Cristina Gortazar Rotaeché, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

Nuria Paulina García Piñeiro, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

DIRECTOR

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@meyss.es

Internet: <http://www.meyss.es>

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 17-2.357

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>



Edita y distribuye:

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Subdirección General de Información

Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 270-16-002-5

NIPO Internet: 270-15-069-X

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Derecho social Internacional y Comunitario

SUMARIO

EDITORIAL, *Luis Enrique de la Villa Gil*, 9

I. ESTUDIOS

La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional.

Miguel Rodríguez-Piñero Royo, 17

La protección constitucional de las relaciones laborales transnacionales en España. *Luis Jimena Quesada*, 49

Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero.

Paz Menéndez Sebastián, 79

Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de contrato individual de trabajo en España. *Guillermo Palao Moreno*, 111

La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I. *Luis F. Carrillo Pozo*, 129

Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo. *Miguel Gardeñes Santiago*, 163

El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del Estado de prestación temporal de servicios. *Mireia Llobera Vila*, 189

Las relaciones colectivas de trabajo en el Derecho Internacional Privado.
Olga Fotinopoulou Basurko, 217

Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes
de Seguridad Social. *Yolanda Maneiro Vázquez, 249*

II. LEGISLACIÓN

Crónica legislativa: la actividad de la Unión Europea. *Yolanda Maneiro Vázquez, 283*

III. JURISPRUDENCIA

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
en 2016. *José María Miranda Boto, 311*

IV. DOCUMENTACIÓN E INFORMES

Balance de la actividad del Consejo de la Unión Europea en materia de relaciones
laborales y condiciones de trabajo, protección, inclusión social y seguridad social, política
social e igualdad, 2014-2015. *Miguel Colina Robledo, 333*

La gobernanza económica de la Unión Europea. Informe 02/2017.
María Prous Lora, 383

La brecha salarial de género en la Unión Europea: principales estrategias adoptadas
para su eliminación desde una perspectiva comparada. *Raquel Vela Díaz, 393*

Sobre el trabajo atípico en el mundo. Un Informe de la OIT.
Paula de la Villa de la Serna, 413

V. RECENSIONES Y BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

Buenas prácticas de empleo en Europa. Antonio Ojeda Avilés
y Miguel Gutiérrez Pérez, *439*

Balance y perspectivas de la política laboral y social europea.
Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, *448*

BIBLIOGRAFÍA

Índice de artículos y estudios sobre Derecho Social Internacional y
Comunitario publicados en Revistas científicas en 2017.
Maravillas Espín Sáez, *453*

Journal of the Ministry of Employment and Social Security

International and Community Social Law

CONTENTS

EDITORIAL, *Luis Enrique de la Villa Gil*, 9

I. STUDIES

International mobility of workers: General aspects and differences in international mobility cases. *Miguel Rodríguez-Piñero Royo*, 17

The constitutional protection of labour relations across international borders in Spain. *Luis Jimena Quesada*, 49

Judicial competence in employment contracts with foreign elements. *Paz Menéndez Sebastián*, 79

Recognition and implementation of foreign judgements for individual employment contracts in Spain. *Guillermo Palao Moreno*, 111

The law applicable to cross borders employment contracts: Rome I Regulation. *Luis F. Carrillo Pozo*, 129

Mandatory Law and international employment contract of employment. *Miguel Gardeñes Santiago*, 163

Temporary displacement of workers and protection of the state of temporary provision of services. *Mireia Llobera Vila*, 189

The collective labour relations in Private International Law. *Olga Fotinopoulou Basurko*, 217

The choice of law rules in the system of coordination of rate of social safety. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 249

II. LEGISLATION

Legislation chronicle: The European Union activity. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 283

III. CASE LAW

Review of case-law from the EU Court of Justice in 2016. *José María Miranda Boto*, 311

IV. DOCUMENTS AND REPORTS

Activity report of the Council of the EU on labour relations and working conditions, protection, social inclusion, social security and equality policies, 2014-2015. *Miguel Colina Robledo*, 333

Economic governance of the European Union. Report 02/2017. *María Prous Lora*, 383

The gender pay gap in the European Union: comparative analysis of the main strategies implemented to remove it. *Raquel Vela Díaz*, 393

On uncommon employment in the world. A Report from ILO. *Paula de la Villa de la Serna*, 413

V. RECENSIONS AND REFERENCES

RECENSIONS

Good employment practices in Europe. Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez, 431

Assessment and perspectives of the European labour and social policy. *Sonsoles de la Villa de la Serna*, 448

REFERENCES

List of articles and studies on International and Community Social Law published on scientific magazines in 2017. *Maravillas Espín Sáez*, 453

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL*

*Nuestra Europa, atestada
de quietos funcionarios, preocupados
por el escalafón, atiborrada
de inútiles sicólogos, ufólogos, sexólogos, semiólogos, ecólogos
y otras leches así ...*

Víctor Botas (Oviedo, 1945-1994)
Versos del poema *Esos mundos de Dios*

1. No sabemos si los excesivos y, desde luego, sonoros versos del gran poeta de oficio que fue Víctor Botas, habrán inspirado a Theresa May para dar a entender que en la cuenta a pagar por el Reino Unido al salir de la Unión Europea, no van a computarse en ningún caso los fondos destinados a cubrir las pensiones de toda esa prolija familia de funcionarios comunitarios. El caso es que esa postura –extensiva a otros diversos capítulos de los cerca de 60.000 m/€ que recaba la Unión Europea, frente a los cerca de 20.000 m/€ que ofrecen los prófugos–, ha impedido hasta ahora cerrar la llamada primera fase y dar paso a la negociación propiamente dicha de las relaciones futuras entre los negociadores. Pero este apasionante asunto del Brexit –*Britain exit*– se deja para el número 137 de la Revista, en el supuesto de que no ocurra un *Britain remain* o un más improbable todavía *Regrexit*, lo que exigiría olvidar antes o después la consigna lapidaria de *to leave means to leave*, que tanto recuerda a la del célebre *no es no ...*

2. El Derecho internacional privado es una complejísima rama del ordenamiento jurídico, definido en su día por el profesor Yanguas Messía (1890-1974) como la que designa los ordenamientos jurídicos competentes para regular las relaciones jurídicas privadas que no dependen por entero de la legislación material interna del juez. El profesor Aguilar Navarro (1916-1992) equiparó el Derecho internacional privado al Derecho civil internacional en cuanto que su objeto no era otro que el de reglamentar las relaciones civiles o privadas, la proyección de las relaciones civiles a la esfera internacional, o sea, el derecho civil visto transnacionalmente, bien que con el tiempo el derecho internacional privado fuera sufriendo «desviaciones» mercantiles, tributarias, penales, laborales, capítulos específicos en la manualística, por ejemplo, del profesor Miaja de la Muela (1908-1981).

* Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la UAM. Presidente Honorario de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado, *Of Counsel* de Roca Junyent.

Esa confrontación coordinadora entre las normas del derecho internacional privado y las normas del Derecho del trabajo –incluidas las normas del Derecho de la protección social– es el ambicioso propósito de este número monográfico, cuya segura gozosa recepción por los especialistas ha de atribuirse básicamente a los méritos de Olga Fotinopoulou –reconocida experta en la materia y eficazísima coordinadora–, así como a los buenos oficios del profesor García Ninet, suficientemente conocido en cualquier rincón en el que huela a Derecho del trabajo o a Derecho de la protección social. De ese modo se produce la feliz conjunción de tres profesores de Derecho internacional privado (Guillermo Palao, Luis Carrillo y Miguel Gardeñes), un constitucionalista (Luis Jimena) y de cinco profesores de Derecho del trabajo, incluida la protección social (Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Paz Ménéndez, Mireia Llobera, Yolanda Maneiro y la propia Olga Fotinopoulou). Más que un análisis general de los instrumentos jurídicos vigentes sobre la movilidad internacional de los trabajadores, se prioriza la reflexión sobre la evolución de los mismos a partir de las últimas reformas legales y, en particular, jurisprudenciales. La coordinadora ofrece su estimable opinión de que la orientación perseguida por las instituciones europeas es buscar la convergencia entre las pautas de los instrumentos relativos al foro y al ius aplicables al contrato de trabajo y, a la vez, los criterios conflictuales en materia de seguridad social contenidos en el Reglamento de coordinación de los distintos sistemas nacionales de los países miembros.

Un esfuerzo que lógicamente viene apegado a los fenómenos de la movilidad transnacional y de las relaciones laborales plurilocalizadas, ambos muy estudiados por la doctrina laboralista española en los últimos años, de lo que son buena muestra –entre otros numerosos estudios– los libros de Javier Gárate Castro (2012), Antonio Ojeda Avilés (2013) y Wilfredo Sanguineti Raymond (2014 y 2015). De manera que el término transnacional ha hecho fulgurante carrera en el intento de expresar una idea bien distinta a la que se vino acogiendo históricamente en el adjetivo internacional. Si lo internacional pronto derivó a lo interestatal, y a relaciones verticales o vértices de la competencia, con la palabra transnacional se quiere remitir a la perspectiva transversal u horizontal de las instituciones mundiales, con un particular protagonismo de las empresas multinacionales, las cuales, con su fuerza económica gigantesca, han desbordado también las inquietudes del Derecho internacional privado en su tarea de determinar, frente a los litigios internacionales, la competencia de los tribunales, la localización de la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras dictadas en el caso concreto. Lo que más sorprende desde unos años atrás es que las empresas multinacionales –escasamente preocupadas por la rígida aplicación de los derechos y garantías laborales– hayan empezado a exigirse a sí mismas, y a las entidades que con ellas se relacionan, el respeto a los estándares de conducta y núcleos de los derechos laborales. Entendidas las cosas de ese modo este monográfico se mueve más cerca del Derecho internacional privado que de un todavía vaporoso Derecho de la transnacionalidad.

3. El monográfico que aquí se presenta se inicia por un estudio introductorio del profesor Miguel Rodríguez-Piñero Royo, en el que explica que la globalización ha incrementado la movilidad de las personas por motivos profesionales, y sobre todo ha diversificado las formas en que ésta se produce. Junto a la tradicional movilidad por el empleo, los movimientos migratorios multiplican los supuestos de movilidad en desarrollo de las prestaciones objeto de una relación de trabajo, y por iniciativa y en interés de las empresas. Han cambiado los modos de trasladarse, y también los motivos para hacerlo, puesto que a los ya conocidos de búsqueda de oportunidades profesionales existen otros vinculados con la formación, el ocio, la internacionalización, la huida de los conflictos bélicos y de los desastres naturales. Lo cierto es que en el mundo globalizado las personas van a circular a niveles no conocidos hasta la fecha y junto al fenómeno, mal que bien asimilado, de los desplazamientos temporales en el marco de una prestación de servicios

transnacional, las tensiones más fuertes nacen de otras formas de expatriación, particularmente la de los refugiados, protagonistas de una crisis intensa en toda la Unión Europea a la que, hasta la fecha, se ha dado un tratamiento poco compatible con el sagrado principio de la libre circulación de las personas, demorando el reto de construir un derecho transnacional, superior de los ordenamientos nacionales, cuyo ámbito de aplicación coincida con el del mercado.

Por su parte, el profesor Luis Jimena Quesada aborda el problema de la creciente movilidad laboral transnacional en el sistema constitucional español, bajo la compleja interacción de la libre circulación de servicios y trabajadores en la Unión Europea. Su propuesta estriba en optimizar los derechos de los trabajadores desplazados a través de la efectividad de la tutela judicial, desde la doble perspectiva procedimental (normas sobre conflictos de leyes más favorables) y sustancial (principio *favor laboratoris*), dando entrada a la acción sindical en cualesquiera situaciones extraterritoriales. A tal efecto se concede una particular importancia al precedente del «caso Laval» en cuanto a la experiencia habida en un contexto de tensión asimétrica de competencia leal versus condiciones laborales, maximizando las sinergias positivas entre los estándares constitucionales, europeos e internacionales sobre derechos humanos, con objeto de conseguir el mejor nivel de protección para los trabajadores desplazados. Su impresión, no obstante, es que poco podrá conseguirse a medio plazo si el TJUE no protagoniza el nuevo «Pilar Europeo de Derechos Sociales», una vez que el adjetivo «social» se agregó explícitamente a la definición del «modelo económico europeo» de modo tardío en el Derecho primario de la UE, particularmente en el Tratado de Lisboa, atribuyendo fuerza jurídica vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, cuyo catálogo de derechos sociales –especialmente los que figuran bajo la rúbrica de «Solidaridad»– se ha basado precisamente en la remota Carta Social Europea del Consejo de Europa.

En su aportación, la profesora Paz Menéndez Sebastián se enfrenta al estudio de las reglas que permiten identificar la jurisdicción competente para conocer de los litigios entre empresarios y trabajadores en el marco de una relación contractual internacional, acometiendo el estudio de las normas de competencia judicial internacional de los distintos sistemas que obligan al juez español y las pautas que rigen su aplicación, en cuanto a la distribución jerárquica, material, temporal, especial y geográfica, etc, aunque con exclusión de las relaciones laborales colectivas y de las de protección social. Como quiera que en la actualidad se ha generalizado la traslación de todo o parte de la actividad productiva a otros países, intensificando considerablemente la movilidad transnacional de trabajadores, son imprescindibles reglas claras para la correcta localización de la jurisdicción competente a efectos de conocer y resolver los litigios de orden laboral. A partir de ahí se aborda la cuestión general de la competencia judicial internacional, con referencia a las normas de determinación del *forum*, con el apoyo de la jurisprudencia que el TJUE ha dictado sobre los antecedentes normativos del actual Reglamento Bruselas I bis, amén de analizar las reglas específicas sobre competencia judicial internacional específicas relativas a los desplazamientos temporales de trabajadores, con crítica a la denominada inmunidad de jurisdicción, recientemente regulada en la LO 10/2015.

En su trabajo, el profesor Guillermo Palao Moreno, analiza el sistema español vigente de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de contratos individuales de trabajo de naturaleza transfronteriza, con particular atención a las normas relativas a la denegación de ese reconocimiento o ejecución de las mismas. Lo que obliga a considerar el Reglamento (UE) 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), el Reglamento (CE) 805/2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados

y el Reglamento (CE) 1896/2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. Y, en conexión con esas normas, los convenios internacionales aplicables en los que España es parte contratante, tanto los convenios bilaterales, cuanto el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 (el conocido como Convenio «paralelo» de Lugano de 2007), e incluso las soluciones previstas en la novedosa Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015, de aplicación supletoria. Normas estas que responden de forma dispar al principio *favor laboratoris* informador del Derecho Internacional Privado en este singular ámbito, a causa fundamentalmente del diverso origen y el diferente momento de elaboración de tales instrumentos y reglas. Frente a ello, propone el estudio como solución inmediata seguir con el modelo que ofrece el artículo 45.1, e) del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, así como despejar las dudas que genera la confusa redacción del artículo 46. 1, c) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015.

El profesor Luis Francisco Carrillo Pozo se ocupa del artículo 8 del Reglamento (CE), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como Roma I, norma más centrada en el fortalecimiento de la competitividad que en la tutela del contratante más débil. Aunque no compartida plenamente por las doctrinas internacionalista y laboralista, arriesga el autor la tesis de que la única norma de conflicto vigente en España en materia de contrato de trabajo es el citado precepto y las disposiciones concordantes de idéntica fuente, con el efecto de desplazar cualquier norma nacional, de manera que el sistema de protección se construye tomando como eje la referencia ofrecida por la ley del lugar donde se trabaja, con independencia de que exista o no *pactum de lege utenda*. Desde cuya conclusión ha de examinarse la hipótesis de que el trabajador preste servicios en un solo lugar habitual de trabajo, aun cuando el trabajador sea desplazado con carácter temporal a otro sitio, bien que los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores precisan una referencia a la perspectiva conflictual, contrastando el artículo 8 con la Directiva 96/71. Insiste no obstante el autor en la provisionalidad de sus conclusiones habida cuenta del impacto de la sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2013, sobre el precedente de la de 6 de octubre de 2009, que obligará a diferenciar distintos supuestos en función del lugar o lugares en los que el trabajo se desarrolle.

Sobre el derecho imperativo, en relación con el contrato internacional de trabajo, elabora su estudio el profesor Miguel Gardeñes Santiago, partiendo de la afirmación de que si el contrato presenta vínculos con más de un Estado, la cuestión de la imperatividad de las normas laborales plantea dificultades específicas, puesto que el contrato puede verse afectado no únicamente por las normas imperativas del ordenamiento que le resulte aplicable, sino también por leyes de policía de otros Estados vinculados con el caso. En la jurisprudencia europea, el reciente asunto *Nikiforidis* constituye una buena muestra de los problemas que puede suscitar la aplicación de dichas leyes de policía. Además, el orden público del foro puede actuar como correctivo que impida la aplicación de un Derecho extranjero, en caso de que el resultado de su aplicación produzca un resultado manifiestamente incompatible con los principios básicos del foro. Por ello, en un contexto transnacional, la distinción entre normas simplemente imperativas y normas internacionalmente imperativas o leyes de policía, resulta imprescindible, en cuanto que las últimas gozan de una imperatividad reforzada que las hace aplicables incluso cuando el ordenamiento rector del contrato sea el de otro país, sin olvidar que en el caso de los contratos de trabajo, la aplicación de la *lex loci laboris* conduce a la aplicación de la totalidad del bloque de Derecho imperativo del país en el que se lleve a cabo la actividad laboral, ya se trate de sus disposiciones simplemente imperativas o de verdaderas leyes de policía.

La profesora Mireia Llobera Vila describe el marco jurisprudencial aplicable al desplazamiento temporal de trabajadores, recordando que la Directiva 96/71/CE es una norma aparecida tras varias décadas de jurisprudencia del TJUE sobre un concepto de desplazamiento inscrito exclusivamente en el contenido del Tratado sobre la libre prestación de servicios. Llama la atención de que la noción de la temporalidad se entiende como opuesta a la de permanencia, pero no a la de duración prolongada, que puede extenderse a lo largo de varios años. Se alude luego a la española Ley 45/1999, tras su modificación por el Real Decreto-Ley 9/2017, transponiendo la Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, en relación con la doctrina *Wolff* y su reversión operada en *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)* y *Comisión contra Alemania (C-490/04)* –dónde el TJUE evita servirse de las disposiciones del artículo 5 de la Directiva 96/71/CE como título habilitante de la intervención estatal en materia de control–, lo que obliga a que la legislación laboral nacional, en cuanto que marca límites a la subcontratación transnacional de servicios, se adecue al artículo 56 TFUE. Y es ahí donde se inserta la Directiva 2014/67/CE, que desempeña el papel de establecer los requisitos administrativos que pueden imponerse a los operadores externos, actuando como norma de «máximos». Con ello se trata de evitar, en las palabras del TJUE, procedimientos «desproporcionados» para el control del cumplimiento de la legislación laboral. El principio de proporcionalidad comunitario actúa así en la jurisprudencia y en la Directiva 2014/67/UE como parámetro de control de la adecuación de las normas estatales al principio de remoción de barreras no arancelarias (BNA), a lo que el trabajo añade un análisis crítico sobre las insuficiencias de la transposición de la Directiva 2014/67/UE en materia de salud laboral.

En cuanto a la coordinadora del monográfico, la profesora Olga Fotinopoulou Basurko, manifiesta que la intención perseguida consiste en analizar los problemas que, desde la perspectiva de la competencia judicial y de la ley aplicable, originan los denominados Acuerdos Marco Internacionales –AMI–, instrumentos negociados entre una empresa multinacional y una federación sindical mundial, y que, como tales, impactan sobre las condiciones laborales de trabajadores que desempeñan su actividad en diversos países. De modo que, ante el incumplimiento de sus contenidos, se suscita la necesidad de decidir ante qué jurisdicción se debe plantear la eventual controversia surgida a propósito de esta tipología de instrumentos supranacionales y, a la vez, qué legislación será aplicable para la resolución de aquéllos. La cuestión se dificulta considerablemente dado que, en la mayor parte de los AMI, se introducen mecanismos extrajudiciales de conflicto para resolver los eventuales problemas interpretativos y/o aplicativos que pudieran surgir de los mismos, complicándose aún más el panorama por la diversidad de las regulaciones nacionales y sus soluciones diferenciadas sobre la voluntariedad u obligatoriedad de estos procedimientos extrajudiciales. A renglón seguido, el trabajo que se comenta aborda también la posibilidad de ejercer acciones colectivas transnacionales, en particular el derecho a la huelga, uno de los terrenos más pantanosos del derecho del trabajo, lo que se traduce en las dificultades de determinar la ley aplicable a la licitud o ilicitud de la huelga, así como la legislación aplicable a las consecuencias potenciales que el ejercicio de este derecho transnacional origina a los sujetos colectivos convocantes de aquélla, trayendo a colación el caso *Torline* de 2004 y su influencia en el Reglamento Roma II, en relación con el Reglamento Bruselas I bis y el Reglamento Roma I.

Finalmente, la profesora Yolanda Maneiro Vázquez –que también ofrece en este número de la revista su habitual crónica legislativa–, se ocupa de la evolución de la normativa europea en materia de Seguridad Social en relación al derecho de libre circulación de trabajadores, resaltando cómo el principio general de la *lex loci laboris* ha tenido que adaptarse a las numerosas particularidades de los trabajadores del mar, de los trabajadores desplazados

o de la pluriactividad. De esa evolución complejísima tanto en la teoría como en la práctica, el Reglamento (CE) n° 883/2004 –punto de llegada hasta la fecha– tampoco ha conseguido resolver los problemas más agudos, en buena medida por la superposición de sus normas con las del Reglamento (CEE) n° 1408/71, de previsible vigencia hasta el 2020, lo que multiplica las cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de su Título II. En su análisis, la autora toma en consideración la versión consolidada del Reglamento 1408/71, atendiendo en cambio a las tres distintas versiones del articulado del Título II del Reglamento (CE) n° 883/2004 y de su disposición aplicativa, el Reglamento (CE) n° 987/2009, complicando más todavía el panorama normativo las modificaciones de detalle introducidas en el inicial Título II, magnificadas aún después a través del Reglamento (UE) n° 465/2012. Lo de menos es que tal norma introdujera un nuevo criterio de determinación de la legislación aplicable para las tripulaciones de vuelo o de cabina, pues lo más significativo es que sustituyó íntegramente el régimen de la actividad múltiple por cuenta ajena, con retoques en la regulación de los trabajadores desplazados. Tal confusión normativa pretende clarificarse por el TJUE, afirmando que tras la entrada en vigor del Reglamento 1408/71, «las disposiciones del Título II del Reglamento constituyen un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes, cuyo objetivo es someter a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad al régimen de Seguridad Social de un único Estado miembro para evitar la acumulación de legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello pueden derivarse».

4. Manteniendo la estructura habitual en la Serie, el n° 132 incluye junto a los nueve Estudios que han sido reseñados, las secciones fijas de Crónica jurisprudencial, Documentos e Informes y Bibliografía, respectivamente a cargo de José María Miranda, Miguel Colina, Paula de la Villa, María Prous, Raquel Vela, Carlota Sotomayor, Sonsoles de la Villa y Maravillas Espín.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

I. Estudios

La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional*

International mobility of workers: General aspects and differences in international mobility cases

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO**

1. PRESENTACIÓN

Este trabajo se incluye en un monográfico de una revista de Derecho del Trabajo dedicado a la movilidad transnacional de la mano de obra, con el objetivo de presentar este fenómeno y fijar algunos de sus elementos antes de pasar a estudiar éstos con detalle en las demás colaboraciones que seguirán a ésta. Cumplirá una función doble: dibujar el contexto en el que se produce esta movilidad, de un lado; e identificar las principales modalidades de ésta, por otro¹.

El punto de partida es la globalización, ese fenómeno que caracteriza el mundo en el siglo XXI, que llamamos, por esto, global. Un

fenómeno que ha afectado a todas las facetas de la vida humana, especialmente cuando, entrado ya nuestro siglo, ha visto sus efectos potenciados por innovaciones tecnológicas aceleradas. Un fenómeno, en fin, que está afectando profundamente al mundo del trabajo, porque trabajar en un mundo global tiene unas diferencias respecto de cuanto hemos conocido hasta ahora que no podemos ignorar.

Éste es el contexto en el que debemos entender el asunto que nos ocupa, la movilidad de los trabajadores. En un mundo sin fronteras, esta movilidad tampoco las tiene, generando unos movimientos transnacionales de una extensión sin precedentes. La liberalización de los intercambios económicos, la uniformización de producción y consumo, el abaratamiento y la masificación de los transportes y, últimamente, el impacto de la cuarta revolución industrial se conjugan para cambiar de manera radical cómo se produce y como se trabaja. La globalización no ha sido sólo una cuestión de intercambios económicos, sino que ha permitido desarrollar nuevas estrategias de funcionamiento para las empresas en combinación con avances tecnológicos de todo tipo. Son estas estrategias, más que otra cosa, las que afectan al trabajo asalariado.

* El trabajo que se presenta tiene su origen en la intervención de su autor en el Congreso Internacional sobre movilidad de los trabajadores celebrado en Valencia los días 18 y 19 de mayo de 2017. Mantiene el tono propio de una intervención oral, con un mínimo paquete bibliográfico.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla. Senior Counsellor, PwC.

¹ Existen algunos muy buenos estudios de carácter general sobre este fenómeno. Entre otros pueden recomendarse los de A. MOLINA MARTÍN, «La movilidad geográfica internacional de trabajadores», Aranzadi, Cizur Menor, 2010; y de ESTEBAN DE LA ROSA E. MOLINA NAVARRETE, «La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas», Granada, Comares, 2002.

No debe haber dudas, pues, de la realidad de la globalización y de sus consecuencias. Debo decir, sin embargo, que algunas de éstas han sido distintas a cómo muchos de nosotros esperábamos. Porque los laboristas llevamos ya varias décadas atentos a esta realidad, y desde un primer momento fuimos conscientes de que iba a afectarnos; no lo fuimos tanto, desde la perspectiva de 2017, de cómo iba a hacerlo.

La hipótesis de partida de este trabajo es que la integración de los mercados producida tras la primera década de globalización ha incrementado la movilidad internacional de personas por motivos laborales, no sólo en sus dimensiones cuantitativas sino también en cuanto a la tipología de supuestos, que se han multiplicado al aparecer junto a los tradicionales otros nuevos. Los cambios tecnológicos y las nuevas estrategias productivas también han colaborado en este fenómeno, intensificando las formas tradicionales de movilidad y haciendo surgir otras nuevas.

2. GLOBALIZACIÓN Y TRABAJO

2.1. El debate sobre las consecuencias laborales de la globalización

Aunque es resulte aventurado poner fecha de inicio a un fenómeno tan complejo como éste, lo cierto es que los grandes debates sobre ésta se produjeron en la década de los noventa del siglo XX, coincidiendo con la celebración de las últimas rondas de negociación del sistema GATT y la creación de la Organización Mundial del Comercio. En aquellos años se generaron fuertes movimientos sociales contra lo que se preveía iba a ser un cambio en todos los ámbitos que iba a tener consecuencias muy negativas para algunos. Este movimiento se autodenominó como «antiglobalización», y de forma paradójica sirvió para identificar a la realidad contra la que se luchaba, creando la ilusión de que era algo que iba a realizarse en un momento concreto, a partir de la firma de ciertos acuerdos o de la creación de algunas

organizaciones comerciales. Cuando la realidad es que se trataba de algo más complejo y difuso, que llevaba produciéndose desde hacía décadas y para el que el fin de siglo iba a ser una aceleración más que otra cosa.

Los laboristas, como todos los científicos sociales, fuimos conscientes de lo que se acercaba, y por ello analizamos estos desarrollos económicos y políticos desde la perspectiva que nos ocupa, la del mundo del trabajo. Los estudios sobre las consecuencias laborales de la globalización fueron frecuentes en esa década y la siguiente, y aunque variaban las posturas y las valoraciones, había acuerdo en que los efectos se producirían, y serían importantes². Dos fueron los aspectos que a los juristas del trabajo más nos ocuparon: cómo iba a afectar la internacionalización generalizada de las economías al trabajo, y a las normas que lo regulaban³; y qué Derecho del Trabajo era necesario para poder regular adecuadamente las relaciones laborales y los mercados de trabajo en un mercado integrado a nivel mundial: si una regulación internacional, si la utilización de los tratados de libre comercio, si alguna forma de condicionalidad o proteccionismo.

De lo primero, de las consecuencias que esperábamos, se podían identificar algunas sobre las que había cierto consenso. El efecto más temido y esperado era el llamado dumping social, una expresión surgida con anterioridad en el ámbito de la política social europea y que

² Entre otros muchos, A. BAYLOS GRAU, «Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 15, 1999; F. CAVAS MARTÍNEZ, «Globalización y relaciones laborales», *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, nº 3, 2008; W. SANGUINETI RAYMOND (coord.), «Globalización económica y relaciones laborales», Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003; y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «El Derecho del Trabajo en la era de la globalización», *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, nº 2, 2012. Véanse también las distintas contribuciones al número monográfico de la revista *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, nº 12, 2003, monográfico dedicado a «Globalización y relaciones laborales».

³ Debe considerarse un trabajo clásico en este sentido el de F. VALDÉS DAL-RÉ, «Transformaciones del derecho del trabajo y orden económico globalizado», *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, nº 12, 2003.

adquirió carta de naturaleza en estos años de la década de 1990. Con esta denominación se identificaban las distorsiones en la competencia que se asociaban con la integración de mercados sometidos a regímenes laborales diferentes. Las diferencias en costes laborales producidas por estos distintos regímenes supondrían una ventaja competitiva para los Estados que los tuvieran inferiores, en razón de una legislación laboral menos protectora para trabajadores y restrictiva para empleadores. Esta ventaja competitiva impondría la expulsión del mercado de las empresas de Estados con legislaciones laborales de calidad, incapaces de sobrevivir frente a otros competidores que disfrutaban de menores costes laborales.

Se esperaba, claro está, un incremento de la movilidad de la mano de obra, como se preveía para cualquier factor de producción. Y se esperaba que esto ocurriera en la forma tradicional de esta movilidad, las migraciones, el desplazamiento más o menos permanente de personas trabajadoras al territorio de otros Estados para prestar servicios a empleadores radicados en éste, integrándose en su mercado de trabajo y, en la medida de lo posible, en su sociedad.

Esto era lo que preveíamos, que como siempre se quedó corto. No pudimos anticipar las consecuencias reales de la globalización, en parte porque ésta no operó como se esperaba, en parte porque no imaginamos los otros fenómenos que iban a acompañarla: cambios tecnológicos, desarrollos de estrategias de producción globales, reorganización del tejido empresarial con una clara concentración en pocos campeones mundiales... Y también guerras, revoluciones, catástrofes naturales y problemas medioambientales que en el cambio de siglo, una época de raro optimismo, no se vieron venir. Veamos ahora lo que de verdad ocurrió.

2.2. Globalización, dumping social y reformas laborales

La idea del dumping social es bien conocida en los estudios sobre integración económica, y resulta coherente con las teorías sobre las

ventajas comparativas que guían éstos desde la época de David Ricardo. Suponía considerar al factor trabajo de la misma manera que otros, y a su coste en sentido amplio como el principal elemento de comparación entre los países. Coste que incluiría todos los elementos que determinan cómo se integra el trabajo en los procesos productivos, y no sólo a los aspectos salariales: gastos asociados al trabajo, tributación, costes de adaptación... El resultado era contemplar al Derecho del Trabajo como un elemento determinante de la competencia, al crearse un mercado supranacional en el que operarían empresas sometidas a distintas legislaciones. De la «calidad» (desde la perspectiva unilateral de la empresa) de ésta derivaría un mejor o peor posicionamiento frente a competidores de otros países.

Por decirlo con pocas palabras, se esperaba una competencia a la baja sobre costes laborales como consecuencia de un efecto derivado de la integración de mercados nacionales: la disociación entre el ámbito de las normas reguladoras del trabajo (nacional), con el del mercado en el que los operadores económicos sujetas a éstas actuaban (global). El Derecho del Trabajo tiene una función ordenadora de la competencia en los Estados nacionales, evitando la concurrencia sobre costes laborales, que no es capaz de desarrollar en mercados totalizados.

El éxito de esta expresión no oculta sus defectos: técnicamente, no es un dumping en el sentido tradicional de la ciencia económica; y además ni siquiera denota una única conducta, sino que se utiliza de manera indiscriminada para referirse a dos prácticas diferentes: la deslocalización de empresas, que abandonan los Estados con legislaciones laborales más protectoras/costosas para ubicarse en otros con entornos más favorables desde su perspectiva, buscando los llamados «paraísos laborales»; y la competencia entre los Estados para evitar este efecto, reduciendo la calidad de sus regulaciones para evitar la pérdida de empresas y atraer a las de otros. Se trataría en realidad de dos mecanismos de ajuste, de

las empresas y de los Estados, ante el efecto señalado de distorsiones de la competencia por las diferencias en las regulaciones laborales dentro de un mismo mercado.

La idea de dumping social está en el origen y en el código genético del Derecho Social Comunitario, una intervención pionera en la regulación laboral supranacional en el primer gran mercado integrado del siglo XX. Para evitarlo se ha diseñado una política de armonización por la vía del progreso de los ordenamientos laborales nacionales de los Estados miembros, intentando iniciar un proceso de convergencia entre éstos que redujera las diferencias entre éstos y evitara así las distorsiones concurrenciales⁴. Si la Unión, pequeña y homogénea, había tenido que reaccionar así, cuanto más no tendría que hacerlo la Comunidad Internacional que aspiraba a incorporar sus economías.

¿Qué podemos decir del dumping social tras dos décadas de integración económica global? En mi opinión, las amenazas de reformas laborales como consecuencia del dumping social se han actualizado, aunque no como se esperaba. Es cierto que se han producido grandes olas de reformas laborales en los Estados más desarrollados, pero éstas han sido más bien consecuencia de la crisis financiera mundial que de las presiones competitivas⁵. Estas reformas se han convertido en instrumentos no para resolver los problemas de las empresas nacionales, sino los del propio país, buscando entre otras cosas una reducción del gasto público y una devaluación salarial. El hecho de que el siglo XXI se iniciara con unos

⁴ Me remito para esta cuestión a mi estudio E. CASTELLANO BURGUILLO & M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «La armonización comunitaria y el modelo social europeo», *Documentación laboral*, nº 74, 2005, pg.9.

⁵ Aunque es verdad que la propia crisis financiera mundial es sobre todo una consecuencia de la propia globalización, del modelo que se adoptó de integración negativa, sin una regulación global de los sectores más sensibles, como el financiero. Éste fue el que llevó al desastre iniciado con la caída de Lehmann Brothers en 2007. Ésta ha sido la primera crisis de la globalización, que ha puesto de manifiesto muchas de sus carencias, insertas en su propio diseño.

años de crecimiento económico, y que la primera gran crisis no llegara hasta el final de su primera década, demoró este impacto.

La deslocalización de empresas ha sido también una realidad, aunque no produciéndose un traslado sistemático de empresas a otros Estados sino una reducción del número de plantas productivas por la concentración de actores en los sectores más relevantes, y el incremento de la productividad de las fábricas supervivientes. El descenso en el número de grandes operadores en multitud de sectores ha sido notable; en algunos casos por la mera dinámica de los mercados –como ha ocurrido en el textil–, en otros potenciados por reguladores y gobiernos –éste el caso de la banca–. Se habla incluso de la existencia de lo «Big Five» como el elemento más característico de la economía global del siglo XXI; cinco empresas que no son necesariamente las mayores, pero sí las que tienen un papel predominante en sus respectivos mercados, que habrían adquirido por el mismo funcionamiento de éstos: Apple, Microsoft, Facebook, Google, Amazon. Los nuevos mercados generados por la innovación tecnológica han sido copados por gigantes, pocos y poderosos. Explicar esto en términos exclusivamente de dumping social y de deslocalización de empresas no resulta adecuado, porque estos grandes operadores son ubicuos.

Tampoco la deslocalización ha supuesto necesariamente la reimplantación de las organizaciones productivas en otros países. Las estrategias de producción de las mayores empresas en algunos sectores han generalizado las cadenas de producción como forma ordinaria de organización, separando los lugares de diseño, comercialización y producción localizando cada uno de ellos en el país más idóneo para el interés de éstas. La destrucción de empleos ha sido generalizada, y no sólo en los Estados desarrollados. La amenaza de nuevas destrucciones como consecuencia de la robotización va a actuar en un paisaje ya desolado.

Un fenómeno novedoso ha sido el de las reformas por imposición; no por necesidad de competir en el mercado global, sino introducidas a la fuerza por éste. En una economía mundial carente de agentes reguladores mundiales, no era esperable que se pudiera llegar a obligar a los Estados, en términos de exigibilidad jurídica, a adoptar determinadas medidas en el ámbito laboral. Pero así ha sido, y algunas de las reformas de mayor alcance producidas durante la segunda década del siglo XXI lo han sido como consecuencia de presiones externas, ajenas a la voluntad de los responsables nacionales. Esto se ha producido por dos vías principales. Una ha sido la condicionalidad, la exigencia de determinadas reformas laborales como condición para poder acceder a determinado estatus o para obtener una ayuda concreta. Así ha ocurrido en los diversos rescates producidos en el seno de la Unión. Cada «Memorandum of Understanding» incluía un paquete de reformas laborales que los Estados miembros debían suscribir para tener derecho a las ayudas; y acreditar su cumplimiento para poder recibirlas efectivamente, ya que éstas se dosificaban en tramos para cuya liberación era imprescindible contar con el beneplácito de las misiones de la Troika, los llamados «hombres de negro». Se constataba, así, que los cambios legislativos diseñados desde los centros de poder de los prestamistas se aplicaban en los Estados prestatarios, cuya soberanía quedaba por completo en entredicho.

Las medidas de cuyo cumplimiento dependían los rescates seguían el mismo modelo, con una clara obsesión por las cuestiones laborales: recortes en las prestaciones de seguridad social; liberalización del despido; debilitamiento de los convenios colectivos; promoción de la negociación colectiva de empresa; despidos de funcionarios... La condicionalidad, vinculada a unos paquetes de ayuda que se suponía eran la misión de los distintos mecanismos creados a tal efecto en la Unión Europea, fue el verdadero motor de las reformas; reformas que tampoco fueron progresivas como se esperaba según el modelo del dumping social, sino

inmediatas y conjuntas, por medio de grandes paquetes legislativos claramente vinculados a la existencia de planes de rescate.

No deja de ser paradójico que en las primeras fases de la globalización la condicionalidad fuera percibida como un potencial instrumento de ordenación del mercado de trabajo mundial, exigiendo unas determinadas condiciones laborales para poder firmar tratados multilaterales de comercio o recibir el estatus de socio comercial preferente⁶. En muchos casos se exigía el reconocimiento de estándares laborales justos para este acceso, mediante la introducción de cláusulas sociales en los tratados o en la regulación de los tratamientos comerciales preferenciales⁷. Con ello se utilizó el Derecho del comercio internacional como un mecanismo para introducir elementos sociales en la mundialización de la economía, buscando esa «cara humana de la globalización» que tan poco desarrollo acabó por tener.

No sólo fue la condicionalidad lo que operó como motor de las reformas laborales. En el mismo contexto de crisis fueron notables las experiencias de «deudocracia», en las que Estados que dependían de los mercados internacionales para financiarse debían someterse a los dictados de éstos para obtener los créditos en condiciones aceptables⁸. La escalada de los

⁶ En extenso J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, «De la condicionalidad social a los acuerdos marco internacionales. Sobre la evolución de la responsabilidad social empresarial», Aranzadi, Pamplona, 2012, *passim*.

⁷ La cuestión de las cláusulas sociales en los tratados internacionales de comercio fue una muy presente en los debates sobre la globalización, siendo planteada como un instrumento para evitar algunos de los riesgos laborales que se le vinculaban. Así, entre otros muchos, J.M. SERVAIS, «La cláusula social en los tratados de comercio: ¿Pretensión ilusoria o instrumento de progreso social?», *Revista Internacional del Trabajo*, vol.108, nº 3, 1989; y VAN LIEMT, «Normas laborales mínimas y comercio internacional: ¿resulta viable una cláusula social?», *Revista Internacional del Trabajo*, vol.108, Nº 3, 1989.

⁸ No son muchos los estudios sobre esta cuestión; me permito remitirme a mi trabajo M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «La negociación colectiva en tiempos de deudocracia», in J. GORELLI HERNÁNDEZ (coord.), «El derecho a la negociación colectiva: *Libet Amicorum* Profesor Antonio Ojeda Avilés», Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, pg. 427.

intereses a pagar para colocar deuda pública, junto con el crecimiento de la prima de riesgo obligó a Estados formalmente no intervenidos a ajustarse a estas indicaciones para contentar a los mercados de deuda y no caer en bancarota. Eran los acreedores, actuales y potenciales, los que indicaban a los Estados acreedores qué reformas debían adoptar para acceder a sus créditos.

España es uno de los ejemplos más claros de reformas deudocráticas. Habiendo sido rescatada solo parcialmente, en sus mercados financieros, su Memorando de Entendimiento con las instituciones rescatadoras contenía directrices laborales limitadas a este sector, como la reducción de los salarios del personal directivo o la reducción de redes de oficinas. Pero la situación crítica en la que se encontró en algunos momentos, con la prima de riesgo disparada en lo que constituyó una verdadera crisis de deuda, le hizo ser especialmente sensible a las indicaciones de las agencias económicas internacionales y a los órganos de gobierno del sistema económico, que no dejaron en ningún momento de emitir recomendaciones y directrices sobre cambios en nuestra legislación laboral. La reforma de 2012 recoge prácticamente todos los ingredientes de la fórmula pretendida por estos sujetos, impuestas a través de la presión de los mercados, en aspectos tales como la prioridad de los convenios de empresa, la generalización de los descuelgues y el abaratamiento y la flexibilización de los despidos.

2.3. Globalización y movilidad del trabajo

Como se ha dicho, de la globalización se esperaba un incremento de la movilidad de la mano de obra, en la forma tradicional de esta movilidad, las migraciones⁹. Esta previsión tenía su lógica, pero pecaba de optimismo pues-

to que la integración que se planteaba no era precisamente del trabajo. No se contemplaba, en realidad, una liberalización de la movilidad de personas en el mercado global, no desde un punto de vista jurídico. Tampoco las experiencias de integración regional de las dos últimas décadas del siglo XX, que fueron muchas y antecieron el establecimiento de la OMC, preveían esta libertad. Más bien se basaban en la asunción contraria. El NATFA era el mejor ejemplo de esto, eliminando barreras para el comercio pero restringiendo la inmigración.

Desde la perspectiva europea, un mercado integrado debía serlo también para el trabajo, y la libre circulación del trabajo formaba parte de cualquier proyecto supranacional. Por esto el fortalecimiento de los movimientos migratorios parecía una consecuencia necesaria de la eliminación de las barreras comerciales; por esto una integración no funcionaría si no lo era también de este factor. Esto podía ser cierto a nivel de integraciones regionales, cercanas y con lazos históricos, con una vocación de alcanzar la mayor unidad posible. Cuando se pasaba a un nivel global, las cosas fueron muy diferentes. El proceso de integración europea no fue en este sentido indicativo de lo que iba a ocurrir.

La realidad de la movilidad de las personas se ha producido, sin duda alguna, y en grandes dimensiones. Pero han sido otras las notas que a mi juicio la han caracterizado, notas que no habíamos contemplado: un notable incremento, como sí se preveía; también la aparición de nuevas formas, desconocidas o poco relevantes hasta ahora. Se ha producido, en efecto, una diversificación de las formas con la que las personas se han desplazado, existiendo una gran variedad de éstas, cada una con sus particularidades y su propio régimen jurídico; de éstas nos ocuparemos en los apartados siguientes de este trabajo¹⁰.

⁹ Un estudio conceptual básico de esta cuestión es el de S. M. RUESGA BENITO ET J. DA SILVA BICHARA, «Globalización, relaciones laborales y migración: conceptos básicos y aspectos

teóricos», *Cm.economía: Revista económica de Castilla-La Mancha*, nº. 10, 2007.

¹⁰ Un estudio muy completo de las diversas situaciones en R. SERRANO OLIVARES, «La movilidad geográfica internacional», La Ley, Madrid, 2000, *passim*.

También hemos observado la coexistencia de distintas causas motivadoras de esta movilidad. Porque junto a la inmigración económica, motivada por la diversidad de oportunidades y de niveles de vida en los diferentes estados, en estos años hemos experimentado otra humanitaria, provocada por conflictos bélicos de gran intensidad y crudeza, que han generado crisis de refugiados sin precedentes; y una medioambiental, cada vez más intensa, provocada por sequías y otras catástrofes naturales, y que se verá continuada por la desaparición de territorios consecuencia de la subida del nivel del mar.

Como ha señalado la Conferencia Internacional del Trabajo, estudiar esta cuestión resulta oportuno porque *«los crecientes movimientos transfronterizos de trabajadores se han convertido en una cuestión primordial para la comunidad internacional»*¹¹. Para este organismo, la realidad de la migración laboral en un mundo globalizado se caracteriza por el aumento de ésta; por la pluralidad de las fuerzas que la impulsan; por la diversidad de los flujos de migrantes; por el crecimiento de la migración irregular; y por el declive de la gestión bilateral de la migración. Como líneas de tendencia de futuro se identifican «flujos futuros de migración» como consecuencia del déficit de trabajo decente, las disparidades económicas, la densidad demográfica y el déficit demográfico.

3. LA MOVILIDAD DEL TRABAJO EN EL MERCADO DE TRABAJO GLOBAL

3.1. La emigración

La primera manifestación de movilidad internacional ha sido la emigración, que podemos definir como toda aquella situación en

la que un trabajador presta sus servicios en un Estado diferente al propio. Esta definición asume los elementos que eran tradicionales de esta figura: que el trabajador vivía en su país, y que para trabajar en el territorio de otro debía trasladarse y desplazarse a éste. Esto provocaba la movilidad transnacional del trabajador; y esta movilidad tenía como objeto y consecuencia el desarrollo de una actividad económica. Es movilidad internacional, pero también por el empleo, generalmente para buscar uno en un mercado de trabajo en el que las expectativas son mejores que en el propio.

Este es el supuesto más conocido, con mayor presencia y también con mayor tradición histórica. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares¹² entiende por «trabajador migratorio» toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Ésta es una macrocategoría, que engloba todo tipo de situaciones. Dentro de ella se pueden distinguir diversos tipos, en función de una pluralidad de criterios.

Desde el punto de vista de la forma en que se realiza el trabajo, se suelen distinguir unos supuestos especiales, que son identificados como tales y para los que el Derecho migratorio establece un régimen diferenciado. Entre otros, se pueden señalar¹³:

- El «trabajador fronterizo», que es el que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana.
- El «trabajador de temporada» es aquel cuyo trabajo, por su propia naturaleza,

¹² Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990

¹³ Utilizo la clasificación que aparece en esta misma Convención, cuyas figuras y definiciones coinciden en gran medida con la que se contienen en otros textos internacionales de Derecho de las migraciones.

¹¹ Conferencia Internacional del Trabajo, *«En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada»*, 92.ª reunión, Ginebra, 2004.

dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año.

- El «marino» es el emigrante empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional.
- El «trabajador itinerante» es el que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación.

Caben otras distinciones. Desde la perspectiva del Estado en origen, para el Derecho español se distinguen varios tipos de inmigrantes:

- Nacionales de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.
- Nacionales de Estados fuera de este perímetro, pero reciban un tratamiento especial en virtud de los tratados internacionales suscritos por éstos con la Unión.
- Nacionales de Estados que reciban un tratamiento especial por parte del Reino de España en virtud de tratados internacionales o de reciprocidad.
- Nacionales del resto de Estados.

No sólo esto. Atendiendo a las características del trabajo que prestan nuestra legislación de extranjería prevé también algunos supuestos especiales. Nuestra legislación de extranjería contempla, así, junto al supuesto general previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la contratación de trabajadores extranjeros por cuenta ajena, el de los que lo son por cuenta propia (art.37); el régimen especial de los investigadores (art.38bis); el de profesionales altamente cualificados (art.38ter); los que formen parte de situaciones de gestión colectiva de contrataciones en origen (art.39); los supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo (art.40); aquellos exceptuados de la obligación de disponer de

permiso de trabajo (art.41); los trabajadores de temporada (art.42); y los trabajadores transfronterizos y en una prestación transnacional de servicios (art.43).

3.2. Los desplazamientos temporales de trabajadores

El Derecho ha distinguido un supuesto particular de expatriación, al que ha dado un régimen jurídico diferenciado, que es el de los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Se trata de un concepto puramente europeo, surgido de la constatación de un problema jurídico derivado de la peculiar arquitectura del proceso de integración europea. No es que este tipo de situaciones no se produzca fuera del ámbito europeo; es que en éste se han identificado como un supuesto especial, y se les ha dado una regulación específica¹⁴.

Se trata de supuestos en los que una empresa impone a sus empleados trasladarse a otro país para desarrollar un servicio concreto, al amparo de su libertad comunitaria fundamental de prestar servicios en todo el territorio de la Unión Europea. Lo definitorio de estas situaciones es su carácter temporal (lo que exige un empleo en la empresa antes y después del traslado al extranjero)¹⁵; que

¹⁴ La bibliografía española sobre esta figura es muy amplia, a partir del estudio pionero de M.E. CASAS BAAMONDE, «Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo», Civitas, Madrid, 2001. Entre otros muchos, WAA.; *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002; J. GARATE CASTRO (coord.), «Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96771/CE)», (coord. GARATE CASTRO, J.), Aranzadi, Cizur Menor, 2011; M. LLOVERÀ VILA, M., «El Desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad», Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; M. VILLA FOMBUENA, «La prestación de servicios transnacional. Una nueva perspectiva de análisis», Tesis doctoral en proceso de publicación, Sevilla, 2015.

¹⁵ Salvo en el caso del trabajo temporal transfronterizo, en el que la duración de la relación laboral con el trabajador en misión puede coincidir con la del desplazamiento.

se produce por iniciativa de la empresa empleadora; y que resulta instrumental para el ejercicio por ésta de su libre prestación de servicios.

Su principal característica es que se trata de una movilidad en el empleo, a diferencia de las migraciones; su objetivo no es la búsqueda de ocupación sino el cumplimiento de las obligaciones de un contrato de trabajo preexistente. No supone el ejercicio por el trabajador de la libre circulación, sino que es la empresa la que está ejercitando su libertad de prestar servicios en otros Estados miembros.

En un monográfico como éste no es necesario explicar con detalle esta figura, que va a ser objeto de análisis en estudios monográficos. Debo indicar en éste que existen, y que son un supuesto especial de movilidad sometido a una regulación propia.

Teniendo en cuenta el objetivo de este estudio, que no es otro que el de presentar los distintos de movilidad internacional de mano de obra, sí resulta necesario indicar que podemos encontrar distintas situaciones dentro de esta figura, según la nacionalidad del trabajador y de la empresa empleadora, y el Estado hacia el que se produzca el desplazamiento. La normativa europea se aplica a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores en el territorio de un Estado miembro.

El artículo 1.3 de la Directiva identifica los supuestos en los que se considera que existe un desplazamiento sujeto a su regulación: cuando se produzca una de las «siguientes medidas transnacionales»:

a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de

procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o

b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; o

c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento.

Así, dentro de los desplazamientos en sentido estricto, a los que se aplica la regulación de la Unión, cabe distinguir varios supuestos: subcontratación internacional, movilidad de mano de obra en grupos de empresa y puesta a disposición internacional de trabajadores.

Desde el punto de vista de los Estados miembros de la Unión Europea existe también una diferenciación relevante entre los desplazamientos de trabajadores empleados por empresas radicados en su territorio a otros Estados del Espacio Económico Europeo; y desplazamientos de trabajadores de otras empresas establecidas en éste a su propio territorio. En cada una de éstas sus obligaciones van a ser distintas.

La Directiva 96/71/CE ha sido una norma en gran medida fallida, a pesar de su indudable relevancia y del gran impacto que causó en el momento de su aprobación. Su planteamiento fue insuficiente desde varios puntos de vista, puestos de manifiesto a lo largo de su ya dilatada vigencia. Su primera gran limitación ha sido la interpretación restrictiva que ha hecho de sus disposiciones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que desde

un primer momento redujo sus efectos hasta llegar al paroxismo de las grandes sentencias antisociales VIKING LINE, RÜFFERT, LAVAL y COMISIÓN vs. LUXEMBURGO. Al margen de otras posibles explicaciones, que las hay, entiendo que el legislador comunitario no valoró adecuadamente las dificultades que iba a tener aplicar una normativa que, en realidad, suponía una excepción a lo que es la regla general en los supuestos de prestación transnacional de servicios, la aplicación de la legislación del Estado de origen. La técnica del núcleo duro sobre la que se asienta la Directiva sigue una regla contraria, aplicando siquiera parcialmente la regulación del Estado de destino, con posibles efectos restrictivos sobre la movilidad de las empresas europeas. No debe extrañar por ello que un Tribunal poco sensible a las cuestiones sociales aplicará esta norma con notables restricciones, limitando su eficacia.

La denuncia de dificultades aplicativas de las distintas regulaciones nacionales, como el problema de las llamadas «empresas buzón» o las limitaciones en la colaboración administrativa, apuntan también hacia el fracaso del modelo establecido por la Unión Europea. Que el sistema de ordenación de los desplazamientos temporales de trabajadores es insuficiente lo comprobamos en la reacción de los Estados miembros, algunos de los cuales se han visto muy afectados por estas prácticas de movilidad transnacional sin que la regulación de la unión europea pudiera evitarlos. La existencia de una verdadera alarma social en algunos Estados miembros les ha llevado a aprobar normas especiales antidumping¹⁶,

¹⁶ Normas de este tipo se han aprobado, por poner sólo dos ejemplos, en Francia y en Bélgica. En España no se ha producido nueva legislación en esta materia tras la aprobación de la Ley 45/1999, que traspone la Directiva 96/71/CE en nuestro ordenamiento jurídico, hasta fechas muy tardías. En concreto, el 26 de mayo de 2017, se adoptó el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, que no supone un avance relevante con respecto a la aprobación por la Dirección General de la Inspección de Trabajo del Criterio Técnico nº

diseñadas precisamente para evitar el impacto de la competencia desleal producida a través de estas fórmulas; normas que no son ya las de transposición de la directiva, que ya se hizo, sino otras mucho más recientes aprobadas tras constatarse la insuficiencia de las primeras.

La mayor muestra del fracaso del modelo de la directiva de 1996 es que la propia Unión Europea se ha visto obligada a replantearse esta cuestión. Por un lado, se ha aprobado la directiva 2014/67/CE, como norma de aplicación de la Directiva 96/71/CE ante las carencias de ésta detectadas en su aplicación práctica¹⁷. Su objetivo declarado es el de «mejorar la aplicación y el cumplimiento en la práctica de la Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores garantizando así una mayor protección de los trabajadores desplazados y un marco legal más transparente y predecible para los proveedores de servicios». Esta norma incluye distintas medidas para luchar contra el abuso y la elusión de las normas, conseguir una mayor seguridad jurídica, aumentar la protección de los derechos de los trabajadores en cadenas de subcontratación, mejorar el acceso a la información y reforzar la cooperación administrativa¹⁸.

97/2016 sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. El hecho de que la Inspección de Trabajo adoptara un criterio técnico de esta naturaleza con anterioridad a la intervención del legislador es sintomático de que algo no estaba funcionando en este campo.

¹⁷ Norma que no ha recibido mucha atención en nuestra doctrina. Entre otros, me remito al trabajo de uno de los iuslaboralistas más versados y atentos a estas cuestiones, O. FOTINOPOULOU BASURKO, «Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Revista de Derecho Social*, nº 70, 2015. También M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE», *Derecho de las relaciones laborales*, nº. 5, 2016, pg. 407

¹⁸ Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema

Por otro lado hay un proyecto de reforma de la propia Directiva 96/71/CE, que demuestra que su regulación no tiene el alcance necesario para afrontar este problema¹⁹. Se trata de una medida anunciada en el programa de trabajo de la Comisión para 2016, con el objetivo declarado de facilitar el desplazamiento de trabajadores en un clima de competencia leal y de respeto de los derechos de los trabajadores que tengan su empleo en un Estado miembro y cuyo empleador los haya enviado a trabajar temporalmente en otro Estado miembro. Más concretamente, la iniciativa pretende garantizar unas condiciones salariales justas y equitativas entre la empresa de procedencia y las empresas locales en el país de acogida²⁰. La propuesta de modificación no afecta

a las cuestiones contempladas en la Directiva sobre la garantía de cumplimiento, sino que se ocupa de otros aspectos no incluidos en la misma y sí recogidos en la Directiva original de 1996. Como principal novedad, respecto de la versión actual de la directiva, se prevé que todas las normas de la remuneración que se apliquen con carácter general a los trabajadores locales deberán regir también para los trabajadores desplazados. La remuneración no incluirá solo el salario base, sino también otros elementos, como complementos o asignaciones, cuando proceda.

En el mismo sentido, de crítica a la situación actual de los desplazamientos temporales, debemos entender los intentos de la Comisión Europea de introducir una normativa que asegurara el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores frente a las empresas que ejercitan su libertad de prestación de servicios. Se trata del conocido como «Reglamento Monti II», sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios²¹. En éste se pretende establecer, como principio general, que «*el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios consagradas en el Tratado respetará el derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, y, a la inversa, el ejercicio del derecho fundamental a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluidos el derecho o la libertad de huelga, respetará esas libertades económicas*».

Las carencias de la normativa de 1996 desde el punto de vista de su ámbito de aplicación

de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI). DOUE serie L n.º 159 de 28 de mayo de 2014.

¹⁹ Un estudio completo de esta propuesta en E. ROJO TORRECILLA, «Notas sobre la propuesta de reforma de la Directiva 96/71, de desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios», en su archiconocido blog «El blog de Eduardo Rojo», accesible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/notas-sobre-la-propuesta-de-reforma-de.html>. La Comisión Europea justifica la necesidad de la reforma en los siguientes términos: «*desde 1996 ha cambiado considerablemente la situación económica y del mercado laboral en la UE. En estos últimos veinte años han crecido el mercado único y también las diferencias salariales, lo que ha generado el incentivo indeseado de recurrir al desplazamiento de trabajadores como medio de explotar dichas diferencias. El marco legislativo que creó la Directiva de 1996 ya no responde plenamente a estas nuevas realidades. Además, dado que las empresas que desplazan trabajadores solo tienen que respetar las cuantías de salario mínimo del país de acogida, esto suele conducir a importantes diferencias salariales entre los trabajadores desplazados y los trabajadores locales, sobre todo en Estados miembros con niveles salariales más elevados. En algunos sectores y Estados miembros, los trabajadores desplazados llegan a ganar hasta un 50 % menos que los trabajadores locales. Las diferencias salariales significativas distorsionan la igualdad de condiciones entre las empresas, socavando el correcto funcionamiento del mercado único. Por ello es necesario actualizar las normas sobre el desplazamiento de trabajadores a las actuales condiciones sociales y económicas, desde ambos puntos de vista*». He tomado esta información de la hoja informativa «Preguntas frecuentes sobre la revisión de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores», accesible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_es.htm, visitada el 20 de octubre de 2017.

²⁰ Según expresa el Comunicado de prensa de la Comisión sobre esta novedad legislativa: «La Comisión presenta la

reforma de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores: hacia un mercado laboral más profundo y más justo», Estrasburgo, 8 de marzo de 2016; accesible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-466_es.htm.

²¹ Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. COM/2012/0130 final – 2012/0064. Accesible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52012PC0130>; visitado el 20 de octubre de 2017.

material y personal forzaron también a aprobar la Directiva 2014/66/UE Parlamento y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales. Esta norma tiene un ámbito de aplicación distinto al de las directivas sobre desplazamiento antes indicadas, ya que se refiere a movilidad intraempresarial, dentro de unas mismas organizaciones, y no en el marco de relaciones interempresariales. Su objetivo es facilitar la movilidad de personas desplazadas en un marco intraempresarial dentro de la UE y a reducir las cargas administrativas que suponen los desplazamientos profesionales en varios Estados miembros, asegurando que las personas desplazadas en estas circunstancias se beneficien al menos de las mismas modalidades y condiciones de empleo que los trabajadores desplazados cuyos empresarios estén establecidos en el territorio de la Unión Europea, tal como se definen en la Directiva 96/71/CE. Desde un punto de vista subjetivo se aplica a directivos, especialistas y trabajadores en formación. También se intentó en su momento completar la Directiva con otra aplicable a los desplazamientos temporales de trabajadores nacionales de un tercer Estado, sin éxito hasta la fecha²².

3.3. La expatriación

En el ámbito de la función de recursos humanos la expresión con la que se suele designar la movilización internacional de trabajadores es la de «expatriación», que se ha convertido en un aspecto cada vez más relevante

²² Se trata de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de desplazamiento de los trabajadores asalariados, nacionales de un tercer Estado, en el marco de una prestación de servicios transfronterizos, COM/99/0003 final. Existe también una Propuesta modificada de Directiva del año 2000 COM(2000) 271. Sobre estas propuestas M.E. CASAS BAAMONDE, «Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en la Europa global: objetivos y significación de la ley», en AA.VV., «Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales», Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pg.1.

de esta faceta de la gestión de la empresa a medida que la globalización ha ido avanzando²³.

La principal dificultad con que nos enfrentamos cuando hablamos de expatriación es la diversidad de significados que tiene la expresión según el ámbito en que nos movamos²⁴. En el ámbito del Derecho solemos entender por ésta los supuestos en los que un trabajador, empleado en su Estado de origen por una empresa radicada en éste, es enviado por ésta a otro, manteniendo su relación de empleo original. En la práctica de la dirección de personas el concepto incluye cualquier supuesto en el que un empleado presta sus servicios en otro país. No es relevante o excluyente que se mantenga el contrato de trabajo o se celebre uno nuevo; que la duración sea mayor o menor; que se trabaje para una empresa vinculada con la empleadora original, o con otros, pero por cuenta de ésta. Sí lo es el carácter multinacional o internacionalizado de la empresa empleadora, pues es esto lo que produce la movilidad al extranjero.

Un concepto mucho más amplio, en el que los únicos elementos relevantes son que se a desplace a una persona ya empleada, por cuenta e interés de su empleadora, y normalmente por iniciativa de ésta. En estos términos, nos podemos encontrar ante una pluralidad de situaciones desde el punto de vista del Derecho, que puede calificar la expatriación de diversas maneras, como migración en sentido estricto, como desplazamiento temporal de trabajadores, como traslado...

La realidad es que las expatriaciones han funcionado según los esquemas diseñados por las empresas, que han utilizado los distintos mecanismos legales según su conveniencia. Por lo general han predominado las consideraciones de negocio sobre las estrictamente

²³ En extenso A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA (dir.), «La expatriación de trabajadores», Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

²⁴ Un completo estudio jurídico de esta figura en A. OJEDA AVILÉS, «Expatriados concepto, naturaleza jurídica y regulación», *Trabajo y Derecho*, nº1, 2015.

jurídicas, de tal manera que las empresas han expatriado según han necesitado, y como más o menos han querido. La adopción de uno u otro modelo jurídico, la definición de su régimen, todo ha sido instrumental para ello.

Hay que tener en cuenta que hasta no hace mucho el modelo predominante de expatriación que encontrábamos en el mercado global era el de personal cualificado, que ocupaba posiciones relevantes dentro de las organizaciones. El traslado al extranjero se hacía para ocupar posiciones concretas muy estratégicas en los Estados de destino, en el marco de procesos de internacionalización de empresas o en organizaciones multinacionales. En un contexto preglobalización la movilidad internacional no era percibida como un evento ordinario dentro del desarrollo de una relación de trabajo, sino como algo extraordinario, que no formaba parte de las obligaciones del empleado sino que éste debía aceptar. Por esto las políticas de expatriación de las empresas se basaban sobre todo en obtener este consentimiento y disposición de la persona a ser desplazada al extranjero.

El instrumento fundamental para ordenar jurídicamente era el pacto de expatriación, un acuerdo entre la empresa y el trabajador en el que se detallaban las condiciones en que ésta se iba a producir. Éstas se convertían en un verdadero paquete de «ventajas ligadas a la expatriación», que pretendían afrontar todos los posibles inconvenientes y necesidades especiales generadas por ésta, tanto para el trabajador como para sus familiares. Encontrábamos entre éstas retribuciones sobredimensionadas, vivienda, automóvil, servicio doméstico, acceso a sanidad y educación privada, seguridad, un número elevado de viajes pagados, mayores vacaciones e, incluso, compromisos de empleo para el cónyuge del desplazado. Junto a estos paquetes de ventajas los pactos incluían materias como la determinación de las condiciones de trabajo (incluyendo la legislación aplicable)²⁵, la duración de la

estancia en el extranjero, los tribunales competentes en caso de conflicto o las condiciones de retorno.

Como se ha dicho, el objetivo original del pacto de expatriación era satisfacer al trabajador para que estuviera dispuesto a pasar a prestar sus servicios en el extranjero. Se buscaba un marco contractual especialmente favorable, sin prestar mucha atención a cuestiones técnicas, desde la perspectiva laboral y del Derecho Internacional Privado. Las condiciones económicas y de trabajo eran unas especiales, que mejoraban las se tenían de acuerdo con la contratación original, de por sí buenas teniendo en cuenta el nivel profesional de estas personas. Así las cosas, aspectos tales como la determinación de la legislación laboral aplicable, o la inclusión o no en el convenio colectivo de la empresa de destino resultaban poco relevantes. El acuerdo bilateral era la principal fuente de regulación, para satisfacción de ambas partes por lo general; la legislación no solía aplicarse como tal, creándose unos espacios autorregulados y al margen del Derecho del Trabajo general. A veces se llegaba más allá de lo que permitía la ley aplicable. Por poner un ejemplo, es muy frecuente en este tipo de acuerdos que, como mejora para el trabajador, se le mantuviera el alta y la cotización a la Seguridad Social en el Estado de origen, con independencia de la duración de la estancia fuera del país. Para ello se utilizaba la técnica de la «nómina espejo», generando una nómina para el trabajador expatriado en su empresa de origen. Esto se hacía incluso cuando la duración del desplazamiento excedía de los límites a partir de los cuales, de acuerdo con los reglamentos europeos o los convenios bilaterales al uso, resultaba ya obligatorio el alta en el sistema público de Seguridad Social del Estado de trabajo. En estos casos se llegaba a la doble alta y cotización, en beneficio del expatriado, pero con escaso soporte jurídico.

²⁵ Monográfico sobre este aspecto es el completo estudio de F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, «Expatriación de trabajadores y ley

aplicable a la relación laboral», *Revista de Información Laboral*, nº11/2016.

Otra característica de las expatriaciones tradicionales ha sido que se han diseñado teniendo en cuenta sobre todo consideraciones de carácter fiscal. Esto se debe a que la fiscalidad internacional del trabajo es una cuestión técnicamente compleja, que genera altos riesgos de doble imposición o de incumplimiento de obligaciones, por lo que la asistencia técnica de nivel resulta imprescindible. El colectivo de expatriados es uno, además, de altas rentas, para el que las consideraciones tributarias son de la mayor importancia. Si el principal incentivo para salir del país es económico, es necesario que éste se proteja todo lo posible frente al Fisco para evitar que se reduzca excesivamente, y pierda su eficacia motivacional. Es frecuente en muchos países que se establezcan regímenes especialmente favorables para este tipo de profesionales, que deben ser conocidos y aplicados. Finalmente, el diseño del paquete de expatriación como un conjunto de prestaciones de diversa naturaleza, la mayoría en especie, hace aún más complicada la gestión tributaria de estas personas. Por todo ello, han sido los especialistas en Derecho fiscal los que han diseñado las políticas de expatriación en la mayoría de los casos, con mucha menor atención a otro tipo de consideraciones²⁶. De hecho, en muchos bufetes y consultoras especializadas en el asesoramiento de empresas las expatriaciones corrían a cargo de fiscalistas, con escasa presencia de especialistas en otras materias, incluyendo entre éstas al Derecho del Trabajo.

En cuanto a la forma de ordenarse jurídicamente las expatriaciones, éstas adoptan varios modelos: es posible mantener la relación de trabajo con la empresa de origen, y que durante el período en el extranjero el trabajador se encontrara en situación de desplazamiento;

también se puede suspender ésta, y celebrar una nueva con la empresa del Estado de destino; o extinguirla, y que la única relación de trabajo que exista sea con esta última. En función del formato varía también la denominación: desplazamiento, *secondment*, destacamento, traslado...

Este modelo de expatriación sigue en gran medida vigente, para colectivos de alta cualificación o responsabilidad en las empresas. Con una economía ya globalizada se ha multiplicado su frecuencia, y ahora convive con otros tipos de expatriaciones que en seguida veremos. Para determinados niveles en muchas empresas el tener que prestar sus servicios fuera del Estado de empleo es una realidad que tiene que ser afrontada en algún momento dentro de la carrera profesional en la organización. Esta generalización, unida a su consideración como un componente ordinario de las obligaciones profesionales, ha cambiado la naturaleza del pacto de expatriación, que ya no se orienta tanto a convencer al profesional para que la acepte, como a ordenar ésta facilitando su cumplimiento y el regreso al Estado de origen. Las ventajas vinculadas al desplazamiento se han reducido considerablemente, aunque para muchas personas disfrutaban todavía de grandes condiciones cuando están en esta situación.

3.4. Las nuevas formas de expatriación

La expatriación no es un fenómeno reciente. Sí lo es la aparición de nuevas modalidades de ésta, que han surgido como consecuencia no sólo de la globalización sino también de otros factores que han coincidido con ésta para cambiar los perfiles de los trabajadores expatriados, y la forma en que lo son²⁷.

²⁶ Tan compleja es esta cuestión que es común en los paquetes de ventajas vinculadas a la expatriación incluir el asesoramiento fiscal continuo, que incluye la elaboración de las declaraciones de impuestos auxiliados por expertos del Estado de destino. El asesoramiento laboral que suele existir también, se ciñe generalmente al cumplimiento de las obligaciones administrativas vinculadas con los permisos de trabajo y residencia.

²⁷ Un estudio completo y actualizado de estas formas de empleo es el de C. DE LA TORRE, «*La expatriación del futuro: retos de cumplimiento normativo*», publicado en su blog «El futuro del trabajo y la globalización», hospedado en el portal de la fundación FIDE; su dirección electrónica es <http://www.fide-fundacion.es/trabajoglobal/>

Una primera manifestación de estos «nuevos expatriados» se ha producido como consecuencia de la crisis económica, que ha hecho que muchas empresas sean incapaces de mantener sus plantillas ante la caída de la demanda en sus países de origen. La vía de salida es en muchos casos la internacionalización, lo que exige el envío de trabajadores a otros países para abrir nuevos mercados o montar empresas filiales. Podemos hablar así de una «expatriación defensiva», que se plantea al trabajador no como una oportunidad de carrera sino como una alternativa al despido. Los nuevos contratos para la empresa se celebran en el extranjero, y allí se desplazan los equipos de producción cuando encuentran ocupación; de no ser así se recurre al despido por causas objetivas.

En estos casos se expatrian perfiles profesionales de menor cualificación y nivel salarial a los usuales hasta ahora. Aunque desde un punto de vista jurídico se trata del mismo fenómeno, materialmente la situación es muy diferente. Las condiciones de expatriación son radicalmente distintas, muy inferiores a las comunes antes de la crisis, y cercanas a las que se tenían en el puesto de trabajo de origen. No suelen reconocerse ventajas especiales por el hecho de prestar los servicios fuera del Estado de contratación, más allá del derecho a algunos viajes de retorno a lo largo del año. Tampoco vamos a encontrar en muchos casos un plan de retorno, más allá de la reincorporación, en el mejor de los casos, al puesto de origen.

La voluntariedad, que era un elemento esencial en las expatriaciones tradicionales, está completamente ausente. En lugar del pacto de expatriación, sobre el que se articulaban éstas, lo que se produce es un uso de los poderes de dirección del empleador vinculados a la movilidad geográfica, imponiendo ésta. Ello obliga a la empresa a justificar la existencia de causas objetivas para imponer este traslado internacional, que por lo demás no se distingue en el Estatuto de los Trabajadores de uno interno. Pero teniendo en cuenta las circunstancias que afrontan trabajador y em-

pleador en estas situaciones, en una mayoría de los casos se llega a acuerdos individuales que legitiman formalmente esta movilidad. Sólo que el pacto de expatriación, cuando existe con este formato, es un muy pobre en sus contenidos y en las condiciones que reconoce al trabajador que va a ser transferido.

Faltando un cuadro de contraprestaciones adecuado; y faltando también una voluntariedad real, estas expatriaciones plantean los problemas vinculados a la movilidad internacional con toda su crudeza. Estas personas aplican las reglas legales de los Estados de origen y de destino, en cuanto a condiciones de trabajo, integración social y protección por los sistemas públicos sanitarios y de Seguridad Social. Falto de beneficios y de acceso a sistemas privados, estos expatriados afrontan sus traslados como un mal menor, que empeora sus condiciones de vida y de trabajo pero al que deben someterse so pena de perder su empleo. Es interesante comprobar cómo a pesar de seguir el mismo esquema jurídico que vimos anteriormente, la situación material es completamente diferente, y es entonces cuando se ponen de manifiesto los verdaderos problemas jurídicos derivados de un marco legal, internacional e interno, que es claramente insuficiente. Lo que nos lleva a concluir que en las expatriaciones «buenas» estos problemas no se producen no porque la regulación sea adecuada, sino porque el reconocimiento de beneficios por parte de las empresas evita éstos o los hace poco relevantes. Por poner un ejemplo, el límite máximo de permanencia en el sistema de Seguridad Social de origen que recogen los convenios bilaterales de esta materia se aplica de manera rígida a estos profesionales, que a los dos o tres años de permanencia deben ser dados de baja en el español para pasar a alta y cotización en el de destino. Para los expatriados privilegiados esto no resultaba relevante, ya que se les solía mantener la cotización en España incluso cuando ya estaban de alta en el sistema del país de destino.

En realidad, esto se venía ya produciendo antes de la crisis, en sectores muy concretos de la economía. Así ocurría, por poner un ejemplo muy claro, en la construcción y en la ingenie-

ría de grandes proyectos públicos, en el que predominan un número limitado de grandes empresas radicadas en pocos países, pero que desarrollan sus proyectos por todo el mundo. La realización de éstos exigía la movilidad de personal cualificado, que se apoyaba en otro de menor cualificación local; pero a medida que los proyectos se complicaban, era necesario trasladar también personal de otros perfiles, encargado de tareas difíciles o especializado en maquinarias complejas. No eran ya sólo los ingenieros los que eran desplazados para construir un túnel, un ferrocarril o una autopista. Ahora la crisis económica ha expandido la incidencia de esta modalidad de movilidad a todo tipo de empresas y de sectores.

Los nuevos expatriados adoptan en muchos casos el mismo esquema jurídico que los tradicionales, aunque con peores condiciones. Su pacto de expatriación suele ser mucho más pobre, como lo son también los compromisos de carrera al retornar a su Estado de origen. En ocasiones, sin embargo, vamos a encontrar nuevos modelos de articulación jurídica de estas expatriaciones, que se diferencian sustancialmente de los utilizados generalmente hasta ahora. Se ha generalizado, así, la figura que en el ámbito de los recursos humanos se ha denominado como «local plus», que consiste en la contratación de un empleado del Estado de origen de la empresa por una filial, en idénticas condiciones a los empleados locales o con alguna pequeña ventaja (en términos de compensación económica, viajes o vacaciones). No se mantiene la relación laboral original, que puede suspenderse.

Otro supuesto que podemos señalar es el de los trabajadores pendulares. De nuevo nos encontramos ante un concepto que es de uso frecuente en el ámbito empresarial y en el de los estudios relacionados con el trabajo, con cierto reflejo en la legislación laboral pero sin que exista en estos momentos una correspondencia clara entre ambos conceptos, el legal y el empresarial; y sin que haya tampoco un tratamiento adecuado para estas situaciones.

El trabajo pendular era originalmente nacional, caracterizándose por la ausencia de un

lugar de trabajo concreto y el desplazamiento continuo del trabajador según obligaran las necesidades de la empresa²⁸. En el mercado global es, cada vez más, una forma de movilidad internacional, puesto que las personas que prestan sus servicios de esta forma suelen hacerlo en mercados más amplios que los estatales. Relacionado originalmente a funciones comerciales, hoy se han ampliado a todo tipo de actividades; existe también vinculado a empresas en expansión, que tienen a un personal especializado en la creación y gestión de nuevas filiales; así como a empresas multinacionales en las que la matriz retiene a nivel mundial determinadas áreas de actuación, como las relaciones institucionales o la responsabilidad social corporativa.

El Derecho del Trabajo ha reconocido desde hace mucho tiempo la figura del trabajador no adscrito a un lugar de trabajo concreto. El artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores habla de trabajadores «*contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes*». Este concepto no coincide exactamente con el de trabajadores pendulares, cuya particularidad reside más bien en carecer de cualquier puesto de trabajo que pueda servir como referencia. Además, el tratamiento jurídico que se da a estas personas resulta también insuficiente.

Dentro de la función de recursos humanos en empresas internacionalizadas se habla de «nómadas» para denominar a estos trabajadores. Esta expresión, pensada originalmente para personas que no tenían un lugar de tra-

²⁸ La expresión «pendular» se utiliza también para referirse a una forma particular de teletrabajo, caracterizada porque el teletrabajador no presta sus servicios desde su domicilio o desde un telecentro, sino que se desplaza continuamente por motivos laborales. La utilización de equipos móviles le permite trabajar en remoto con su empresa y mantener su comunicación con ésta. El problema de esta modalidad de trabajo es que la generalización de las TIC y de la portabilidad de los equipos ha hecho que prácticamente cualquier trabajador móvil pueda entrar en esta categoría, al conectarse de manera remota con su empresa en algún momento de su jornada. Ello llevaría a multiplicar el número de teletrabajadores.

bajo fijo (dentro o fuera de un mismo Estado), en los últimos tiempos se ha usado también para referirse a los trabajadores que desarrollan sus carreras profesionales cambiando continuamente de país. Cuando se les vincula con la economía digital se les llama «Know-mads», nómadas del conocimiento.

Los gestores de recursos humanos internacionales han acuñado también la expresión «SWAPS» para referirse a un tipo particular de trabajadores transfronterizo, que se caracterizaría por el cambio constante de empleo, en distintos países, pero dentro de un mismo empleador multinacional. Suceden los contratos de trabajo con alguna de las filiales, a medida que desarrollan su carrera en países diferentes. Formalmente no hay una prestación transnacional, puesto que el servicio se presta en el mismo territorio de la empleadora. En términos materiales, sin embargo, lo que tenemos es una carrera profesional caracterizada precisamente por su multinacionalidad. A este fenómeno ha contribuido también la forma en que se desarrollan muchos servicios en el ámbito global, a través de proyectos de larga duración pero que llegan a terminarse cuando se acaba la obra o se culmina el servicio contratado. Al producirse esto se contrata a la persona para otro trabajo en distinto proyecto y país. La suma de encargos se convierte en toda una carrera dentro de un mismo grupo empresarial.

En el ámbito de los recursos humanos, finalmente, se habla también de «commuters», siendo éstas unas personas que disocian su lugar de trabajo y su domicilio. Aunque ésta es una expresión bien conocida, y que se aplica a multitud de supuestos («commuters» significa literalmente alguien que tiene que desplazarse para trabajar, por vivir alejado de su puesto de trabajo), en los últimos años, en un contexto de globalización, ha pasado a usarse para denominar a aquellos trabajadores que trabajan en un país distinto pero sin trasladar su domicilio familiar a éste. La forma de articularse esto varía según el módulo temporal de referencia que se utilice. Es común que se

permanezca en el Estado de trabajo durante la semana laboral, volviéndose al de domicilio para el fin de semana estándar o alargado. En otras ocasiones se adoptan módulos de trabajo largo, con muy pocos días de descanso, y acumulando éstos al final del período con semanas enteras de vuelta al domicilio.

Las causas que explican esta modalidad de expatriación, que tiene altos costes personales y económicos, son varias: la generalización del trabajo entre los dos miembros de la pareja; el abaratamiento de los transportes, especialmente del aéreo (que hace que resulte más barato pagar los viajes que el traslado del trabajador y su familia); las dificultades asociadas al traslado de hijos en edad escolar; las condiciones poco apetecibles de muchos destinos...²⁹.

Si proyectáramos esta figura al ámbito jurídico, para calificarla desde este punto de vista, a primera vista nos evocaría el trabajo transfronterizo, en cuanto ambos responden a una misma realidad, la disociación Estado de trabajo-Estado de domicilio, y la realización de desplazamientos continuos de uno a otro. Sin embargo, y como se ha visto, el concepto jurídico es uno muy concreto, en el que muchos de los supuestos de commuting no encajarían. A la postre no tendríamos más que trabajadores desplazados que presentan como única particularidad la de retornar al Estado de origen con mayor frecuencia.

Dentro del secondment podemos encontrar nuevos supuestos de expatriación de trabajadores vinculados no a necesidades productivas de las empresas, sino a sus programas formativos. Así ocurre en empresas multinacionales, en las que se establecen circuitos de formación para profesionales selectos –aquellos con mayor potencial–, a los que se envía por periodos

²⁹ Que no tiene que ver solo con escaso desarrollo económico o clima de inseguridad; es común este modelo de desplazamiento en empleados que prestan sus servicios en algunos países árabes, que teniendo un alto nivel de vida suscitan sin embargo rechazo entre las mujeres, que pueden ver mermados sus derechos en estos entornos culturales.

largos a empresas del grupo o marca para conocer su forma de trabajar y las particularidades del Estado en el que operan³⁰. Aunque existe un trabajo real, y la vinculación contractual se mantiene, la finalidad real de la expatriación es otra. Junto a estos supuestos, destinados generalmente a personal junior o de antigüedad media, encontramos otra destinada a los empleados más senior, socios de las empresas en muchos casos, a los que se integra temporalmente en las sociedades de otros países para establecer vínculos personales y culturales entre éstas.

3.5. Un mercado propio: el trabajo vinculado a la actividad diplomática

Una enumeración de las diferentes formas de movilidad de la mano de obra no estaría completa sin al menos una mención a un tipo de trabajadores para los que el elemento transnacional resulta esencial: aquellos que podemos denominar en sentido amplio como personal vinculado a la actividad diplomática. Utilizo aquí la expresión «diplomático» no en el sentido técnico del Derecho Internacional, sino en uno más amplio que engloba a una pluralidad de situaciones vinculadas con las relaciones internacionales y los organismos internacionales. Resulta curioso cómo estas personas han estado casi siempre fuera del ámbito de atención de los laboristas, a pesar de ser trabajadores; más aún cuando en los

³⁰ Así ocurre con los profesionales empleados por las llamadas Big Four (PwC, E&Y, Deloitte, KPMG), grandes multinacionales de servicios a empresas con tres grandes áreas de actuación (auditoría, consultoría y asesoramiento fiscal y legal). Es normal que éstas hagan circular a sus profesionales en las homónimas de otros países (no se puede hablar de matriz y filiales en estas empresas, que son globales), especialmente en las áreas fiscal y de auditoría. Los motivos varían: un asesor fiscal puede ir a Estados Unidos para conocer la práctica de este país, para poder trabajar a su retorno con empresas que quieran establecerse allí, o con filiales nacionales de empresas multinacionales; un auditor puede trasladarse a este mismo país para conocer las normas de auditoría aplicables a las empresas cotizadas en la bolsa de Nueva York, más estrictas que las que aplican en otros países.

estudios sobre movilidad internacional de la mano de obra suelen quedar también excluidos.

Sin pretender en modo alguno exponer todos los supuestos posibles ni estudiar, creo necesario al menos mencionarlos, teniendo en cuenta el objetivo de este trabajo de presentar las diversas situaciones que encontramos en la realidad de la movilidad internacional de trabajadores. Porque a mi juicio no hay duda de que se trata precisamente de esto, bien que en un mercado diferente y peculiar³¹.

El colectivo que suele identificarse con la actividad diplomática en sentido estricto es el de los funcionarios de la Carrera Diplomática. El artículo 55 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, dispone que éstos constituyen el cuerpo de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, al que por su preparación específica les están encomendadas las funciones de naturaleza política, diplomáticas y consulares, de acuerdo con lo establecido por los tratados internacionales en vigor, por lo que los puestos que tengan atribuidas dichas funciones se adscriben con carácter exclusivo a dichos funcionarios. Es interesante señalar como este precepto señala que estos empleados públicos «se someten a un régimen de obligada movilidad fuera de España», siendo esto una auténtica obligación laboral para éstos. Junto a este cuerpo, la misma Ley reconoce el Cuerpo Superior de Técnicos Comerciales y Economistas del Estado, del que deberán formar parte necesariamente las personas a

³¹ Y se trata de un personal bastante numeroso, además, en torno a unas 10.000 personas sólo en cuanto al empleo por la Administración Central del Estado y los organismos que dependen de éste. Cuyas condiciones laborales no son especialmente buenas, habiéndose producido ya varias huelgas en el colectivo en los últimos años, especialmente a partir de la imposición de recortes salariales al conjunto del empleo público que también les han afectado. Es interesante señalar que éstas han sido de las primeras huelgas verdaderamente mundiales que se han producido. A estas personas se les ha llegado a conocer como «precarios por el mundo».

las que se adscriban los puestos de trabajo de Consejero Económico y Comercial de las Oficinas Económicas y Comerciales.

En realidad el ámbito de este personal es mucho más amplio. La Ley 2/2014 cuenta con un capítulo monográfico titulado «Del personal del Servicio Exterior» en el que se identifica a este personal: según su artículo 54, «De las clases de personal», *«el personal al servicio de la Administración General del Estado en el exterior se integrará por funcionarios públicos y personal laboral»*. Se añade que este personal tendrá la consideración de personal del Servicio Exterior *«durante el periodo de tiempo en que estén destinados y ocupen un puesto de trabajo en las relaciones de puestos de trabajo de las Misiones Diplomáticas, Consulados, Representaciones permanentes o Representaciones»*³². En el caso particular de las delegaciones de la Unión Europea, de las misiones conjuntas con Estados miembros de la misma, o de las organizaciones internacionales o intergubernamentales, la Ley 2/2014 especifica que *«solo tendrá la consideración de personal del Servicio Exterior español el personal que ocupe un puesto de trabajo de la relación de puestos de trabajo de la Administración General del Estado»*; pero no aquel *«que ocupe puestos de trabajo del Servicio Exterior Europeo o de una organización internacional o intergubernamental»*.

Existen varios organismos públicos que tienen una proyección exterior, lo que implica una presencia de sus empleados fuera de España, como el Instituto Cervantes, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX). En paralelo ha crecido el personal en el exterior de administraciones y organizaciones internas, como las

Comunidades Autónomas, las asociaciones empresariales o las Cámaras de Comercio. Originalmente presentes mediante delegaciones en Bruselas para la defensa de los intereses de sus territorios o afiliados, en algunos casos se han extendido a otras capitales hasta formar redes cuasidiplomáticas paralelas a las del Estado, con un estatus jurídico dudoso. Desde la perspectiva laboral se trata de funcionarios o personal laboral adscritos a centros de trabajo sites en el extranjero, con los mismos problemas, en el caso de los trabajadores asalariados, que el resto de expatriados.

Junto a éstos encontramos al personal de las organizaciones internacionales, que tiene un estatuto jurídico funcional y una serie de inmunidades y prerrogativas. En general sus condiciones laborales y expectativas de carrera son buenas, sin plantear grandes problemas jurídicos. Dentro de este grupo, sin embargo, existe también un colectivo de empleados precarios, vinculados con las organizaciones mediante contratos de duración determinada vinculados a programas y operaciones concretas. Muchas de estas personas encadenan misiones y encargos sin llegar a alcanzar una estabilidad en el empleo que los organismos internacionales vinculan con el personal funcionario, generándose un nuevo «precariado internacional». En determinadas organizaciones internacionales se fomentan adscripciones temporales, normalmente de funcionarios de Estados miembros de las mismas; en estos casos puede producirse una contratación temporal de la persona, con mantenimiento en suspenso del vínculo con la administración de origen; o bien la conservación de éste y la puesta a disposición de sus servicios al organismo.

4. EL TRÁFICO DE PERSONAS

Dentro de estas formas alternativas de movilidad no podemos dejar de indicar el tráfico de personas, un fenómeno creciente que se ha incrementado con la liberalización de los intercambios hasta convertirse en una de las

³² Se añade que *«al finalizar su destino deberán reintegrarse a un puesto de trabajo en el Ministerio de adscripción o en el departamento en el que prestaban servicios antes de ocupar una plaza en el Servicio Exterior del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de Función Pública, sin que opere la garantía de asignación de un nuevo puesto de trabajo en la localidad de destino en el exterior»*.

mayores violaciones de los derechos humanos en el siglo XXI. Es una modalidad de delincuencia internacional cuyo impacto sobre los derechos de las personas es directo y devastador, puesto que genera violaciones sucesivas de éstos. Ello es así porque es común que este tráfico se vea acompañada de otras formas de explotación, que se convierten en elementos definitorios de estas conductas, como el trabajo forzoso, la esclavitud, la mendicidad forzada o la explotación sexual. Genera, además, situaciones de indefensión al producir una inmigración ilegal que convierte a las víctimas en incumplidoras de la ley, lo que las aleja de los mecanismos oficiales de tutela. Convertir a la víctima de trata en incumplidor de otras normas, las de inmigración, es el principal instrumento de presión de los traficantes, y la mayor dificultad para obtener una protección jurídica de las autoridades del Estado de destino.

Desde el punto de vista que nos ocupa, el tráfico de mano de obra es una forma de movilidad de trabajadores, pues por definición supone el traslado de personas a un Estado distinto del suyo, con fines que podemos considerar, en sentido amplio, laborales, al tener por objeto la prestación de sus servicios; sólo que éstos serán ilegales bien por su objeto (explotación sexual), bien por las características de quien los presta (trabajo infantil), bien por la forma en que se desarrollan (trabajo forzoso). La relación de este concepto con el de trabajo forzoso, el más común en el ámbito del sistema de Naciones Unidas, está en que la víctima de tráfico va a serlo también de estas nuevas formas de esclavitud; aunque hay también trabajo forzoso dentro de las fronteras del Estado, o sin desplazamiento de ningún tipo de la víctima.

En la sociedad global del siglo XXI estas prácticas están muy extendidas, coincidiendo con el crecimiento de la delincuencia internacional pero también de las desigualdades entre territorios del mundo. Según datos proporcionados por la Organización Internacional del Trabajo, en el año 2017 más de 40 millones de personas son víctimas de tráfico, con una

presencia desproporcionada de mujeres y de niños (1 de cada 4 son niños). Esto incluye tanto el sector privado como el público (trabajo forzoso impuesto por el Estado)³³.

Naciones Unidas considera una prioridad su erradicación, y llegó a incluirlo entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados en septiembre de 2015 con el objetivo de erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible. Entre éstos se encuentra un Objetivo 8 de claro contenido laboral: «*Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*». Uno de ellos, el Objetivo 8.7, se refiere expresamente a este fenómeno, indicando que la finalidad a lograr será «*adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, a más tardar en 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas*».

La OIT ha asumido este objetivo, desarrollando una serie de actuaciones y colaborando con la Alianza 8.7, creada para asegurar el cumplimiento de este objetivo³⁴. Esta organización internacional había sido pionera en la lucha contra estas prácticas con la aprobación del Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930 (convenio n° 29). En 2014 la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó un Protocolo y una Recomendación que complementaron este

³³ Los datos más recientes, presentados en septiembre de 2017 en Nueva York, están en el informe Estimaciones mundiales de la esclavitud moderna: Trabajo forzoso y matrimonio forzado, preparado por la OIT y la Walk Free Foundation, en colaboración con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

³⁴ Se trata de una organización de empresas creada para ayudar a alcanzar el objetivo 8.7, que le da nombre, y para coordinarse con los actores que están trabajando para dar cumplimiento a los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Más información puede obtenerse en su portal <http://www.alliance87.org/> (visitado 8 de octubre de 2017).

Convenio sobre el trabajo Forzoso. A partir de 2015 se ha comprometido especialmente con el cumplimiento del Objetivo 8.7. En junio de este mismo año de 2017 anunció la creación de una Red mundial de empresas sobre trabajo forzoso y trata de seres humanos, dirigida a *«las empresas con un alcance global interesadas en prevenir el trabajo forzoso en sus operaciones y cadenas de suministro»*, y con el objetivo de *«ayudar a las empresas a enfrentar los desafíos del trabajo forzoso y de la trata de seres humanos en un contexto global cada vez más complejo»*³⁵.

La comunidad internacional se ha dotado de un marco normativo muy desarrollado para luchar contra estas formas de abuso laboral. Pionero fue, como se ha dicho, el Convenio n° 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, en el que el elemento transnacional, de movilidad ilegal de trabajadores, no aparece señalado: para éste, lo era *«todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente»*. En el momento de su aprobación la realidad de este trabajo era muy diferente, vinculada a situaciones coloniales. También lo era la actitud del legislador internacional, que llegaba a permitirlo en ciertas circunstancias.

Naciones Unidas desarrolló su actuación en esta materia en el marco de sus políticas

³⁵ La noticia sobre la creación de esta red está disponible en http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_556170/lang-es/index.htm. Entre los primeros ámbitos de acción se señalan los siguientes: examinar las políticas vigentes, identificar los sectores de riesgo, y la diligencia debida; adaptar las herramientas de la OIT pertinentes (p. ej. Lucha contra el trabajo forzoso: Manual para empleadores y empresas) y la elaboración de otras herramientas prácticas sobre la prevención del trabajo forzoso y de la trata de personas en las actividades de las empresas en diversos idiomas; comprender los sistemas jurídicos y normativos y las obligaciones de notificación; garantizar la contratación equitativa, basándose en los corredores para la contratación justa promovidos por la OIT y las organizaciones sociales en Asia Meridional y el Oriente Medio; comprobar la validez de los modelos de intervención sobre trabajo forzoso y trata de seres humanos en sus operaciones y cadenas de suministro.

contra la delincuencia internacional. Su documento más relevante en este sentido es el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmado el 15 de diciembre de 2000 en Palermo, y conocido por ello como «Protocolo de Palermo»³⁶. Las partes firmantes del protocolo entienden que *«para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocido»*. Y aunque reconocen la existencia de una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de las personas, especialmente las mujeres y los niños, reconocen que no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas, lo que podría producir que las personas vulnerables a la trata no estuvieran suficientemente protegidas.

El artículo 3 de este Protocolo define «trata de personas» como *«la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación»*. Tres elementos definen esta actividad: la movilidad de personas (no necesariamente internacional); la falta de voluntariedad (por amenaza, engaño u otro elemento); y la finalidad de este tráfico, la explotación. Explotación que incluirá, como mínimo (según señala el mismo

³⁶ Este Protocolo fue ratificado por el Reino de España por el Instrumento de Ratificación de 21 de febrero de 2002, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003

artículo 3), «*la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*».

En el ámbito europeo existe un Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005³⁷, que se aplica a todas las formas de trata de seres humanos, sean nacionales o transnacionales y estén o no vinculadas a la delincuencia organizada. Por «trata de seres humanos» se entiende «*el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación*»³⁸. Aunque con otras palabras, la definición es similar a la de Naciones Unidas, incluyendo los tres elementos ya indicados.

La Unión Europea aprobó la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas³⁹. Su definición es similar a las ya vistas: «*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude,*

el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla» (artículo 2.1).

En muchos Estados se han aprobado legislaciones específicas contra estas prácticas. Quizás las más conocidas son la Trafficking Victims Protection Act of 2000 (TVPA), de los Estados Unidos; y The Gangmasters (Licensing) Act 2004 y The Modern Slavery Act 2015, en el Reino Unido. En España el artículo 177bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 5/2010⁴⁰, castiga el delito de trata de seres humanos, que es definido como la actuación de quien empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiére, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.

³⁷ Aprobado por Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

³⁸ Según se indica, «*la explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos*».

³⁹ Esta norma sustituye una anterior, la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

⁴⁰ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal explica la introducción de este precepto en estos términos: «*el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos*».

- d) La extracción de sus órganos corporales.
- e) La celebración de matrimonios forzados.

El delito existe cuando estas actuaciones se produzcan en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella. Se considera que existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. Si estas acciones se realizan respecto de menores se considerará que existe trata aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados.

Adicionalmente, el artículo 312 del Código Penal, castiga a quienes trafiquen de manera ilegal con mano de obra o recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Mientras que el 318bis castiga la ayuda intencionada a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, previendo la excepción de que esto no será punible cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Se castigan con mayor rigor estos hechos cuando se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades y cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves⁴¹.

⁴¹ Para conocer la situación de esta figura en el Derecho penal español, me remito a los estudios de la doctrina penalista, entre otros los de B. MAPELLI CAFFARENA, «La trata de personas», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, nº1, 2012, pg.25; y A. DAUNIS RODRÍGUEZ, «Sobre la urgente

En un trabajo que tiene como objeto presentar las distintas variedades de la movilidad transnacional de trabajadores incluir el tráfico de mano de obra es una necesidad, porque se trata precisamente de una modalidad, extrema si se quiere, de ésta. Hasta ahora la lucha contra el tráfico ilegal de mano de obra se ha basado en un enfoque policial, muy centrado en las formas más extremas de explotación, especialmente la sexual; y en las víctimas más vulnerables, mujeres y menores. En el mercado global la visión debe cambiar porque, como ya se ha indicado, centrarse en la visión represora no resuelve los problemas de las víctimas, que son más laborales que de ninguna otra naturaleza; al convertirles en elementos integrantes de la conducta criminal, las posibilidades de resarcimiento se reducen, especialmente en sistemas jurídicos muy rígidos con la emigración legal. Es mejor ampliar la perspectiva, incluyendo toda forma de explotación laboral, y entendiendo por ésta cualquier vulneración de los derechos que pudieran corresponder a los trabajadores, con independencia de la legalidad o ilegalidad de su situación en el Estado. El Derecho del Trabajo tiene una función que cumplir en esta lucha, junto al Derecho Penal; y sus instrumentos tradicionales de tutela deben estar disponibles para las víctimas.

El problema del tráfico de mano de obra se incrementa a medida que la globalización ahonda las diferencias entre el mundo rico y el mundo pobre; y a medida que la comunidad internacional es incapaz de dar respuesta a las crisis económicas y humanitarias que sufren algunas zonas del mundo. Cuando los Estados establecen mayores barreras para las personas el tráfico ilegal se incrementa, por lo que las soluciones basadas en la restricción de la inmigración y las sanciones para la que se produce ilegalmente parecen claramente insuficientes.

necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 1, 2010.

5. EL TRABAJO TRANSNACIONAL DEL FUTURO: EL TRABAJO EN PLATAFORMAS

Uno de los fenómenos más llamativos en el mercado de trabajo del siglo XXI, propio además de esta centuria, es de las formas de prestación de servicios en un entorno digital, basándose en nuevos formatos tecnológicos que fomentan la prestación de servicios y la puesta a disposición de bienes de todo tipo y dimensión. La tecnología no es tanto el objeto de la prestación (que puede serlo), o un instrumento para ésta (que también), sino que se constituye como el canal de intercambio que permite unas transacciones que, por su dispersión o dimensión, hasta ahora no habían resultado factibles o rentables.

A estas formas de empleo se les ha pretendido encuadrar en un fenómeno más amplio y anterior, el de la economía colaborativa, llegando a ocupar su espacio y apropiándose de su denominación. Cuando responden en realidad a un modelo económico diferente, basado en el mercado y en la obtención de lucro por los bienes y servicios; simplemente se contrata de otra manera. Más correcto que una «mal llamada economía colaborativa» es hablar de la «gig-economy», de la economía de los pequeños trabajos, incluso cuando la traducción que se viene manejando en España, la de «economía de la chapuza», resulte altamente inadecuada por sus implicaciones peyorativas⁴².

⁴² La bibliografía sobre esta realidad económica empieza a ser muy extensa. Sin pretender ser exhaustivo, y ciñéndonos a revistas jurídicas españolas, pueden citarse los trabajos de M.L. BIRGILLITO, «El trabajo en la era de la gig-economy. Una aproximación desde una perspectiva internacional», *Trabajo y Derecho*, nº 29, 200; F. CAVAS MARTÍNEZ, «Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 406, 2017, pg.23; A. GINÉS I FABRELLAS & S. GÁLVEZ, «Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», *InDret*, Vol. 1, 2016; P. PÁRAMO MONTERO, «Las nuevas formas emergentes de trabajo, Especial referencia a la economía colaborativa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº128, 2017, pg. 183; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «El trabajo 3.0 y la regulación laboral:

La manifestación por excelencia de la gig-economy son las plataformas (generalmente calificadas como «colaborativas», con el mismo problema antes señalado), portales de internet a través de los cuales se facilita la contratación de servicios de todo tipo, y cuyo papel en la transacción varía según el modelo de negocio de cada una. Por esto al trabajo que se genera a través de éstas se le llama «trabajo en plataformas».

El trabajo en plataformas plantea al Derecho del Trabajo una multitud de cuestiones, en un contexto de clara obsolescencia normativa de sus instrumentos tradicionales⁴³. Como resultado de esto se ha hablado de la existencia de una verdadera «agenda reguladora» para estas formas de empleo, que incluye aquellas materias en las que más claramente se identifica la necesidad de una intervención reguladora, elaborando nuevas reglas o sustituyendo las ahora existentes⁴⁴. Esta agenda afecta a varios sectores del Derecho, tanto regulaciones sectoriales (como las del transporte o la banca), como otras generales sobre las actividades económicas (normas administrativas y fiscales). Entre éstos se encuentra claramente el Derecho del Trabajo, una de las ramas del ordenamiento jurídico más sensibles a los cambios tecnológicos, que en el contexto de extensión de tecnologías disruptivas de la se-

por un enfoque creativo en su tratamiento legal», *Creatividad y Sociedad*, nº 26, 2016; F. TRILLO PÁRRAGA, F. «Economía digitalizada y relaciones de trabajo», *Revista de Derecho Social*, nº 76, 2016, pg. 59.

⁴³ Un estudio pionero y monográfico sobre esta realidad es el de A. TODOLI, «*El trabajo en la era de la economía colaborativa*», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016; más recientemente el libro colectivo HERNÁNDEZ BEJARANO & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (dir), «*Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*», Bomarzo, Albacete, 2017, elaborado en el seno del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R, «Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico»

⁴⁴ La idea de «agenda reguladora» para este sector se ha generalizado a partir de la publicación por la Comisión Europea de un importante documento, una Comunicación sobre una «Agenda Europea para la Economía Colaborativa», (COM(2016) 356). Bruselas, 2016.

gunda década del siglo está demostrando importantes tensiones.

La «agenda laboral» de la gig-economy incluye algunos de los núcleos temáticos de la disciplina, elementos centrales que necesitan ser adaptados para ordenar adecuadamente estas formas de empleo⁴⁵. Desde los indicios determinantes de la laboralidad de los servicios hasta la organización y tutela colectiva de los trabajadores de plataformas; desde su inclusión en los sistemas profesionales de Seguridad Social hasta los mecanismos de definición de sus condiciones de trabajo, todos estos aspectos están siendo objeto de revisión ante un sector en constante crecimiento y mutación, que supone un replanteamiento de las fronteras entre lo autónomo y lo subordinado, lo personal y lo profesional, la sociedad y el mercado.

Uno de los aspectos laborales que se ha identificado como especialmente problemático es el de la determinación de la legislación aplicable a estas formas de empleo, cuando algunos de los actores que interviene en la operación se encuentra en un Estado distinto al resto. En la realidad de la gig-economy muchas de las prestaciones de servicios que se gestionan a través de estas plataformas son transnacionales, algo lógico teniendo en cuenta que en el soporte que proporciona la red 4.0, a través de la que se canalizan los acuerdos de compraventa de servicios y se prestan algunos de los servicios, las fronteras estatales son un factor irrelevante. Podríamos dudar de que nos encontramos ante situaciones de movilidad geográfica internacional, al no desplazarse físicamente el prestador de los servicios. Así ocurre cuando éstos se prestan de manera remota. Cuando lo hacen de manera física es posible que exista un elemento de internacionalidad al tener que desplazarse el trabajador para realizar esta prestación; o cuando, estando prestador y usuario en un mis-

mo Estado, la plataforma que los conecta está en otro. En cualquier caso, y para ser coherente con el enfoque seguido en este trabajo, y para completar su carácter exhaustivo, considero que es adecuado tratarlo.

La primera complicación que nos vamos a encontrar es la de fijar la legislación aplicable cuando nos encontramos en un entorno digital, en el que las relaciones se articulan de manera remota. Los elementos que ayudan a definir ésta como la nacionalidad de los actores o el Estado en que residen o están establecidos resultan poco operativos. La misma manera de diseñarse el espacio digital, como uno unificado y sin fronteras, contribuye a este efecto.

Una segunda complicación se encuentra en la existencia de tres actores en las operaciones económicas que se desarrollan a través de las plataformas, tanto las de servicios como las de bienes. Así, tenemos una persona que presta sus servicios de manera personal; una persona que encarga, los recibe y los retribuye, obteniendo una utilidad económica de éstos; y un intermediario que pone en contacto a uno y a otro, y que puede, según los casos, fijar las condiciones de prestación y de retribución del servicio. En los distintos modelos de negocio de cada plataforma varía su grado de control y de intervención, dependiendo también si se trata de plataformas verticales u horizontales. El Derecho del Trabajo, asentado sobre una relación laboral estándar de naturaleza bilateral, siempre ha tenido problemas al tratar con otras trilaterales. Más aún cuando por la ubicación de alguna de éstas pueden generarse elementos de internacionalidad que obliguen a identificar un sistema jurídico de referencia para gobernar las distintas operaciones involucradas en la contratación de servicios a través de estos canales. No es sólo una cuestión de deficiente regulación; es también que muchas veces no vamos a saber con seguridad cuál resulta de aplicación.

La tercera complicación, que es genérica de este sector de actividad, deriva de las características de los servicios prestados por estos canales. Aunque no siempre se cumple

⁴⁵ Me permito remitirme a un trabajo en curso de publicación, monográfico sobre esta cuestión: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social», *Temas Laborales*, en prensa.

esto, el prototipo de estos trabajos es uno de muy escasa duración, de poca relevancia económica y ocasional (sin establecer relaciones continuadas prestador-usuario). Los trabajadores en plataforma suelen estar inscritos en varias de éstas, pluritrabajando bien de manera simultánea o sucesiva. Esto complica claramente cualquier intento de regulación y formalización, tanto más si existe un elemento de internacionalidad en las diversas relaciones jurídicas que se establecen.

Las razones que explican la generalización de prestaciones transnacionales de servicios a través de soportes digitales son múltiples. Existen, en ocasiones, territorios que se han especializado en determinados servicios, en los que resultan muy competitivos por haberse preocupado de generar una oferta cualificada y competente⁴⁶. Hay también mercados en los que el trabajo free-lance se ha extendido considerablemente, ofreciendo una mayor oferta de éstos que aquellos en los que residen sus clientes.

Las diferencias salariales entre los distintos mercados de servicios, muy elevadas a nivel global, también han influido en la generalización de estas situaciones, en especial cuando la mano de obra constituye un elemento determinante del coste de una actividad. Hay que tener en cuenta que estos formatos permiten reducir los costes de los servicios ofertados de dos maneras diferentes: a través del menor coste de vida en el Estado en que se prestan; y a través del propio ahorro que supone en muchas ocasiones trabajar en plataformas digitales, respecto de los modelos tradicionales de trabajo autónomo. Hay elementos técnicos

que también lo facilitan: la estandarización en las formas de acreditación de aptitudes profesionales, la armonización de las titulaciones oficiales, la existencia de un lenguaje técnico común, el abaratamiento del hardware y de las redes de comunicación, la mayor seguridad de éstas... Algunos países se benefician del «efecto idioma» que permite a sus profesionales acceder a mercados de servicios de otros países cuya lengua dominan por ser la propia o por ser una de uso común en los suyos⁴⁷.

Los problemas que generan las prestaciones transnacionales a través de estos canales son igualmente numerosos, incrementando los que se encuentran en las puramente nacionales. El riesgo de que toda la operación permanezca en los espacios de la economía informal, común a todo este fenómeno, se ve incrementado, lo que supone incumplimientos de obligaciones no solo laborales, sino también fiscales y de Seguridad Social. Ni siquiera resulta sencillo cumplir la normativa en estos casos, ya que determinar qué legislación debe regir el intercambio de unos servicios por su retribución a través de una plataforma de contratación, pudiendo estar cada uno de estos tres factores situados en distintos Estados, resulta complicado. A lo que debemos añadir que en el estado actual de la cuestión la regulación de estos servicios en los distintos sistemas jurídicos nacionales dista de estar desarrollada, existiendo numerosas diferencias entre éstos además. Esto dificulta gestionar los conflictos de leyes, si es que éstos llegan a identificarse⁴⁸. No se trata tan sólo de una cuestión de inseguridad jurídica, sino que se

⁴⁶ Este es el caso de algunas ciudades de la India, famosas por proveer de servicios informáticos a empresas de todo el mundo, originalmente a través de contratistas especializados pero cada vez más a través de profesionales independientes a través de estos canales. En un mismo territorio se han concentrado un número elevado de centros de formación de alto nivel, parques empresariales y centros de investigación que han conformado un distrito industrial muy especializado y con gran reputación. Si se a ello se suman unos niveles salariales muy inferiores a los de los Estados en los que se sitúan sus clientes, el resultado es una opción muy interesante para éstos.

⁴⁷ Pensemos en los técnicos informáticos latinoamericanos, que colaboran con empresas españolas sin tener que afrontar problemas lingüísticos; o en los operadores telefónicos de estos países y de Marruecos, en donde hay zonas en las que el español es muy conocido. En las antiguas colonias británicas es común manejar con soltura el inglés, lo que facilita a sus profesionales colaborar con empresas norteamericanas y de otros países anglófonos.

⁴⁸ Sin olvidar que en estos momentos el Derecho Internacional Privado del Trabajo presenta en general numerosas carencias para ordenar las relaciones laborales con un elemento de internacionalidad, incluso cuando se trata de prestaciones de trabajo estándares.

produce un evidente riesgo de dumping social, al beneficiarse los usuarios de las condiciones laborales de países menos desarrollados; y de un segmento del mercado de trabajo especialmente vulnerable y precario, además.

Algunos de los problemas jurídicos del trabajo en plataformas transnacional habían sido ya anunciados décadas antes, cuando se empezó a estudiar el teletrabajo como forma de empleo. Entonces se planteaba la posibilidad de trabajos transnacionales a través de esta modalidad de prestación, y se denunciaban los problemas de aplicación de las regulaciones laborales nacionales que derivaban de ello⁴⁹. En la actualidad el trabajo remoto se ha combinado con su contratación a través de plataformas para generar un entorno aun más complicado.

En la práctica la situación de desregulación de facto en que se encuentra esta forma de empleo en la mayor parte de las jurisdicciones ha producido que sean las propias plataformas las que resuelvan estos problemas, de forma unilateral (a través de las condiciones de utilización de su soporte), o formalmente bilateral (en los contratos que firman con usuarios y proveedores). En unos y otros documentos encontraremos cláusulas sobre la determinación de la legislación aplicable y sobre la fijación de los tribunales nacionales competentes, en clara conveniencia para la plataforma en todos los casos. La elección por las partes se convierte en la regla de solución

⁴⁹ Los problemas generados por el trabajo remoto transnacional han sido ampliamente estudiados por nuestra doctrina iuslaboralista. Entre otros podemos citar los trabajos de BELZUNEGUI ERASO, BRUNET ICART ET PASTOR, «Globalización, relaciones laborales y teletrabajo», *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, nº 5, 2004; R. SELLAS I BENVINGUT, «Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario», y A. ROMERO BURILLO, «Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo»; ambos en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, «Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2000. También A. MORENO MÁRQUEZ, «Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones», *Revista de la contratación electrónica*, nº 58, 2005, pg. 3.

de los conflictos de leyes y de jurisdicciones, por más que ésta sea más formal que real. De ahí que en la agenda reguladora de la gig-economy esté también la regulación expresa y específica de las distintas cuestiones derivadas de la contratación, prestación y recepción de estos servicios a través de las fronteras.

6. CONCLUSIONES

La globalización ha incrementado la movilidad de las personas por motivos profesionales, y sobre todo ha diversificado las formas en que ésta se produce. Junto a la tradicional movilidad por el empleo, los movimientos migratorios, se multiplican los supuestos de movilidad en el empleo, en desarrollo de las prestaciones objeto de una relación de trabajo, y por iniciativa y en interés de las empresas. Han cambiado los modos de trasladarse, y también los motivos para hacerlo, puesto que a los ya conocidos de búsqueda de oportunidades profesionales encontramos otros vinculados con la formación, el ocio, la internacionalización, la huida de los conflictos bélicos y de los desastres naturales. Lo cierto es que el mundo globalizado es uno en el que las personas van a circular a niveles no conocidos hasta la fecha.

Ello no obstante, la integración de las economías, muy profunda en muchas regiones y sectores, no ha alcanzado un mismo nivel de reconocimiento en lo que se refiere a las personas en cuanto sujetos económicamente activos. Frente a este factor económico subsisten las limitaciones legales en muchos casos, en un contexto de protección no sólo de los mercados de trabajo nacionales sino también de sus sistemas de protección social y de un modelo de cohesión social que en un mundo integrado parece poco sostenible ya.

Las tensiones provocadas por los movimientos migratorios no han terminado con la globalización, sino que se han incrementado poniendo de manifiesto que nos encontramos ante la asignatura pendiente de ésta. Es paradójico como la primera gran fractura de la Unión Europea, la salida por voluntad mayori-

taria de sus ciudadanos del Reino Unido, se ha debido en gran parte a la cuestión migratoria. La base para la oposición a la pertenencia estaba en la resistencia a lo que los británicos consideraban como «turismo social» provocado por la ampliación al antiguo bloque soviético y por la crisis económica, que supuso una gran presión sobre el sistema nacional de protección social. Ahora mismo las negociaciones del Brexit están encalladas precisamente por la situación de los ciudadanos unioneuropeos en territorio británico⁵⁰. Antes de esto el fracaso del proceso constituyente europeo obedeció principalmente a preocupaciones relacionadas con la protección de los mercados de trabajo nacionales. La otra gran debacle de la política mundial en los últimos años, la elección de Donald Trump como presidente de los Estados Unidos, tuvo también un claro componente antimigratorio. Por no hablar de la crisis de refugiados que afrontamos, a la que se ha dado una respuesta que no ha ido precisamente en la dirección de facilitar la circulación de las personas. La libre circulación de personas no está tan asumida como un elemento natural del nuevo régimen mundial como queríamos pensar.

La principal pregunta que debemos hacernos en estos momentos es cómo afrontar este fenómeno desde el Derecho del Trabajo. Caben a mi juicio dos opciones: o bien regulamos la movilidad como un aspecto particular de la relación de trabajo, elaborando soluciones que resuelvan los problemas que produce apoyándonos sobre todo en las legislaciones laborales nacionales; o bien cambiamos la perspectiva, y consideramos que lo que ya existe es un mercado de trabajo global, aunque no esté todavía reconocido legalmente, y que debemos construir un Derecho transnacional, cuyo ámbito de aplicación coincida con el del mercado y que supere los distintos ordenamientos nacionales⁵¹.

El desafío es importante. Necesitamos modelos, pero también agentes reguladores globales que en estos momentos todavía faltan. Sobre todo, falta la voluntad de los Estados de convertir los desplazamientos de personas como un elemento ordinario y recurrente en un mundo integrado. En un marco como éste el Derecho del Trabajo tiene una función que cumplir, saliendo de sus áreas de actuación históricas (el tratamiento de los trabajadores en un mercado de trabajo nacional) para ofrecer soluciones a los problemas de los movimientos de éstos en todas sus variedades. Las normas nacionales han servido hasta ahora más de obstáculos para esta movilidad que otra cosa. Como han dicho algunos de nuestros colegas, con la globalización se corre el riesgo de que Derecho del Trabajo pase de ser un derecho de frontera a un derecho de fronteras⁵².

Quisiera terminar este trabajo citando un documento de Naciones Unidas que expresa el papel de la movilidad internacional de personas en el mundo globalizado: «*Reconocemos la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible. Reconocemos también que la migración internacional es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino, que exige respuestas coherentes e integrales. Cooperaremos en el plano internacional para garantizar la seguridad, el orden y la regularidad de las migraciones, respetando plenamente los derechos humanos y dispensando un trato humano a los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio, y a los refugiados y los desplazados (...)*»⁵³.

⁵² La idea la he tomado del trabajo colectivo VV.AA., «Globalización El cambio del derecho del trabajo. De un derecho de frontera a un derecho de fronteras»; accesible en <http://repository.urosario.edu.co/browse?value=Baylos,%62Antonio&type=author>; consultado el 20 de octubre de 2017.

⁵³ Punto 29 del documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/69/L.85>, accedido el 8 de octubre de 2017.

⁵⁰ En extenso M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Del derecho de libre circulación de trabajadores al BREXIT: ¿un viaje de ida y vuelta?», *Documentación Laboral*, nº 107, 2016.

⁵¹ Como ha propuesto A. OJEDA AVILES en su conocido estudio «*Derecho transnacional del trabajo*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RESUMEN

Este trabajo pretende servir de introducción a un monográfico de una revista de Derecho del Trabajo dedicado a la movilidad transnacional de la mano de obra, con el objetivo de presentar este fenómeno y fijar algunos de sus elementos. Cumplirá una función doble: dibujar el contexto en el que se produce esta movilidad, de un lado; e identificar las principales modalidades de ésta, por otro. El contexto en el que se produce este fenómeno es el de la globalización, una realidad que caracteriza el mundo en el siglo XXI y que está afectando profundamente al mundo del trabajo. Cuando se estaban produciendo las últimas fases de su construcción, en la última década del siglo XX, se generó una gran inquietud sobre sus posibles efectos en el trabajo. Bien entrado el siglo podemos comprobar que sus efectos no han sido exactamente como se esperaban, tanto en cuanto a las presiones competitivas que generan reformas en las legislaciones laborales como, sobre todo, a la movilidad de trabajadores.

La hipótesis de partida de este trabajo es que la integración de los mercados producida tras la primera década de globalización ha incrementado la movilidad internacional de personas por motivos laborales, no sólo en sus dimensiones cuantitativas sino también en cuanto a la tipología de supuestos, que se han multiplicado al aparecer junto a los tradicionales otros nuevos. Los cambios tecnológicos y las nuevas estrategias productivas también han colaborado en este fenómeno, intensificando las formas tradicionales de movilidad y haciendo surgir otras nuevas.

Un estudio de la realidad laboral del siglo XXI pone de manifiesto que se ha incrementado la movilidad de las personas por motivos profesionales, y que también se han diversificado las formas en que ésta se produce. Ha crecido la tradicional movilidad por el empleo, los movimientos migratorios, en todas sus manifestaciones. Este es el supuesto más conocido, con mayor presencia y también con mayor tradición histórica. Pero junto a ésta se multiplican los supuestos de movilidad en el empleo.

Un supuesto particular es el de los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Se trata de supuestos en los que una empresa impone a sus empleados trasladarse a otro país para desarrollar un servicio concreto, al amparo de su libertad comunitaria fundamental de prestar servicios en todo el territorio de la Unión Europea. Lo definitorio de estas situaciones es su carácter temporal (lo que exige un empleo en la empresa antes y después del traslado al extranjero); que se produce por iniciativa de la empresa empleadora; y que resulta instrumental para el ejercicio por ésta de su libre prestación de servicios. La Directiva que la regula ha sido una norma en gran medida fallida, a pesar de su indudable relevancia y del gran impacto que causó en el momento de su aprobación. Su técnica fue insuficiente desde varios puntos de vista, puestos de manifiesto a lo largo de su ya dilatada vigencia.

Una manifestación muy común de movilidad internacional es la expatriación, un concepto que desde la perspectiva de la dirección de recursos humanos incluye cualquier supuesto en el que un empleado presta sus servicios en otro país. En la práctica las expatriaciones han funcionado según los esquemas diseñados por las empresas, que han utilizado los distintos mecanismos legales según su interés. Hasta no hace mucho el modelo predominante de expatriación que encontrábamos en el mercado global era el de personal cualificado, que ocupaba posiciones relevantes dentro de las organizaciones. El traslado al extranjero se hacía para ocupar posiciones concretas muy estratégicas en los Estados de destino, en el marco de procesos de internacionalización de empresas o en organizaciones multinacionales. El instrumento fundamental para ordenar jurídicamente era el pacto de expatriación, un acuerdo entre la empresa y el trabajador en el que se detallaban las condiciones en que ésta se iba a producir.

El siglo XXI ha experimentado la aparición de nuevas modalidades de expatriación, que han surgido como consecuencia no sólo de la globalización sino también de otros factores que han coincidido con ésta para cambiar los perfiles de los trabajadores expatriados, y la forma en que lo son. Encontramos así expatriados «defensivos», para los que trabajar en el extranjero es una alternativa a la pérdida de empleos por la menor actividad de sus empresas en sus estados de origen; «local plus», que tienen condiciones de trabajo similares a las de los empleados en los Estados de destino; nómadas, que cambian continuamente de Estado de Trabajo; expatriados con finalidades formativas y de integración en empresas multinacionales, etc...

Finalmente se producen otros movimientos de personas hasta ahora poco estudiados desde la perspectiva de este número monográfico, como el tráfico de mano de obra, el trabajo diplomático o el trabajo remoto transnacional. En todas éstas encontramos trabajadores fuera de sus países, aunque por motivos y canales diversos a los comunes.

No sólo han cambiado las formas en que los trabajadores se mueven por el mundo. También han cambiado sus motivos, puesto que a los ya conocidos de búsqueda de oportunidades profesionales encontramos otros vinculados con la formación, el ocio, la internacionalización, la huida de los conflictos bélicos y de los desastres naturales.

La constatación de la extensión y diversificación de la movilidad internacional de trabajadores convalida las hipótesis de partida de este trabajo, y apunta al desarrollo de futuras líneas de investigación en esta materia. En un mundo globalizado en el que las personas van a circular a niveles no conocidos hasta la fecha es necesario plantearse si son suficientes las soluciones tradicionales o si por el contrario es necesario operar mediante soluciones supranacionales, asumiendo que lo que ocurre en realidad es que existe un mercado de trabajo global. En un marco como éste el Derecho del Trabajo tiene una función que cumplir, saliendo de sus áreas de actuación históricas (el tratamiento de los trabajadores en un mercado de trabajo nacional) para ofrecer soluciones a los problemas de los movimientos de éstos en todas sus variedades. Las normas nacionales han servido hasta ahora más de obstáculos para esta movilidad que otra cosa.

Palabras clave: Globalización, trabajadores migrantes, expatriación, desplazamiento de trabajadores, tráfico de personas, economía colaborativa.

ABSTRACT

This paper pretends to be the introduction to an issue of a Labor Law journal devoted to the study of the transnational mobility of labor; its objective is to present this phenomenon and to define some of its main elements. It will fulfill a double function: to draw the context in which this mobility takes place, on the one hand; and to identify its main manifestations, on the other. Its context is that of globalization, a phenomenon which characterizes the world in the 21st century, deeply affecting the way we work. When the last phases of its construction were taking place, in the last decade of the twentieth century, there was great concern about its possible effects on work. Well into the century we can see that its effects have not been exactly as expected, both in the competitive pressures promoting reforms in labour legislation and, above all, in workers' mobility. The main hypothesis is that the integration of the markets produced after the first decade of globalization has increased the international mobility of people for working reasons, not only in their quantitative dimensions but also in its variety, as new forms have appeared next to the traditional ones. Technological changes and new productive strategies have also contributed to this phenomenon, intensifying traditional forms of mobility and creating new ones.

An analysis of the labour market in the 21st century shows that people's mobility on professional grounds has increased, and that the ways in which it takes place have also changed, becoming more diverse. Traditional mobility in job search, migrations, has grown in all its manifestations. But besides a number of different situations have aroused in which there is also mobility in employment.

An example of this is the situation of posted workers in the framework of a transnational provision of services, which has a special regulation under European law. These are cases in which an employer requires its employees to move to another country to perform a specific service, exercising their fundamental freedom to provide services throughout the territory of the European Union. Three elements are characteristic of these situations: they are temporary (which requires employment in the company before and after the transfer abroad); the transfer is produced by the initiative of the employer company; and they are instrumental for the exercise of the free provision of services. The European directive on this issue has failed to a great extent, despite its undoubted relevance and the great impact it had when it was passed. Its technique was insufficient from several points of view, something clear after a long-lasting period of application.

A very common manifestation of international mobility is expatriation, a concept that from the perspective of human resources management includes any situation in which an employee provides services in another country. In practice expatriations have operated according to the schemes designed by the companies, which have used the different legal mechanisms according to their interest. Until recently, the predominant model of expatriation was that of qualified personnel, who occupied relevant positions within the organization. The transfer abroad was performed to fill strategic positions in the destination states, in the context of internationalization processes of companies or in multinational firms. The basic legal instrument to put this operation into effect was the expatriation agreement, an agreement between the company and the worker detailing the conditions under the latter was to be sent abroad.

The 21st century has witnessed the emergence of new forms of expatriation, which have emerged as a consequence not only of globalization but also of other factors that have coincided with it to change the profiles of expatriate workers, and the way they are transferred. Thus one can talk about «defensive» expatriates, for whom working abroad is an alternative to losing their jobs due to economic harshness of their companies in their home states; «Local plus», whose working conditions are similar to those of employees in

the States of destination; nomads, who continually change the State in which they work; expatriates with formative and cultural purposes in multinational firms, and the like.

There are, finally, other types of mobility which are rarely considered when studying immigration, such as human trafficking, diplomatic work or transnational telework. In all these we find people working outside their countries, although for reasons and through channels which differ profoundly from those common in immigration. The ways in which workers move around the world changed are not the only aspect which has changed in the 21st century: motives explaining this mobility have also changed, and besides seeking employment others can be traced linked to training, leisure, internationalization, or flight from war and natural disasters.

All these facts validates the starting hypothesis of this work, and points to the development of future lines of research in this field. In a globalized world in which people are going to circulate in great numbers it is necessary to consider whether traditional solutions are sufficient or if, on the contrary, it is necessary to operate through supranational solutions, assuming that what actually happens is that there is a global labour market.

In this context Labour Law has a relevant role to play, departing from its traditional areas of intervention (the protection of workers in a national labor market) in order to offer solutions to the many problems related to their mobility in its different modes. So far national rules have acted as obstacles rather than producing an adequate regulation of mobility.

Keywords: Globalization, migrant workers, expatriation, posted workers, human trafficking, gig economy.

La protección constitucional de las relaciones laborales transnacionales en España

The constitutional protection of labour relations across international borders in Spain

LUIS JIMENA QUESADA*

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS: LAS RELACIONES LABORALES PLURILocalizadas EN LA CARTA MAGNA DE 1978 Y LA NATURAL APERTURA INTERNACIONAL

Como es sabido, en el momento en que se adoptó nuestra Carta Magna vigente, a finales de los años setenta del siglo pasado, en España tenía más peso su configuración como país de emigración (de la ciudadanía española hacia el exterior). Una dinámica migratoria que, vigorizada de nuevo en el escenario de la crisis económica y financiera de la última década desde 2008, conoció una reconfiguración a partir de la adhesión a las entonces Comunidades Europeas en enero de 1986, con una lógica movilidad laboral intracomunitaria que propiciaba la llegada a España de nacionales de otros Estados miembros. Ello sin perjuicio, además, de los diversos flujos y olas de inmigrantes de países terceros llegados a España durante las dos décadas que han precedido al inicio de la actual crisis.

En semejante contexto, no es extraño que la letra del texto constitucional refleje la reseñada configuración, concretamente en su

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia.

art. 42 cuando dispone que «el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno»¹.

Dicho lo cual, en realidad, el art. 42 admite una lectura que podríamos denominar *correlativa*, es decir, que además de exigir una acción positiva del Estado desde una triple vertiente (para emigrar, para «una defensa de los intereses de los españoles emigrantes, tratando de conseguir la igualdad de trato en lo económico y en lo social con los nacionales de los países de acogida», y para facilitar el retorno), dicha disposición consagraría adicionalmente «un derecho social, lo que supone la posibilidad de exigir una actividad determinada a los poderes públicos en orden precisamente a hacer realidad aquellos condicionantes sociales y económicos que hagan posible a un ciudadano el no verse obligado a expatriarse»²; en otras

¹ Referencias a los antecedentes de Derecho comparado (Constitución italiana de 1947 y portuguesa de 1976) y a los precedentes históricos españoles del art. 42 CE, en CASES MÉNDEZ, J.I.: «Artículo 42: Protección de los emigrantes», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IV (Artículos 39 a 55), Cortes Generales/EDERSA, Madrid, 1996, particularmente pp. 135-148.

² CASES MÉNDEZ, J.I.: «Artículo 42: Protección de los emigrantes», ya cit., p. 148.

palabras, un derecho a no emigrar, lo cual significa «realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1), a proteger la salud (art. 43) y a ofrecer un régimen de Seguridad Social a todos los ciudadanos (art. 41), así como llevar a la práctica otra serie de iniciativas que ayuden concretamente a dotar de sentido a lo que se entiende por digna calidad de vida»³.

A este respecto, esa misma dimensión social de la libertad⁴ que se desprende del art. 42 CE para los españoles habría de aplicarse *mutatis mutandis* en términos no discriminatorios a los trabajadores no españoles desplazados a nuestro país⁵. En efecto, para que el art. 42 CE no sea un mero desiderátum sometido a la voluntad del Estado español en concurrencia con la del país de acogida de los emigrantes españoles⁶, es obvia la relación directa de ese mandato constitucional con «el valor que los tratados y convenios internacionales alcanzan en nuestro ordenamiento jurídico», incluidos los acuerdos sobre derechos humanos ratificados por España a la luz del mandato interpretativo del art.10.2⁷.

³ *Ibidem*.

⁴ Como la denominaba SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 81.

⁵ De nuevo, CASES MÉNDEZ, J.I.: «Artículo 42: Protección de los emigrantes», ya cit., p. 152: «Es incuestionable, en todo caso, que el art. 42 debe ser entendido en directa relación con otros. Ante todo, con el 1, que define a España como un Estado social; con el ya citado 9.2, que exige al Estado una acción positiva, de "procura existencial", y con el 14 que, como poco, desde el punto de vista formal, impone una no discriminación en este caso del grupo emigrante en relación con el resto de españoles». En nuestro caso, por tanto, efectuamos una interpretación «correlativa» o «recíproca» para albergar a efectos no discriminatorios al grupo inmigrante foráneo desplazado a España en relación con los nacionales españoles.

⁶ ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 247: «los objetivos del art. 42, primer inciso, dependen, en buena medida, de la voluntad de terceras potencias soberanas».

⁷ CASES MÉNDEZ, J.I.: *op. cit.*, p. 155-156: el citado autor trae a colación acertadamente los arts. 18 (derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes Contratantes) y 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia.) de la Carta Social Europea (CSE):

Con el mismo espíritu de apertura internacional (proyectado inevitablemente sobre la libertad de empresa del art. 38 CE), valga la conexión, tanto más insoslayable y pertinente en el seno de la Unión Europea (UE), del art. 42 CE con la libre circulación del art. 19 CE, con respecto al cual se ha sostenido lógicamente que «si bien del tenor literal del art. 19 CE se deriva que los derechos que reconoce corresponden a los españoles, en una interpretación sistemática del citado precepto, en conexión con los arts. 10.2 y 13.1 CE, se deduce que los poderes públicos se encuentran obligados a extender a los extranjeros el disfrute de aquellos derechos, según lo que establezcan los tratados internacionales y la legislación», con la correspondiente «disolución de la dicotomía nacional-extranjero al crearse la ciudadanía europea»⁸. Sobre este punto, ya se advirtió en fecha temprana tras la aprobación de la Constitución de 1978 que la redacción del art. 19 era criticable desde una doble perspectiva, a saber, de un lado, la no asimilación del extranjero al nacional y, de otro lado, la ausencia de remisión al Derecho internacional en la materia⁹.

En cualquier caso, lo reseñado ha quedado lógicamente confirmado por el desarrollo normativo en España, especialmente por la legislación estatal de incorporación de la normativa comunitaria europea: en concreto, de la *Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, que transpone al ordenamiento interno (manteniendo el mismo título) la *Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una*

⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F.: «Artículo 19: Libertad de circulación y residencia», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II (Artículos 10 a 23), Cortes Generales/EDERSA, Madrid, 1997, p. 486. El citado autor menciona esa conexión explícita del art. 19 con el art. 42 CE justamente al abordar el contenido de los derechos de circulación y residencia (p. 495).

⁹ PÉREZ VERA, E.: *Derecho internacional privado. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 126.

prestación de servicios. Así, se ha precisado, vislumbrando de algún modo la filosofía del art. 42 CE, que en la propia Ley 45/1999, pese a que la regulación del desplazamiento temporal a España constituya el objeto principal de la norma, en ella se establecen «ciertas reglas para el supuesto inverso», de traslado por parte de las empresas establecidas en España de sus trabajadores a empresas situadas en otro territorio (Disposición adicional 1ª)¹⁰.

Por lo demás, ese desarrollo normativo interno ha venido completado recientemente por el *Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores*, mediante el que se procede a la transposición, en los que nos afecta, de la *Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»)*. Dicha transposición¹¹ se ha llevado a cabo apelando (en el Preámbulo) a la jurisprudencia constitucional que avala las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad habilitantes del uso del decreto-ley (art. 86 CE) con objeto de evitar el incumplimiento del Derecho de la UE por haber expirado el plazo de transposición¹².

¹⁰ MORENO CÁLIZ, S., e HITA FERNÁNDEZ, J.J.: «La movilidad geográfica y cuestiones transnacionales: análisis legal y jurisprudencial», en GARCÍA NINET, J.I. (Dir.) y BURRIEL RODRÍGUEZ DIOSDADO, P. (Coord.): *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 207-208.

¹¹ Véanse concretamente los artículo sexto y séptimo, que integran el Título IV del Decreto-ley (bajo la rúbrica *Transposición de directiva de la Unión Europea sobre el desplazamiento de trabajadores*); véase asimismo la Disposición transitoria tercera y el último párrafo de la Disposición final segunda.

¹² Para los efectos directos de la Directiva 2014/67/UE hasta el momento de su transposición, a tenor de la doctrina del TJUE, señalando asimismo los aspectos ya cubiertos por la legislación española y las insuficiencias normativas pendientes

2. PRESUPUESTOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATOS DE TRABAJO PLURILocalizados EN EL MARCO DE UN ORDEN CONSTITUCIONAL OPTIMIZADO DE DERECHOS Y LIBERTADES

2.1. La armonización al alza de los estándares de protección

Como ha quedado avanzado en el apartado anterior (1, *supra*), la protección de los trabajadores desplazados a España en el marco de una relación laboral plurilocalizada no aparece explícitamente contemplada en la Constitución de 1978, a diferencia de la situación de los trabajadores españoles desplazados al exterior (art. 42 CE). De hecho, el carácter novedoso, desde la perspectiva constitucional española, del tratamiento de las relaciones laborales transnacionales queda acreditado con tan sólo reparar en que la adopción de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, no trae a colación cláusula alguna de filiación constitucional. Resulta, por ello, comprensible que su Preámbulo recalque esa novedosa situación en el panorama normativo español¹³. En la misma línea, el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, tampoco puede remitir a bases

de incorporar, *vid.* GÁRATE CASTRO, J.: «La regulación de las obligaciones administrativas del empresario que desplace temporalmente trabajadores a España: propuestas de modificación y mejora a la luz de la Directiva 2014/67/UE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n° 127, 2017, especialmente pp. 50-51.

¹³ La Exposición de Motivos señala al respecto que «si se examina la variada legislación aplicable en España que guarda relación con esta materia (el Código Civil, el Estatuto de los Trabajadores, las normas comunitarias sobre la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios, las normas sobre extranjería, el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales) se llega a la conclusión que no existe precepto en el derecho español vigente que de forma inequívoca y explícita asegure en nuestro país el objetivo pretendido por la Directiva: que a aquellos trabajadores desplazados temporalmente a España por empresas establecidas en otros Estados miembros en el marco de una prestación de servicios les serán aplicables determinadas condiciones de trabajo establecidas por la legislación española».

constitucionales sobre derechos y libertades, más allá de aludir a los títulos competenciales sobre administración de justicia y legislación laboral (art. 149.1 CE, materias 5ª y 7ª)¹⁴.

En estas coordenadas, la optimización de los derechos y libertades constitucionales implicados en las relaciones laborales transnacionales que se desenvuelvan en España pasa, por un lado, por la interpretación *favor libertatis* de esos derechos y libertades efectuada por el Tribunal Constitucional español (TC –apartados 3 y 4 *infra*) y, por otro lado (como también se ha vislumbrado en el apartado precedente), por el juego de los estándares internacionales mínimos de protección y la armonización al alza de ellos a que propenden los mandatos interpretativo (art. 10.2) y aplicativo (arts. 93 a 96) de la Carta Magna de 1978.

Desde tal óptica, además de las normas universales de conexas y pertinente aplicación en la materia (del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 –art. 8– o de algunos instrumentos de la OIT¹⁵), o de análogas conexión y pertinencia susceptibles de ser proyectadas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (TEDH), las disposiciones europeas de mayor relevancia vienen dadas por la específica Directiva 96/71/CE (reforzada por la Directiva 2014/67/UE), así como por la Carta Social Europea (CSE, especialmente su art. 19 sobre protección de los trabajadores migrantes y miembros de sus familias) y la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)¹⁶.

¹⁴ Disposición final tercera (Título competencial).

¹⁵ Especialmente, Convenios nº 87 (sobre libertad sindical) y nº 98 y nº 154 (sobre negociación colectiva).

¹⁶ Esas sinergias las sintetiza magistralmente DE LA VILLA GIL, L.E.: «¿Está en verdad depauperado el Derecho del Trabajo?», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, nº 3, 2016, pp. 4-5: «Importante es que el Estado nacional asuma compromisos inabdicables respecto de los derechos humanos y que establezca los órganos y los procedimientos imprescindibles para su efectividad. Pero más importante si cabe es la existencia de dos círculos normativos concéntricos de ámbito superior al nacional que impiden las abdicaciones y fortalecen el sistema estatal,

Con estos parámetros, la Decisión del CEDS, de fecha 3 de julio de 2013 (de resolución de la Reclamación colectiva nº 85/2012, *Confederación General del Trabajo de Suecia y Confederación General de directivos, funcionarios y empleados c. Suecia*), ofrece un compendio de esos instrumentos internacionales relevantes y, sobre todo, de lo que en la doctrina constitucional se ha denominado *integralidad maximizadora* del sistema global de derechos humanos¹⁷. Efectivamente, en dicha decisión se analizaron los cambios introducidos en el terreno de la libertad sindical y la negociación colectiva en la legislación sueca tras la sentencia *Laval* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE (STJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05). Como es conocido, el conflicto arrancó de la pretendida acción sindical tendente a contrarrestar prácticas deslocalizadoras de «dumping social», de manera que esas medidas de conflicto colectivo perseguían que los asalariados de una empresa (*Laval*) de Letonia del sector de la construcción desplazados a Suecia pudieran acogerse al régimen laboral sueco más favorable que el del país de origen.

Sin perjuicio de ulteriores apuntes más detallados, la STJUE *Laval* se decantó de algún modo por ubicar el derecho de acción colectiva de los asalariados en la categoría de «derechos fundamentales de segundo rango» supeditados a las libertades económicas¹⁸. Por el contrario, el CEDS entendió desproporcionadas esas restricciones al derecho de los sindicatos de llevar a cabo acciones colectivas en tal

círculos que en gran parte de los países europeos son tres: las normas e instituciones del Derecho de la Unión Europea, las normas e instituciones del Derecho Europeo en torno al núcleo del Consejo de Europa y, finalmente, las normas e instituciones de las Naciones Unidas».

¹⁷ BIDART CAMPOS, G.J.: «La interpretación del sistema de derechos humanos», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 19, 1994, pp. 29-31.

¹⁸ RODIÈRE, P.: «L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE», *Droit social*, nº 5, 2010, p. 578, así como ASTOLA MADARIAGA, J.: «Lo social y lo económico en los Tratados de la Unión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 13, 2009, pp. 376-377.

dirección, al tiempo que consideró que no se había garantizado un tratamiento no menos favorable, en materia de remuneración y otras condiciones laborales, a los trabajadores desplazados. Concretamente, adoptando una postura divergente de la del TJUE, el CEDS concluyó una violación de los apartados 2 y 4 del art. 6 (derecho a la negociación colectiva), así como de las letras a) y b) del art. 19.4 (derecho de los trabajadores migrantes a recibir un trato no menos favorable que los nacionales en materia de remuneración y demás condiciones laborales, y de afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas ofrecidas por los convenios colectivos) de la CSE¹⁹.

Con el reseñado enfoque armonizador al alza de los estándares de protección, el CEDS pretendió ser congruente con las cláusulas relativas a la protección más favorable presentes en la Directiva 96/71/CE (art. 3) o en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE, arts. 52.3 y 53), así como en el CEDH (art. 53) y en la jurisprudencia del TEDH (con especial referencia a la STEDH *Demir y Baykara c. Turquía* de 12 de noviembre de 2008). Por supuesto, el propio CEDS debe ser coherente con el estándar más favorable que le impone la Carta Social (art. 32 de la CSE de 1961 y art. H de la CSE revisada de 1996²⁰).

¹⁹ Vid. STC 123/1992, de 28 de septiembre, en cuyo fallo se declara la violación del art. 28 CE reconociendo a los demandantes «el derecho de huelga y su pretensión de considerar ilícita la medida de sustitución de los trabajadores en huelga por quienes no la secundaron, llevada a efecto por la empresa». Esta jurisprudencia constitucional se aleja ostensiblemente de la postura del TJUE y aproxima a la del CEDS. Tras partirse en el FJ 1 de la tensión dialéctica o «disonía de la libertad de empresa y la protección del trabajador», se decanta en el FJ 5 por la «preeminencia» o «lugar preferente» del derecho de huelga y demás de acción colectiva previstas en el art. 28 CE sobre la potestad directiva del empresario o el derecho de éste de adoptar medidas de conflicto colectivo contempladas en el art. 37 CE.

²⁰ Ambos preceptos tienen el siguiente contenido coincidente: «Relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales: Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas».

Dos últimas acotaciones para completar el presente epígrafe.

La primera consiste en dilucidar si el TJUE, teniendo en cuenta además que existe un debate en el seno de las instituciones políticas legisladoras de la UE en torno a la reconsideración del estatuto de los trabajadores desplazados (plasmado parcialmente en la Directiva 2014/67/UE, que data de casi un año más tarde que la Decisión del CEDS²¹), se hará eco asimismo de la vigencia de la CDFUE (desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es decir, a partir del 1 de diciembre de 2009 y, por ende, posterior asimismo a la STJUE *Laval*) para converger con la postura del CEDS, en la medida en que la CDFUE (que apela en su Preámbulo y en sus Explicaciones anejas a la CSE) postula dicha armonización (como se decía, en los arts. 52.3 y 53).

La segunda acotación comporta tener en cuenta que, aunque España no haya aceptado todavía el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS (Protocolo de 1995) ni la CSE revisada de 1996²², es obvio que la jurisprudencia del Comité de Estrasburgo sentada en el marco de dicho procedimiento frente a

²¹ Sobre la Directiva 2014/67/UE (en conexión con la prohibición de restricciones a la libre prestación de servicios del art. 56 TFUE) todavía no se ha pronunciado expresamente el TJUE, estando pendiente de resolución, en el momento de concluir el presente trabajo, la cuestión prejudicial planteada por el Bezirksgericht Bleiburg (Tribunal de Distrito de Bleiburg, Austria) el 23 de enero de 2017 en el asunto *epelnik d.o.o. / Michael Vavti* (C-33/17).

²² Sería posible ratificar la CSE revisada de 1996 (que sí fue firmada el 23 de octubre de 2000 y cuenta con el Dictamen favorable del Consejo de Estado español de 11 de mayo de 2000, expediente nº 1740/2000) y, a través de ella, aceptar al mismo tiempo el procedimiento judicial de reclamaciones colectivas sin suscribir expresamente el Protocolo de 1995 (tal Protocolo no ha sido siquiera firmado por España, ni cuenta con Dictamen del Consejo de Estado que se haya hecho público) a través de la declaración prevista en el art. D de aquélla. A título de ejemplo, Eslovenia no ha ratificado el Protocolo de 1995, pero aceptó el procedimiento de reclamaciones efectuando la declaración prevista en el art. D de la CSE revisada de 1996 cuando ratificó ésta (el 7 de mayo de 1999), mientras Croacia ratificó el Protocolo de 1995 el 26 de febrero de 2013, pero sigue sin ratificar la CSE revisada de 1996 (que firmó el 6 de noviembre de 2009).

otros países afecta a España en casos análogos (incluso cuando interprete la CSE revisada de 1996 en relación con las disposiciones equivalentes de la CSE de 1961); la experiencia demuestra esa retroalimentación entre los dos mecanismos de control (sistema de informes y procedimiento de reclamaciones) y entre las dos Cartas Sociales (originaria de 1961 y revisada de 1996)²³.

2.2. El disfrute no discriminatorio de los derechos sociales y laborales

En estrecha vinculación con lo expuesto acerca del estándar protector más favorable se encuentra el goce sin discriminación de los derechos sociales y laborales de los trabajadores desplazados. La jurisprudencia constitucional española relevante ha flexibilizado lógicamente la cuestión terminológica sobre la titularidad de los derechos reflejada en la Ley Suprema de 1978 (incluso cuando se refiere expresamente a «españoles») cuando entra en escena la movilidad laboral internacional. Al margen de la jurisprudencia constitucional específica sobre derechos y libertades (apartados 3 y 4, *infra*), la flexibilización en clave no discriminatoria ha venido asimismo impulsada por los avances del marco internacional normativo y jurisprudencial al resaltar la dignidad y la igualdad en el trabajo. Indudable-

mente, la fuerza interpretativa irradiante de los apartados 1 (dignidad de la persona) y 2 (conformidad con las normas internacionales sobre derechos humanos) del art. 10 CE propugnan esa igual dignidad aplicada al disfrute de los derechos sociales y laborales.

En el terreno estrictamente comunitario europeo, recordemos que los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas ya concibieron la libre circulación de personas fundamentalmente como movilidad de trabajadores, aderezada con elementos específicos de no discriminación entre nacionales de los Estados miembros en el ámbito de los beneficios de la seguridad social y de igualdad salarial entre mujeres y hombres. Desde luego, aunque la noción de ciudadanía de la Unión introducida mediante la reforma operada por el Tratado de Maastricht de 1992 tuviera una dimensión básicamente cívico-política, la jurisprudencia del TJUE ha ido ampliando su dimensión social, respaldada por otras reformas del Derecho originario (sobre todo, la profundización en materia de igualdad incorporada a través del Tratado de Ámsterdam de 1997) y por el Derecho derivado.

En cuanto al Derecho primario vigente, resulta relevante la vinculación de la no discriminación tanto con la noción de ciudadanía (art. 18 TFUE) como con la libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE). En lo que atañe al Derecho secundario, la Directiva 96/71/CE incide expresamente en la igualdad de trato al establecer las condiciones de trabajo y empleo que deben garantizarse a los trabajadores desplazados en el territorio de los Estados miembros (art. 3). Se trata de una igualdad básica (condiciones mínimas)²⁴, que «no impedirá la

²³ Así, por ejemplo, con apoyo en decisiones sobre reclamaciones colectivas dictadas frente a otros países (Francia o Grecia), el CEDS ha condenado a España en las Conclusiones de 2013 (publicadas en enero de 2014) por vulneración del artículo 11 CSE (derecho a la salud) al vedar el acceso universal incluyendo a las personas inmigrantes en situación irregular (a propósito del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, así como del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud), o también en las Conclusiones de 2014 (publicadas en enero de 2015) por violación del art. 4.4 CSE por cuanto «el plazo de preaviso se excluye en el despido durante el periodo de prueba de los contratos de apoyo a emprendedores» y, por ello, «el artículo 4, párrafo 3, de la Ley 3/2012 [de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral] no es conforme al art. 4.4 de la Carta de 1961».

²⁴ Como atinadamente advirtieron GARCÍA NINET, J.I., y VICENTE PALACIO, A.: «La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 27, 2000, p. 27: «la normativa española ha transpuesto, como no podía ser de otra manera, la Directiva comunitaria en esta materia en términos más amplios, pues aquélla sólo se refiere de forma expresa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres si bien contiene una cláusula general o de cierre que comprendería a todas las

aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores» (apartado 7 del mismo art. 3). La Ley 45/1999 vino a transponer en su coincidente art. 3 el citado contenido básico (en términos de igualdad mínima y trato eventualmente más favorable).

Ahora bien, no se olvide que tanto el Derecho de producción nacional como el Derecho de la UE (primario y secundario) se ven impregnados por la CSE del Consejo de Europa²⁵, la cual prevé una noción más amplia de ciudadanía social (asociada a cualquier persona que resida legalmente o trabaje habitualmente dentro del territorio de cada Parte Contratante²⁶) en lo que afecta a los trabajadores desplazados, concretamente en el art. 19 en conexión con la disposición del Anexo que establece el ámbito de aplicación de la CSE en lo que se refiere a las personas protegidas²⁷.

Del art. 19 CSE, más precisamente, resulta relevante su apartado 4, según el cual las Partes se comprometen «a garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro

demás causas de eventual discriminación ("otras disposiciones en materia de no discriminación"). En todo caso, el listado de las causas de discriminación prohibidas por el art. 3.1.c) no puede entenderse como exhaustivo dada la prohibición total de discriminación prevista en los textos constitucional y estatutario».

²⁵ La presencia de la CSE en el Derecho primario y secundario de la UE se ilustra exhaustivamente en el Documento de trabajo del CEDS titulado *La relation entre le droit de l'Union européenne et la Charte sociale européenne/The relationship between European Union law and the European Social Charter*, Strasbourg, 15 de julio de 2014, en particular pp. 8 a 23 (acceso en: <https://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/documentation>).

²⁶ De los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, 43 han ratificado la CSE (ya sea la revisada de 1996 –concretamente 33– ya sea solamente la originaria de 1961 –todavía 10–; los 4 que no han aceptado ni la una ni la otra son Liechtenstein, Mónica, San Marino y Suiza) y 15 el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995.

²⁷ Dice así el Anexo a la CSE en su primer punto relativo al ámbito de aplicación personal: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 a 17 y 20 a 31 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residen legalmente o trabajan habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada, entendiéndose que los artículos citados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19».

de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por leyes o reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber: a) remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo; b) afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos; c) alojamiento».

A mi modo de ver, lo fundamental del art. 19.4 CSE en cuanto a la salvaguardia de los trabajadores desplazados en España (o en cualquier otra Parte Contratante de la CSE), reside en que en él se encuentran inherentes las ideas de armonización a alza de los estándares de protección y de disfrute no discriminatorio de los derechos socio-laborales. Lo cual, como no podía ser de otro modo, ha venido confirmado por la jurisprudencia del CEDS sentada en su ya citada emblemática Decisión «Laval» de 3 de julio de 2013 de resolución de la Reclamación nº 85/2013. En este sentido, en el apartado 133 de la Decisión, el CEDS considera claramente que «a tenor del art. 19.4, los Estados deben, con el fin de contribuir a la mejora de la situación jurídica, social y material de los trabajadores migrantes y sus familias, garantizar un cierto número de normas mínimas con respecto, *inter alia*, a) la remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo; y b) afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos. A este respecto, los Estados deben demostrar la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, en la legislación y en la práctica. Se les exige igualmente que mantengan una acción positiva y continua para asegurar un trato más favorable a los trabajadores migrantes».

Con estos mimbres, el CEDS perfila su argumentación (apartados 134 a 142) conducente a la conclusión según la cual la situación en Suecia de los trabajadores desplazados era contraria a las letras a) y b) del art. 19.4 CSE, a través de un exigente test de igualdad del que se desprende el tendencial juego de inversión de la carga de la prueba de un lado y, de

otro, el peso sobre los Estados Partes de las obligaciones positivas. Todo ello, sin duda, teniendo en mente la posición más débil de esos trabajadores desplazados.

3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATOS DE TRABAJO PLURILOCALIZADOS

3.1. Aspectos estrictamente procedimentales

3.1.1. *El triple contenido esencial de la tutela judicial: acceso a la jurisdicción, resolución motivada y ejecución*

De entrada, conviene advertir que la tutela judicial efectiva de los trabajadores desplazados presenta una peculiaridad si se confronta con el alcance de ese mismo derecho fundamental fuera de la rama social del Derecho. Es decir, desde el punto de vista del principio *favor libertatis*, la efectividad del triple contenido de esa tutela judicial (o sea, acceso a la jurisdicción, resolución fundada en Derecho y ejecución de dicha resolución) se pondera en términos estrictamente instrumentales y procedimentales con carácter general, mientras que en el supuesto específico de los trabajadores desplazados esa vertiente procedimental se completa con una faceta sustancial susceptible de: 1º) flexibilizar una interpretación rigorista del derecho al juez predeterminado por la ley; 2º) prejuzgar una solución guiada por el juego de la norma mínima y más favorable en aras del principio *pro operario* o *favor laboratoris*, y, consecuentemente, 3º) anticipar una ejecución de la resolución judicial más beneficiosa para el trabajador. Por tal motivo, estimo que el órgano jurisdiccional que aprecie su competencia o incompetencia ha de proceder a una especie de *self-restraint* en caso de no estar en condiciones de alcanzar esa solución más favorable, pues los efectos que se derivan de esa opción judicial (de la aplicación de una u otra normativa concurrente) repercuten

de modo determinante en el respeto de la tutela judicial efectiva de las partes²⁸.

Esos parámetros son los que, aparentemente, articulan la normativa comunitaria europea, de la cual (especialmente, la Directiva 96/71/CE, modificada mediante la Directiva 2014/67/UE) se desprende en teoría como objetivo primordial la modulación sustancial en clave *favor libertatis* y *pro operario* de las reglas procedimentales de protección judicial que dicha normativa integra como *Derecho internacional privado del trabajo de la UE* para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales [Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 (Roma I)²⁹, que sustituyó al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980] o la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, así como el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988]³⁰.

A mi entender, cabe sintetizar esa articulación arguyendo que ella se basa en la autonomía de la libertad al concretar la norma sobre el contrato individual de trabajo (elección de las partes) y, en su defecto, por este orden, en la

²⁸ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales», *Dereito*, vol. 18, n° 2, 2009, pp. 223 y 232.

²⁹ Como «Roma II» es conocido el *Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales*.

³⁰ Suscribo que esta disciplina del Derecho internacional privado del trabajo de la UE será tanto más relevante cuanto más ambicione el respeto de los derechos humanos en el seno de la UE: VAN DEN EECKHOUT, V.: «Promoting Human Rights within the Union: the Role of European Private International Law», *European Law Journal*, vol. 14, n° 1, 2008, p. 106. O, como bien se ha hecho notar al analizar el binomio «corporations and human rights» desde el prisma de la extraterritorialidad en el ámbito del Derecho internacional privado, los conflictos de leyes quedan relegados a una posición secundaria cuando entran en juego los derechos humanos: ZAMORA CABOT, F.J.: «Extraterritoriality: Outstanding Aspects», en W.A.A.: *Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Private International Law Perspectives*, Schulthess, Genève/Zurich, 2017, p. 78.

ley del país de realización habitual del trabajo, la del país en que se encuentra el establecimiento contratante o, en fin, la del país con que el contrato presente vínculos más estrechos. Estos criterios, establecidos en los apartados 1 a 4 respectivamente del art. 8 del Reglamento (CE) n° 593/2008, están construyendo teóricamente un sistema protector *pro operario* que consagraría incluso la irrenunciabilidad de derechos (derivados de la norma mínima y más favorable) por parte del trabajador (tanto si se ha ejercido la elección o no); y, con tal espíritu, el considerando 34 del citado Reglamento señala que «la norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71/CE»³¹.

Sin embargo, más allá de coordinar las normas de conflicto de los Estados miembros para determinar el Derecho nacional aplicable a una prestación de servicios transfronteriza en un supuesto de desplazamiento de trabajadores dentro de la UE (una coordinación adjetiva), la Directiva 96/71 no prevé una armonización material de las normas socio-laborales de los Estados miembros. Desde este prisma, ese déficit socio-laboral de armonización en el plano sustancial ha sido destacado por algunos Abogados Generales (haciendo valer alguna doctrina académica o las tesis de otros colegas que han incidido en la libre prestación de servicios y la posición prevalente de las libertades económicas sobre los derechos sociales) y, a la postre, se ha manifestado en una jurisprudencia restrictiva del TJUE que se aparta del principio *pro operario*³² al inter-

³¹ El mismo espíritu se percibe, congruentemente, en el segundo inciso del apartado 1 del art. 8 del Reglamento: «No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo».

³² Véase el apartado 36 (y sus notas 9 y 10) de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak presentadas el 13 de septiembre de 2007 en el asunto C-319/06 (*Comisión de las Comunidades Europeas c. Gran Ducado de Luxemburgo*);

pretar su alcance bajo el ángulo del art. 6 del Convenio de Roma de 1980 y el concordante art. 8 del Reglamento (CE) n° 593/2008.

A este respecto, no sin cierto grado de cinismo, la STJUE *Heiko Koelzsch* de 15 de marzo de 2011 (asunto C-29/10) llega a afirmar, con apoyo en el vigésimo tercer considerando de dicho Reglamento, que la interpretación de esa disposición (el art. 8) «debe inspirarse en los principios del *favor laboratoris*, ya que debe protegerse a las partes más débiles del contrato “por medio de normas de conflicto de leyes más favorables”», para a renglón seguido no ser consecuente en el fallo³³. Otro botón de muestra de dicha jurisprudencia lo suministra la STJUE *Anton Schlecker* de 12 de septiembre de 2013 (asunto C-64/12) en el que se trae incluso a colación el Informe sobre el Convenio de Roma de 1980 de los profesores Giuliano y Lagarde, y del que «se desprende que dicho artículo [art. 6] fue concebido para proporcionar una regulación más apropiada en las materias en las que los intereses de una de las partes contratantes no se hallan en el mismo plano que los de la otra y garantizar [de ese modo] la protección adecuada de la parte que debe considerarse más débil social y económicamente en la relación contractual» (apartado 33).

Pese a ello, a renglón seguido, el salto exegético cualitativo del TJUE no es nada desdeñable cuando, tras recordar ese objetivo *pro operario* del art. 6 del Convenio de Roma y el equivalente art. 8 del Reglamento (CE) n° 593/2008, añade: «Pues bien, tal interpretación no debe conducir necesariamente, como subrayó el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el trabajador» (apartado 35), por cuanto los criterios de vinculación específicos que figuran en dichos preceptos «obedecen a la exigencia

la STJUE, de fecha 19 de junio de 2008, sigue en lo esencial dichas Conclusiones.

³³ Véase apartado 46 de la STJUE de 15 de marzo de 2011, *Heiko Koelzsch*, asunto C-29/10, así como las Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak presentadas el 16 de diciembre de 2010.

general de previsibilidad de la ley y, por tanto, de seguridad jurídica en las relaciones contractuales» (apartado 35).

Lo cierto es que, por más que el ordenamiento de la UE sobre trabajadores desplazados persiga una articulación combinada de seguridad jurídica en cuanto a reglas procesales de conflicto y de efectividad sustancial de la tutela judicial, el reseñado enfoque jurisprudencial no deja de encomendar a los órganos judiciales nacionales una amplia capacidad de discreción (apartados 36 y 37 de la recién citada STJUE *Anton Schlecker*) generadora de aleatoriedad en cuanto al alcance de la tutela judicial efectiva; y ello tanto en la dimensión procedimental de acceso a la jurisdicción y juez predeterminado por la ley como en la vertiente sustancial de la tutela judicial efectiva, que convierte prácticamente en obsoleta la realización del *favor laboratoris*.

En otras palabras, la jurisprudencia del TJUE parece romper el tenso equilibrio que se refleja en la normativa sobre protección de trabajadores desplazados. En tal dirección, el Reglamento n° 593/2008 supedita a la consecución del «correcto funcionamiento del mercado interior» el objetivo de favorecer «la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales» (considerando 6), así como el objetivo de contribuir a «la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo», para lo cual «las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad», no obstante lo cual «el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación» (considerando 16)³⁴. Siguiendo una orientación análo-

ga, la Directiva 2014/67/UE parece hacer un guiño al empresario (potencial demandado), en detrimento del principio *pro operario*, apelando a la igualdad de armas bajo el ángulo de las diversas facetas de la tutela judicial efectiva (considerandos 45 y 48). Así pues, se introduce una especie de ruptura del carácter compensador e igualador del Derecho del trabajo (habida cuenta de las desigualdades que subyacen a las posiciones de trabajadores y empresario)³⁵, en la medida en que el TJUE entendería que inclinar esa balanza procesal a favor del trabajador no guardaría proporcionalidad con la desigualdad material que daría soporte a esa preferencia³⁶.

Trasladados al ámbito de la jurisprudencia constitucional española, el principio de seguridad jurídica ha cedido a favor de una interpretación antiformalista y flexible del acceso a la jurisdicción (STC 38/2005, de 28 de febrero³⁷), si bien dicha tarea hermenéutica se ha dirigido exclusivamente a la admisión del recurso de amparo; en cambio, se ha reconducido a una cuestión de mera legalidad ordinaria la conexión del acceso a la jurisdicción con el derecho al juez determinado por la ley del art. 24.2 CE, esgrimiéndose su irrelevancia constitucional para la interpretación de las normas de competencia³⁸. Por añadidura, los derechos a una resolución motivada

³⁵ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: «Derechos fundamentales en el proceso laboral», en VV.AA.: *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid, 2014, p. 56.

³⁶ MAIRAL JIMÉNEZ, M.: «La igualdad de las partes en el proceso laboral», *Temas Laborales*, n° 34, 1995, p. 61.

³⁷ Según el FJ 2 de la STC 38/2005: «es doctrina reiterada de este Tribunal que las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) han de armonizarse con el respeto al pleno contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».

³⁸ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «Artículo 24: Garantías procesales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III (Artículos 24 a 38), Cortes Generales/EDERSA, Madrid, 1996, particularmente p. 73. Para la conexión del art. 117.3 con el art. 24 CE, véase RUIZ VADILLO, E.: «Artículo 117: El Poder Judicial», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IX (Artículos 113 a 127), Cortes Generales/EDERSA, Madrid, 1998, en particular pp. 314-317.

³⁴ Cf. FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *El proceso laboral internacional en el Derecho Comunitario*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2008, p. 138: con razón, critica la citada autora que instaurar la noción de vínculo más estrecho como alternativo al del *locus laboris*, al del foro general del domicilio del demandado o al del *locus celebrationis*, puede generar inseguridad jurídica al quedar el trabajador en gran medida al albur de la voluntad del empleador.

y a que ésta se cumpla carecen igualmente de relevancia en sede de amparo constitucional, habiéndose descartado de forma deliberada el juego del principio *pro operario* (STC 136/1988, de 4 de julio, FJ 2).

Siguiendo dicha estela, el nuevo «Pilar Europeo de Derechos Sociales» (propuesto por el Presidente de la Comisión Jean-Claude Juncker en su Discurso sobre el estado de la Unión ante el Parlamento Europeo el 9 de septiembre de 2015)³⁹ vislumbra un mayor empeño en el sustantivo que en el adjetivo de la «economía social» del artículo 3.3 TUE, puesto que pone más el acento en la competitividad que en los propios derechos sociales. Ilustra dicho enfoque el logro al que apunta la propia Comisión, tendente a la mera adopción de una declaración solemne interinstitucional similar a la que se produjo inicialmente en el caso de la CDFUE. Como contrapunto, debe mencionarse el llamado «Proceso de Turín» lanzado en octubre de 2014 por el Consejo de Europa para reforzar la efectividad de la CSE como «Pacto Europeo de Democracia Social» o «Constitución Social de Europa»⁴⁰ y las sinergias con la UE, cuya CDFUE (que ubica la mayor parte de los derechos sociales y laborales bajo el título «Solidaridad») habría de venir asimismo dinamizada en el contexto de ese nuevo «Pilar Europeo de Derechos Sociales».

En estas condiciones, los órganos jurisdiccionales españoles del orden social, a quienes se atribuye la competencia para conocer de los litigios en materia de trabajadores desplazados temporalmente a España de acuerdo con el art. 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ, en combina-

ción con los arts. 16 de la Ley 45/1999, en su versión recogida en el Real Decreto-ley 9/2017, y con el art. 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), no tienen consiguientemente una tarea fácil a la hora de satisfacer los mencionados dictados de la previsibilidad y seguridad jurídicas en cuanto a la ley aplicable y al resultado de los litigios. Un breve análisis de la praxis judicial española sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 593/2008 que sustituyó al Convenio de Roma de 1980, o sobre el Reglamento (UE) n° 1215/2012 o el Convenio de Lugano de 1988, así lo pone de manifiesto⁴¹.

Por lo demás, el reto para los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de las causas sobre trabajadores desplazados no radica en resignarse con respecto a una supuesta obsolescencia (en aras de la eficiencia del mercado o de las medidas de austeridad impulsadas en el contexto de la crisis económica y financiera de la última década) del principio *favor laboratoris* consignado -como se apuntó- en el art. 8 del Reglamento (CE) n° 593/2008. Semejante desafío radica,

⁴¹ Pueden verse, por ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n° 1301 de 2 de junio de 2016 (recurso n° 852/2015); las SSTSJ (Sala de lo Social) de Madrid n° 670 de 20 de julio de 2016 (recurso n° 375/2016), n° 245 de 5 de abril de 2017 (recurso n° 63/2017), n° 942 de 28 de noviembre de 2014 (recurso n° 537/2014) o (de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) n° 578 de 10 de abril de 2012 (recurso n° 313/2011); las SSTSJ (Sala de lo Social) de Castilla-León (Valladolid) n° 860 de 11 de mayo de 2016 (recurso n° 407/2016) y n° 956 y n° 958 de 25 de mayo de 2016 (recursos n° 681/2016 y n° 591/2016, respectivamente); la STSJ (la STSJ (Sala de lo Social) de la Comunitat Valenciana n° 1256 de 9 de junio de 2015 (recurso n° 2799/2014); la STSJ (Sala de lo Social) de Castilla-León (Burgos) n° 125 de 25 de febrero de 2015 (recurso n° 71/2015); la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) del País Vasco n° 603 de 30 de diciembre de 2014 (recurso n° 643/2013); la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Andalucía (Sevilla) n° 1116 de 3 de octubre de 2013 (recurso n° 330/2010); la STS (Sala de lo Social) de Asturias n° 230 de 1 de febrero de 2013 (recurso n° 230/2013); la STS (Sala de lo Social) de Catalunya n° 8530 de 6 de noviembre de 2001 (recurso n° 3208/2001) la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Barcelona n° 106 de 30 de marzo de 2015 (recurso n° 363/2013), o la del Juzgado de lo Social n° 1 de Vitoria-Gasteiz n° 105 de 9 de mayo de 2005 (recurso n° 17/2005)

³⁹ La propuesta se ha concretado en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el establecimiento de un pilar de derechos sociales*, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM(2017)250 final.

⁴⁰ Así se califica en la *Opinión del Secretario General del Consejo de Europa sobre la iniciativa de la UE de establecer un Pilar Europeo de Derechos Sociales*, Estrasburgo, 2 de diciembre de 2016 (<https://rm.coe.int/16806dd0bc>).

más bien, en buscar las sinergias pertinentes seleccionando la norma cuya interpretación resulte más favorable a la satisfacción de los derechos laborales en clave de constitucionalismo multinivel⁴².

3.1.2. *Otros aspectos esenciales: prueba e indemnidad*

La efectividad de la tutela judicial de los trabajadores desplazados presenta otros perfiles esenciales que tienen que ver con ese presupuesto al que se aludió más arriba referente al disfrute no discriminatorio de los derechos sociales y laborales (apartado 2.2, *supra*). Una paradigmática ilustración de ello viene dada por el art. 11.5 de la Directiva 2014/67/UE, que al abordar la defensa de sus derechos dispone que «los trabajadores desplazados que inicien procedimientos judiciales o administrativos en el sentido del apartado 1 estarán protegidos frente a cualquier trato desfavorable por parte del empleador».

Sobre este punto debe reconocerse que la selección de la ley laboral española como potencialmente aplicable cuenta en este terreno con el respaldo de una benévola jurisprudencia constitucional. Ésta conjuga equilibradamente, bajo el manto del principio *favor libertatis*, la dimensión procedimental de la tutela judicial (en su faceta de inversión de la carga de la prueba) y la garantía sustantiva de in-

demnidad del trabajador (prevista en el citado art. 11.5 de la Directiva 2014/67/UE).

Un ejemplo meridiano de dicha jurisprudencia lo brinda la STC 92/2009, de 20 de abril, en donde se parte de la premisa según la cual la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el demandante de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. En congruencia con ello, se afirma que «el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza»⁴³.

A continuación, la STC 92/2009 agrega que, en el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. De ello se extrae la consecuencia de que una «actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de tra-

⁴² Como bien ha advertido VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 125: en el actual escenario normativo y económico, «no es de extrañar las resistencias del TJUE a acometer una efectiva tutela de los derechos laborales fundamentales. O en otras palabras, tampoco debe causar sorpresa que la protección de esta categoría de derechos la hayan protagonizado algunos tribunales constitucionales, como el portugués o el italiano, y el CEDS. O por enunciar la idea con un mayor nivel de abstracción y apropiándose de la bien conocida expresión de Dworkin, la CDFUE sigue sin tomar "los derechos en serio", lo que comporta que tampoco se esté tomando con seriedad el Derecho».

⁴³ STC 92/2009, FJ 3, que recoge la doctrina precedente (entre otras, SSTC 55/2004, de 19 de abril, FJ 2; 87/2004, de 10 de mayo, FJ 2; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 144/2005, de 6 de junio, FJ 3; 16/2006, de 19 de enero, FJ 2; y 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3).

bajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores]»⁴⁴. Cabe subrayar que, en este ámbito, nuestra Jurisdicción Constitucional ha querido impregnarse explícitamente del mandato interpretativo del art. 10.2 CE⁴⁵.

La jurisprudencia constitucional, en fin, queda perfilada a través de la importancia que en estos supuestos (y, *a fortiori*, en el de los trabajadores desplazados) tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Y, sobre el particular, el TC ha establecido que, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Ahora bien, para que opere esta traslación al demandado del *onus probandi* «no basta con que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales»⁴⁶.

Por último, un aspecto diverso, procesal y sustantivo al tiempo, relacionado con la tutela efectiva de los derechos de los trabajadores

desplazados, tiene que ver con el proceso de selección e interpretación de la norma de conflicto más favorable al operario⁴⁷. Por descontento, la virtualidad del principio *pro operario* supondrá que el trabajador que pretenda beneficiarse de una interpretación favorable no promueva artificialmente una duda para la obtención de una ventaja. Por ende, la duda ha de ser razonable (*in dubio pro operario*) en cuanto al conflicto de normas, para así equilibrar la desigualdad material existente entre las partes integrantes de la relación laboral (trabajador y empresario). Sentado lo cual, considero que el proceso de selección e interpretación de la norma de conflicto de pertinente aplicación ha de reconducirse, no tanto a una dinámica de inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador, sino a una consecuencia inexorable del principio *jura novit curia*. Con análoga lectura, resulta de todo punto inaceptable que un órgano jurisdiccional nacional exija, a la parte que pretenda hacer valer su aplicación, la acreditación del hecho de la vigencia de una disposición de un tratado internacional, y menos aún de un instrumento tan emblemático como la CSE⁴⁸.

⁴⁷ Ello es coherente con el amplio espectro en el que despliegan sus efectos las normas de Derecho internacional privado del Trabajo, al contener tanto aspectos sustantivos (posición jurídica de las partes) como adjetivos (el procedimiento en materia de relaciones laborales), como ampliamente ha estudiado SWIATKOWSKI, A.M.: *Derecho internacional privado del Trabajo de la Unión Europea* (Trad. de V. Cordero Gordillo), Eduntref, Buenos Aires, 2012, p. 24.

⁴⁸ Triste ilustración de ello es la STS (Sala Social) de 26 de septiembre de 2006 (recurso de casación nº 165/2005), FJ 2: «es obvio que en el presente caso, para formular correctamente el recurso de casación, no basta haber alegado la violación del art. 10-4-c) CSE, sino que además es necesario alegar también la infracción del art. 20-1-c) y 20-2 de la misma (cosa que en modo alguno se ha hecho en tal recurso) y además haber fundamentado esta específica infracción exponiendo y detallando las notificaciones y demás actos jurídicos llevados a cabo por el Estado español determinantes de que el mismo se hubiese obligado a cumplir el referido art. 10-4-c). Nada de esto se ha cumplido en el recurso examinado, lo que pone en evidencia que el mismo no cumple los requisitos propios de todo recurso de casación, y por ello decae totalmente la alegación de que tratamos». Es cierto que la CSE prevé una fórmula de «ratificación a la carta» en su art. 20, pero *curiosamente* dichos compromisos están publicados en el BOE junto con el instrumento de ratifi-

⁴⁴ De nuevo, FJ 3.

⁴⁵ Por todas, STC 16/2006, de 19 de enero, FJ 2.

⁴⁶ Nuevamente, STC 92/2009, FJ 3, la cual trae a colación la jurisprudencia previa (entre otras, SSTS 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; 49/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 3; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; y 171/2005, de 20 de junio, FJ 3; 16/2006, de 19 de enero, FJ 2; 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3).

3.2. Cuestiones procesales conexas con derechos sustanciales de carácter instrumental: libertad de expresión y acción colectiva

Al margen de la vertiente más o menos activa o pasiva del derecho de información y consulta de los trabajadores en el seno de la empresa⁴⁹, es evidente que no cabe descartar la concepción de la libertad de expresión como instrumento de defensa de los derechos en manos de los trabajadores desplazados. Dicha concepción está avalada por la jurisprudencia constitucional, que ya desde la STC 38/1981, de 20 de julio, viene sosteniendo la nulidad radical de los despidos discriminatorios o atentatorios de un derecho fundamental, y en concreto del derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 20.1 a) CE⁵⁰, dado que «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano» (STC 88/1985, FJ 2), de tal suerte que «ni las organizaciones empresariales son mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa legítima que los trabajadores hayan de soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional» (STC 126/1990, FJ 4).

En este terreno del art. 20 CE, el juego procesal del desplazamiento al empresario de la carga probatoria presenta cierta analogía con el anteriormente analizado sobre la garantía de indemnidad bajo el ángulo del art. 24 CE. Así las cosas, «el principio que inspira la va-

cación y, por ende, son de obligado conocimiento y aplicación por la jurisdicción nacional; no resulta menos curioso el dato de que España ratificó en 1980 el conjunto de artículos y apartados de la CSE de 1961.

⁴⁹ Arts. 21 CSE revisada de 1996 (art. 2 del Protocolo de 1988, ratificado por España) y 27 CDFUE.

⁵⁰ Jurisprudencia reiterada, entre otras, en las SSTC 88/1985, de 19 de julio; 126/1990, de 5 de julio; 6/1995, de 10 de enero; 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero, o 80/2001, de 26 de marzo.

loración del panorama indiciario (aquí en el campo del Derecho del Trabajo) no constituye una cuestión de estricta índole procesal; muy al contrario, trasciende este plano para conectarse al propio derecho sustantivo involucrado, ya que su finalidad es la de evitar que las dificultades probatorias de las vulneraciones constitucionales en el ámbito de la relación laboral impidan revelar los verdaderos motivos de la conducta empresarial y, en su caso, declarar la lesión del derecho fundamental dañado» (STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5).

En praxis, empero, esa ponderación de la prueba o ausencia de ella por parte del empresario frente a la operatividad de los indicios aportados por el trabajador a efectos de inversión del *onus probandi*, no ha revelado una gran proyección de la libertad de expresión en el terreno laboral. De esta manera, la jurisprudencia constitucional se ha mostrado circunspecta en el terreno laboral (por todas, STC 80/2001). Y lo mismo ha sucedido en la jurisprudencia del TEDH, de quien se ha criticado que ha apreciado de modo más restrictivo el despliegue de efectos de la libertad de expresión de los trabajadores o sus representantes que las pretensiones formuladas por políticos o por periodistas⁵¹.

Diversamente, la jurisprudencia constitucional referente a la virtualidad procesal de la acción colectiva promovida por los representantes de los trabajadores ha tenido un apreciable impacto a través del juego, autónomo o combinado, de los arts. 24 CE (legitimación activa y acceso a la jurisdicción) y 28 CE (derecho de sindicación). Buen exponente del juego formalmente autónomo del art. 24 CE, pero implícitamente combinado con el art. 28 CE, lo constituye la STC 16/2006, de 19 de enero (sobre no renovación contractual de trabajadores coincidiendo la decisión empresarial con la formulación de una demanda de conflicto colectivo presentado por un sindicato): en ella se concluye únicamente

⁵¹ Como ilustración, STEDH *Fuentes Bobo c. España* de 29 de febrero de 2000 (violación del art. 10 CEDH por despido de un periodista a causa de sus críticas a su empresa informativa, en nombre de la libertad de expresión).

la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), aunque -como se expone en el voto particular- la peculiaridad del caso consistiera «en centrar el derecho de tutela judicial efectiva, en cuanto base para atribuir a su contenido la garantía de indemnidad de los trabajadores, no en actos propios de éstos de ejercicio de tal derecho fundamental, sino en acciones judiciales beneficiosas para ellos, aunque no ejercitadas directamente por ellos sino por un sindicato», dado que «es el ejercicio de la demanda de conflicto colectivo por un sindicato el centro de gravedad del derecho de tutela judicial efectiva por los trabajadores recurrentes, la base de imputación al ejercicio del derecho de tutela judicial de éstos, en cuanto *prius* conceptual de la represión de ese derecho por el ente empleador».

Correlativamente, clara ilustración de ese juego formalmente autónomo del art. 28 CE, pero implícitamente combinado con el art. 24 CE, lo suministra la STC 188/2004, de 2 de noviembre (sobre degradación profesional discriminatoria manifestada en una sanción empresarial consistente en cambio de puesto de trabajo por desempeño de actividad sindical): en ella, tras avalarse el derecho de acceso a la jurisdicción de amparo en virtud de la doctrina de la *Drittwirkung* (FJ 2) y recordarse asimismo la reiterada jurisprudencia sobre el contenido de la libertad sindical en conjunción con la inversión del *onus probandi* que pesaba sobre el demandado (FJ 4), se llega a la conclusión de vulneración del art. 28.1 CE.

La verdad es que esta jurisprudencia constitucional española comporta un sólido respaldo a la posición de los representantes de los trabajadores desplazados. Así, la Disposición adicional tercera de la Ley 45/1999 establece que dichos representantes «podrán ejercer acciones administrativas o judiciales en los términos reconocidos a los representantes de los trabajadores por la legislación española», y «tendrán respecto de dichos trabajadores las competencias que les reconoce la legislación española, con independencia del lugar en que radique la empresa de trabajo temporal o la empresa prestataria de los servicios».

Ello viene reforzado por la Directiva 2014/67/UE en los apartados 1 a 3 de su art. 11 (en congruencia con el considerando 34), a tenor de los cuales, para facilitar el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE y garantizar una aplicación más eficaz de ella, deben existir mecanismos eficaces de reclamación por medio de los cuales los trabajadores desplazados puedan presentar reclamaciones o iniciar acciones procesales, ya sea directamente, con su aprobación, o a través de terceros designados al respecto, como son sindicatos u otras asociaciones, así como instituciones comunes de los interlocutores sociales; ello «sin perjuicio de las normas procesales nacionales en materia de representación y defensa ante los tribunales y de las competencias y demás derechos que los sindicatos y otros representantes de los trabajadores tengan con arreglo al Derecho y las prácticas nacionales».

Con carácter adicional, al margen de la restrictiva postura del Tribunal de Luxemburgo en la ya mencionada Sentencia *Laval* de 2007 y concordantes desde el punto de vista de la efectividad sustancial de los derechos de sindicación y negociación colectiva, también es cierto que la jurisprudencia comunitaria europea más reciente ha favorecido el ejercicio de acciones procesales de los representantes sindicales en el marco de la Directiva 96/71 con apoyo en la tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE. Merece, en tal sentido, una mención especial la STJUE *Sähköalojen ammattiliitto ry* de 12 de febrero de 2015 (C-396/13)⁵².

4. LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS SUSTANCIALES DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS

4.1. Derechos laborales

Ciertamente, la formulación constitucional de los derechos laborales (señaladamente los derechos al trabajo -art. 35 CE, en combi-

⁵² Léase, especialmente, el apartado 26 y, en congruencia con él, la parte dispositiva (punto 1).

nación con arts. 40 y 42 CE— así como de acción colectiva —arts. 28 y 37 CE, en conexión con art. 7 CE) responde a un esquema bastante abierto. Así, la noción constitucional de «remuneración suficiente» para satisfacer las necesidades de la persona trabajadora y de su familia del art. 35.1 CE resulta demasiado amplia y, por ende, el canon constitucional se verá precisado por el desarrollo normativo (de producción nacional y supranacional —además del Estatuto de los Trabajadores, ya aludimos al art. 3 de la Ley 45/1999, que responde a la transposición del equivalente art. 3 de la Directiva 96/71) y, eventualmente, por la jurisprudencia doméstica o internacional pertinentes.

En este terreno, el TJUE se ha enfrentado a un cierto número de asuntos en donde se hallaba en juego la definición de los conceptos que forman parte o no del salario mínimo, a cuyo efecto, más allá del contenido esencial de dicho salario⁵³, la Corte de Luxemburgo remite al margen de discreción de los Estados miembros, por mor de la letra c), en combinación con el segundo párrafo, del art. 3.1 de la propia Directiva 96/71⁵⁴.

En todo caso, incluso en lo relativo a ese contenido no esencial, es deseable que la jurisprudencia europea sea asumida, cuando resulte posible por vía analógica, en todos los Estados miembros para evitar el «dumping social». Semejante asunción vendría no sólo de la mano de los órganos jurisdiccionales internos, sino que con carácter previo debería reflejarse en la fase de elaboración de la legislación nacional. Un aparente ejemplo de esto último lo

⁵³ El art. 3.1.c) alude a «las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias», añadiendo el último párrafo del art. 3.1 que «a los fines de la presente Directiva, la noción de cuantías 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».

⁵⁴ Vid. SSTJUE *Comisión/Alemania* de 14 de abril de 2005, C341/02, apartado 39, sobre primas de calidad, e *Isbir* de 7 de noviembre de 2013, C-522/12, apartado 38, sobre aportaciones para la formación de un patrimonio.

ilustraría el Dictamen de 16 de abril de 2015 del Consejo de Estado francés, que avala la exclusión de la llamada «prima de actividad» de los conceptos integrantes del salario mínimo de los trabajadores desplazados a Francia prevista en el Proyecto de ley relativo al diálogo social y al empleo, trayendo a colación la interpretación del citado art. 3.1.c) de la Directiva 96/41 en la STJUE *Comisión/Alemania* de 14 de abril de 2005, C341/02 (apartado 39)⁵⁵.

Por otra parte, como se avanzaba, además del derecho a una remuneración suficiente, los otros derechos laborales también aparecen genéricamente formulados en el apartado 1 del art. 35 CE, tanto «el derecho al trabajo» y la cláusula de no discriminación «por razón de sexo», como los derechos «a la libre elección de profesión u oficio» y «a la promoción a través del trabajo». Naturalmente, el apartado 2 del propio art. 35 CE reenvía a la regulación mediante ley de «un estatuto de los trabajadores», remisión normativa completada de nuevo por otras normas de producción nacional y supranacional. En esta línea, además del salario mínimo, el art. 3.1.c) de la Directiva 96/71 recoge un elenco detallado de condiciones de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores desplazados, que se refieren a los períodos máximos de trabajo y los períodos mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes, y la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

⁵⁵ Conseil d'État (Assemblée générale, Section sociale), Séance du jeudi 16 avril 2015, N° 389.926; Avis sur un projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, particulièrement apartados 17 y 18, bajo la rúbrica «*Sur l'exclusion des travailleurs détachés en France du champ de la prime d'activité*».

A la vista de este elenco de derechos, se conviene en que el apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71 persigue el doble objetivo de garantizar unas disposiciones imperativas de protección mínima para los trabajadores desplazados y de asegurar una competencia leal entre las empresas nacionales y las empresas que realicen una prestación de servicios transnacional (obligando a éstas a reconocer a sus trabajadores esa protección mínima en el Estado miembro de acogida). A ello debe agregarse, que el apartado 7 del art. 3 de la Directiva 96/71 establece que lo dispuesto en los apartados 1 a 6 de ese mismo artículo no impide la aplicación de condiciones de trabajo y empleo más favorables para los trabajadores. Además, también se desprende del considerando decimoséptimo de esta Directiva que las disposiciones imperativas de protección mínima vigentes en el Estado de acogida no deben impedir la aplicación de tales condiciones. Este enfoque de estándar mínimo y favorable deriva de la propia jurisprudencia del TJUE, curiosamente reflejada como presupuesto en la reiterada STJUE *Laval* (apartados 74 a 77).

No obstante, la misma STJUE *Laval* opera el conocido giro a favor de las libertades económicas en detrimento de los derechos laborales cuando da luz verde a la inaplicación de las condiciones más favorables previstas en el convenio colectivo de la construcción del Estado de acogida (Suecia) en materias contempladas por el apartado 1 del art. 3 de la Directiva. Ello en nombre de la libertad de establecimiento y de «la eficacia de la Directiva» (apartado 80) y en detrimento de la negociación colectiva⁵⁶ y, con ello, en perjuicio de los derechos de los trabajadores desplazados.

El caso es que esa minoración del papel de los interlocutores sociales en la defensa de

los trabajadores desplazados infligida por la STJUE *Laval* (apartado 84) fue contrarrestada mediante la ya citada Decisión del CEDS de 3 de julio de 2013 (de resolución de la Reclamación n° 85/2012)⁵⁷: en ella, como se comentó, además de la declaración de violación sustancial de los derechos de los trabajadores desplazados en materia de remuneración y demás condiciones laborales [letra a) del art. 19.4 CSE] y de las ventajas derivadas de la negociación colectiva [letra b) del art. 19.4 CSE], se concluyó que se habían vulnerado los obstáculos procedimentales al ejercicio de la negociación colectiva y de llevar a cabo acciones colectivas (apartados 1 y 2 del art. 6 CSE).

De manera más precisa, el CEDS entiende en su Decisión que el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 6 CSE presenta un carácter instrumental de primera magnitud, por cuanto «es esencial para el disfrute de otros derechos fundamentales garantizados por la Carta, particularmente los que tienen que ver con las condiciones de trabajo equitativas (art. 2), la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), la remuneración equitativa (art. 4), la información y consulta (art. 21), la participación en la determinación y la mejora de las condiciones laboral y del entorno de trabajo (art. 22), la protección en caso de despido (art. 24), la protección de los créditos de los trabajadores en caso de insolvencia de su empleador (art. 25), la dignidad en el trabajo (art. 26), la protección de los representantes de los trabajadores en la empresa y las facilidades que se les deben conceder (art. 28), o la información y consulta en los procedimientos de despidos colectivos (art. 29)» (párrafo 109).

En conexión con la fundamentación jurídica relativa a la violación del art. 6 CSE, el CEDS desarrolla su argumentación sobre la vulneración del art. 19.4.b) subrayando que

⁵⁶ DAVIES, P.: «The European Court of Justice, National Courts, and the Member States», en el colectivo *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn Charlton* (Eds. DAVIES, P., LYON-CAEN, A., SCIARRA, S., and SIMITIS, S.), Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 121.

⁵⁷ Un análisis comparativo y exhaustivo de la sentencia «Laval» del TJUE y de la decisión «Laval» del CEDS en SALCEDO BELTRÁN, C.: *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Bomarzo, Albacete, 2014, especialmente pp. 37-127.

«el hecho de negar o limitar a las empresas extranjeras el derecho de negociación o de acción colectiva en pro del fortalecimiento de la libre circulación de servicios y ventajas competitivas en el interior de una zona del mercado común constituye, bajo el ángulo de la Carta, un trato discriminatorio por motivo de la nacionalidad de los trabajadores, por cuanto tiene como consecuencia, en el Estado de acogida, el debilitamiento de la protección y de los derechos socio-económicos de los trabajadores extranjeros desplazados en comparación con la protección y los derechos garantizados a todos los demás trabajadores» (párrafo 141).

Para llegar a tal conclusión de conculcación del art. 19.4.b), el CEDS estima que «la ausencia de disposiciones legislativas o reglamentarias que obliguen a las empresas extranjeras a designar una persona de contacto en Suecia habilitada para negociar y concluir acuerdos con los sindicatos suecos, no garantiza a los trabajadores extranjeros presentes legalmente en el territorio de Suecia un trato no menos favorable que aquél del que son beneficiarios los nacionales suecos en lo que concierne al disfrute de las ventajas ofrecidas por los convenios colectivos» (párrafo 142).

Lo cierto es que, pese al carácter exhaustivo de la regulación contenida en materia de defensa de los derechos de los trabajadores desplazados y el papel relevante conferido a los representantes sindicales en el extenso art. 11 de la Directiva 2014/67/UE, la misma (adoptada casi un año después que la Decisión del CEDS) podía haber sido más explícita al cubrir la carencia reprochada por el CEDS (en el citado párrafo 142). Por el contrario, dicha Directiva ni siquiera menciona la CSE en sus considerados (y menos aún la Decisión del CEDS, que sufre una especie de omisión expiatoria tanto en los instrumentos vinculantes de Derecho primario y secundario de la UE como en el seno del TJUE⁵⁸). Seguramente

por ello mismo sigue el debate abierto en las instituciones políticas de la UE para modificar nuevamente la Directiva en la materia⁵⁹; de la misma manera, se ha tornado complejo para el legislador sueco atender las exigencias previas de la STJUE Laval de 2007 y las posteriores de la Decisión del CEDS de 2013: estas últimas, dicho sea de paso, habrían quedado reflejadas en parte en la nueva *Lex Laval*, aprobada en el Parlamento sueco en abril de 2017 y entrada en vigor en junio de 2017.

El texto⁶⁰, que pretende ser conciliador entre las exigencias de la UE y las de la CSE, por ello mismo no ha dejado satisfechos totalmente a los actores implicados⁶¹: por los representantes sindicales se reconocen avances moderados (pues algunos de los cambios introducidos en 2010 tras la STJUE todavía persisten), mientras que para la patronal sueca se pondría en riesgo la competitividad en el país (sobre todo en el sector de la construcción, que utiliza en buena medida trabajadores extranjeros desplazados a Suecia); por su parte, el Gobierno sueco (liderado por los socialdemócratas y los verdes tras las elecciones de 2014), que impulsó esa reforma tras encargar un informe al efecto del que ha resultado la nueva ley⁶², entiende que

⁵⁹ Para acercarse a la proposición de la Comisión Europea formulada en marzo de 2016 (que pretendía luchar contra la imagen del desplazamiento de trabajadores como «el símbolo de una Europa sinónimo de dumping social»), todavía no adoptada por falta de consenso en el Consejo y en el Parlamento Europeo, *vid.* RICHARD, S.: «La révision de la directive sur le détachement des travailleurs: comment aller plus loin?», *Question d'Europe*, nº 446, Policy Paper (Fondation Robert Schuman), 9 octubre 2017.

⁶⁰ El texto original de la nueva modificación normativa puede leerse en el siguiente enlace: <http://rkrattsbaser.gov.se/sfst/adv?fritext=&tsbet=1999%63A678&trub=&org=Arbetsmarknadsdepartementet&upph=false&sort=desc>.

⁶¹ Para una síntesis en inglés del alcance de la modificación normativa y las impresiones de los interlocutores sociales y del Gobierno sueco, léase el texto que figura en la web de *Eurofound* (Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo), bajo el título «Sweden: The repeal of Lex Laval» (autores: DANIELSSON, M., y GUSTAFSSON, A.K.), en el enlace: <https://www.eurofound.europa.eu/sv/observatories/eurwork/articles/sweden-the-repeal-of-lex-laval>.

⁶² Puede accederse a dicho informe oficial, en versión inglesa (*Review of Lex Laval. Report of the Inquiry on the*

⁵⁸ Tomo la expresión de BELORGEY, J.M.: «Le Conseil de l'Europe au milieu du gué», *Revue administrative*, nº 372, 2010, pp. 625-626.

para ir más lejos es necesario modificar nuevamente la Directiva 96/71 con el objetivo de garantizar el mismo salario para los trabajadores desplazados que para los nacionales, en lugar de garantizar niveles mínimos.

Restan dos ulteriores observaciones, de naturaleza transversal, que engarzan directamente con la protección efectiva de los derechos laborales sustanciales de los trabajadores desplazados. La primera de ellas tiene que ver con el papel crucial que, además de los interlocutores sociales, están llamadas a desempeñar las inspecciones de trabajo y otros mecanismos de seguimiento para verificar el respeto de las normas sobre derechos aplicables a los trabajadores desplazados⁶³: piénsese, entre otros, en el respeto del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo⁶⁴, con respecto a la cual «nacieron serios problemas en torno a la efectividad de la tutela de esos derechos difusos por cuanto que el trabajador desplazado puede sufrir las vicisitudes de la extraterritorialidad de la prestación de servicios»⁶⁵. Se trata de un rol de supervisión (que es preventivo en la vía administrativa y eventualmente útil y determinante en términos probatorios en sede judicial) enfatizado tanto por la Directiva 2014/67/UE⁶⁶ como, concordantemente,

por las disposiciones que las transponen de la Ley 45/1999 y Real Decreto-ley 9/2017⁶⁷, para así responder a las obligaciones positivas que pesan sobre las autoridades nacionales con objeto de hacer efectivos los derechos fundamentales de dichos trabajadores.

La segunda observación permite relativizar excepcionalmente, para casos de extrema gravedad, el papel ordinario atribuido al orden social (como jurisdicción natural) en su función protectora de los derechos de los trabajadores desplazados a España. Desgraciadamente, los supuestos de violaciones más graves podrían reflejarse en condiciones laborales precarias, pésimas y abusivas sufridas por trabajadores extranjeros (violatorias de derechos como la interdicción de la servidumbre y la esclavitud o el trabajo forzoso reconocidos en el art. 4 CEDH o indirectamente en el art. 1.2 CSE), que por su grado de intensidad podrían ser trasladados para su conocimiento al orden jurisdiccional penal. Un ejemplo de este tipo lo ofrece la reciente STEDH *Chowdury y otros c. Grecia* de 30 de marzo de 2017⁶⁸. Por supuesto, esa jurisprudencia del TEDH resultaría aplicable a la protección de los trabajadores desplazados a España y, más aún, cuando fueran reflejo de trata de seres humanos, serían susceptibles de activar la jurisdicción universal o extraterritorial prevista en el art. 23.4, letras d) y n) de la LOPJ⁶⁹.

Posting of Foreign Workers to Sweden, Statens Offentliga Utredningar, Stockholm, September 2015, 38 pp.), en: <http://www.government.se/legal-documents/2015/09/sou-201583-summary/>.

⁶³ En la doctrina se ha destacado, entre los aspectos garantistas más relevantes de la Directiva 2014/67/UE, precisamente el refuerzo de la Inspección laboral: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2016, pp. 407-416.

⁶⁴ No por casualidad, la Disposición adicional octava (*Otras obligaciones derivadas de la legislación de la Unión Europea*) de la Ley 45/1999, apela a la *Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo*.

⁶⁵ QUINTERO LIMA, M.G.: «La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remedios institucionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 1, 2012, p. 184.

⁶⁶ *Vid.* Considerandos 16, 27 a 33, y arts. 6, 7, 10 y 24.2.c).

⁶⁷ Esencialmente, los artículos sexto y séptimo del Real Decreto-ley 9/2017. *Vid.* asimismo otras normas concomitantes, como el art. 12.1.a).4º, en conexión con el art. 20, de la *Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social*.

⁶⁸ El TEDH entendió que la situación de los demandantes (varias decenas de trabajadores migrantes en situación irregular procedentes de Paquistán y de Bangladesh que fueron objeto de explotación en vastas unidades de producción de fresa) constituyó trabajo forzado y trata de seres humanos, con violación del art. 4.2 CEDH. Véase especialmente los apartados 99, 100, 101, así como 103 a 127 (a propósito de las obligaciones positivas que incumben a los Estados) y 128 (conclusión).

⁶⁹ Recuérdese que el apartado 4 del art. 23 LOPJ fue modificado mediante la *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la justicia universal*.

4.2. Otros derechos sociales

Aunque hasta ahora hayamos puesto el foco de atención en la manera de articular la tutela judicial efectiva como derecho instrumental para el respeto de los derechos estrictamente laborales de los trabajadores desplazados, bajo el prisma específico de las condiciones de trabajo y empleo previstas en la normativa de la UE y en la correspondiente legislación estatal (procesal y sustantiva), conviene siquiera aludir brevemente a otros derechos sociales conexos susceptibles de mejorar la situación laboral de dichos trabajadores en España.

A tal efecto, me parece útil acudir al catálogo de tales derechos sociales del que se hacen acreedores los trabajadores desplazados como parte de los titulares y beneficiarios que entran en el campo de aplicación personal del ya mencionado art. 19 CSE (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia)⁷⁰. En dicho precepto, además de los derechos estrictamente laborales que el CEDS declaró vulnerados en la Decisión «Laval» de 3 de julio de 2013 [«remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo» y «afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos», letras a) y b) respectivamente del art. 19.4], se reconocen los siguientes derechos y medidas positivas correspondientes:

- servicios gratuitos de información sobre la normativa nacional y a medidas contra propaganda engañosa sobre emigración e inmigración (apartado 1);
- medidas apropiadas para facilitar la salida, el viaje y la acogida de estos trabajadores y sus familias, y a proporcionarles durante el viaje, dentro de los límites de su jurisdic-

ción, los servicios sanitarios y médicos necesarios, así como unas buenas condiciones de higiene (apartado 2);

- colaboración, requerida en cada caso, entre los servicios sociales, públicos o privados, de los países de emigración e inmigración (apartado 3);
- alojamiento (apartado 4, letra c);
- trato no menos favorable que los nacionales en lo concerniente a impuestos, tasas y contribuciones relativos al trabajo, a cargo del trabajador (apartado 5);
- reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero (apartado 6);
- trato no menos favorable que los nacionales «en lo relativo a las acciones procesales sobre las cuestiones mencionadas en el presente artículo» (apartado 7);
- no expulsión, excepto si amenazan la seguridad del Estado o atentan contra el orden público o las buenas costumbres (apartado 8);
- transferencia de las ganancias o ahorros (apartado 9);
- extensión de las citadas medidas de protección y asistencia a los trabajadores migrantes que trabajen por cuenta propia, en tanto que las mismas les sean aplicables (apartado 10);
- enseñanza de la lengua nacional del Estado de acogida (apartado 11);
- enseñanza, en tanto que sea posible, de la lengua materna del trabajador migrante a los hijos de éste (apartado 12).

A la vista de dicho catálogo de derechos, merece la pena cerrar el presente epígrafe con dos observaciones. En primer lugar, el apartado 7 presenta un carácter transversal, en clave de tutela judicial efectiva respecto de todos los derechos laborales y sociales reconocidos a los trabajadores desplazados en el art. 19 CSE; que lógicamente incluye la asistencia jurídica gratuita en caso de insuficiencia de recursos, sin discriminación con relación a los naciona-

⁷⁰ Utilizo la versión de la CSE revisada de 1996, aunque España no la haya ratificado todavía. En realidad, el art. 19 de la CSE de 1961 tiene el mismo contenido que el art. 19 de la versión de 1996, con la excepción de los apartados 11 y 12 en materia lingüística, que no figuran en la originaria de 1961.

les, tal como el CEDS sostuvo en sus primeras Conclusiones en los años sesenta del siglo pasado⁷¹ y nuestra Jurisdicción Constitucional ha confirmado igualmente con apoyo en el juego combinado de los arts. 24 y 119 CE⁷². Y, en segundo término, aunque la legislación procesal y laboral sean competencia estatal, es conocido que las Comunidades Autónomas (al margen de las competencias sobre «administración de la Administración de Justicia» o sobre ejecución de la legislación laboral), tienen competencias en materias relacionadas con la protección y asistencia sociales de trabajadores desplazados (como trabajadores migrantes) y, en lo que más directamente afecta al presente estudio, funciones de cooperación y colaboración administrativas en el ámbito de la inspección de trabajo y seguridad social⁷³.

5. DESAFÍOS CONSTITUCIONALES PARA LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE LOS TRABAJADORES

5.1. La prevalencia del estándar más favorable, por activa: el juego de las sinergias

Al hilo de esto último, como matiz a la crítica efectuada anteriormente y al propio resultado restrictivo de la STJUE *Laval* de 2007, repárese en que incluso el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en sus Conclusiones formuladas en tal asunto⁷⁴, sostenía que era legítimo que el TJUE no asociara los principios generales del Derecho comunitario (art. 6.2 TUE) exclusivamente al CEDH, sino que tuviera también una actitud abierta (y espe-

cialmente en el terreno controvertido) a la CSE, así como (habríamos de agregar) a la jurisprudencia del CEDS. Ello es coherente con las reflexiones efectuadas acerca de la armonización al alza de los estándares de protección (apartado 2.1, *supra*).

Ese espíritu de armonización debería permitir superar la aproximación recogida en las SSTJUE *Viking* (de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05) y *Laval* (de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05), mediante las cuales los derechos de sindicación y negociación colectiva habrían quedado sometidos a una lógica económica que les subordinaría a los imperativos de la libre circulación y la libre competencia, ilustrando una oposición «cuasi-cultural»⁷⁵. Y semejante oposición podría vencerse si reflexionáramos sobre pronunciamientos anteriores y posteriores a esos casos *Laval* y *Viking* que invitaban a cierto optimismo en términos de diálogo judicial⁷⁶.

Cabalmente, el sustantivo «diálogo» invita a la sinergia. Con relación al adjetivo, «judicial», es menester mantener una noción amplia, que incluya las interpretaciones últimas y supremas de órganos de garantía establecidos en tratados básicos de derechos humanos, más allá incluso de eufemismos como «cuasi-judicial»; ¿acaso la interpretación debe

⁷⁵ Así la califican MARGUENAUD, J.P., y MOULY, J.: «La jurisprudence sociale de la Cour EDH: bilan et perspectives», *Droit social*, nº 9/10, 2010, p. 891.

⁷⁶ En tal sentido, generaba ciertas expectativas la más reciente STJUE *Comisión c. Alemania* (de 15 de julio de 2010, asunto C-271/08) en la que, si bien el juicio de ponderación de los jueces de Luxemburgo se decanta por las libertades económicas, se alude a la negociación colectiva claramente como derecho fundamental (mencionándose, adicionalmente, por vez primera la CSE revisada de 1996 junto a la CDFUE) y se opera un análisis de conciliación (y no de jerarquización) entre derechos fundamentales que parece ir más en la línea de la STJUE *Schmidberger* (de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00), en la que, junto a la STJUE *Omega* (de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02) parecería incluso haberse otorgado prevalencia a los derechos fundamentales frente a las libertades clásicas del mercado. Vid. MORIJN, J.: «Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and the Omega in the Light of the European Constitution», *European Law Journal*, nº 12 (1), 2006, pp. 15-40.

⁷¹ *Conclusiones I; Observación interpretativa sobre el art. 19.7 CSE; periodo de referencia 1 de enero de 1965 a 31 de diciembre de 1967.*

⁷² Por todas, STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 5.

⁷³ *Vid.*, especialmente, el Título III (arts. 25 a 35) de la *Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.*

⁷⁴ Conclusiones presentadas el 23 de mayo de 2007, especialmente apartados 63 a 78.

ser «cuasi-interpretación», o su alcance «cuasi-efectivo»? Sería absurdo.

Evidentemente, en el ámbito de los derechos sociales en el que nos movemos, resulta insoslayable introducir la idea de interacción judicial por referencia al CEDS como instancia continental por excelencia en dicho terreno, pues no es tiempo ya de seguir desconociendo su jurisprudencia (así se denomina oficialmente y como tal puede encontrarse en su base de datos en el sitio web de la CSE: www.coe.int/socialcharter)⁷⁷ y, menos aún, de conocerla y silenciarla o ignorarla.

Así, el TEDH ha dado muestras de esa sinergia en sentencias significativas como las dictadas en los casos *Demir y Baykara c. Turquía* de 12 de noviembre de 2008 (sobre negociación y acción colectivas de funcionarios) o en el caso *Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca* de 11 de enero de 2006 (sobre libertad sindical negativa), en las que se ha inspirado y citado explícitamente la jurisprudencia del CEDS; y, sin complejos, el CEDS acude con frecuencia al eventual canon más favorable del TEDH⁷⁸. En contraste con ello, el TJUE hasta el presente ha decidido silenciar absolutamente al CEDS⁷⁹, actitud que en cambio no

⁷⁷ Es decir, del producto elaborado por el CEDS en su cometido de *juris-dictio* o de «decir el Derecho» contenido en la CSE con carácter último. De forma clara y sintética lo expresa BRILLAT, R.: «La Charte sociale européenne et le contrôle de son application», en la obra colectiva *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale* (Ed. ALIPRANTIS, N.), Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 44: «el término "jurisprudencia" utilizado desde hace años ya ha adquirido plena significación».

⁷⁸ Ilustraciones de ello en JIMENA QUESADA, L.: «Las sinergias entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales: reflexiones sobre relaciones institucionales, informales y humanas en homenaje a Josep Casadevall», en la obra colectiva *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall* (Coords. LÓPEZ GUERRA, L., MORTE GÓMEZ, C., MENGUAL I MALLOL, A.M., y CANO PALOMARES, G.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 119-133.

⁷⁹ Este es uno de los retos que debe afrontar la fluida relación entre la CSE y la UE, según O'CONNOR, C.: «Social Rights and the European Social Charter – New Challenges and Fresh Opportunities», en el colectivo *The European Social Charter: A*

ha mantenido éste cuando la jurisprudencia comunitaria aportaba elementos favorables⁸⁰.

Parece, pues, que es cuestión de tiempo y de voluntad jurisdiccional positiva, a escala nacional e internacional. Como se ha puesto de relieve en la doctrina, ese injustificado estatuto de «minoría» de los derechos sociales (también en el orden internacional) ha comportado que los órganos jurisdiccionales nacionales hayan prestado una escasísima atención a la CSE y a las resoluciones del CEDS, dispensándole así el mismo y lamentable trato que le reservaron durante décadas al CEDH; por tanto, se postula que la CSE y la jurisprudencia del CEDS deberían contar con una revitalización jurisdiccional nacional análoga a la conocida por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH⁸¹. Ni que decir tiene que esa misma revitalización debería producirse en el plano del diálogo horizontal europeo, evitando elusiones preocupantes que puedan ser fuente de divergencia interpretativa nociva, en último término, para la protección de los derechos fundamentales⁸².

social constitution for Europe/La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l'Europe, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 179-180.

⁸⁰ Como ilustración positiva de ello, en la interpretación del art. 21 CSE (información y consulta en el seno de la empresa), con motivo de las conclusiones publicadas en enero de 2011, el CEDS acogió el canon favorable establecido por el TJUE a la luz de los umbrales mínimos fijados en la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, con relación al cálculo del número de trabajadores empleados: el CEDS citó explícitamente la STJUE de 18 de enero de 2007, *Confederación General del Trabajo y otros* (asunto C-385/05). En el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas, ilustra las sinergias la Decisión del CEDS de 23 de enero de 2013 de resolución de la Reclamación nº 72/2011 (*Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos c. Grecia*) que concluyó con la violación del art. 11 CSE (derecho a la salud), en donde se cita copiosamente (párrafos 25 y siguientes, o párrafo 152) jurisprudencia ambiental del TJUE.

⁸¹ CARETTI, P.: «Globalizzazione e diritti fondamentali», en el colectivo *Costituzionalismo e globalizzazione*, Jovene Editore, Napoli, 2014, p. 21-22.

⁸² *Vid.* JIMENA QUESADA, L.: «La protección internacional de los derechos sociales y laborales: sinergias y voluntades en nombre del principio *favor libertatis*», en el colectivo *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general*

5.2. La prevalencia del estándar más favorable, por pasiva: el juego de los contra-límites

Si las consecuencias de la STJUE *Laval* de 2007 se hubieran planteado únicamente en clave dialéctica vertical (es decir, entre la Corte de Luxemburgo y la jurisdicción suprema de Suecia u otras altas jurisdicciones nacionales), ello habría resucitado el fantasma de la conocida como teoría de los «contra-límites»⁸³; o sea, ello implicaría poner en entredicho la superioridad del Derecho de la UE (su primacía y su potencial armonizador⁸⁴) cuando se cuestionen los principios y derechos que configuran la «identidad constitucional» o la «reserva constitucional» nacional⁸⁵ o, si se prefiere, descartar el canon europeo restrictivo frente al canon constitucional *favor libertatis*⁸⁶.

del contrato y de la normativa internacional (Coord. FARGAS FERNÁNDEZ, J.), Huygens Editorial, Barcelona, 2016, pp. 59-83.

⁸³ Teoría elaborada en Italia y en Alemania en la década de los setenta del siglo pasado. Léase SALMONI, F.: «La Corte Costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali», en *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa* (Coord. FALZEA, P., SPADARO, A., y VENTURA, L.), Giappichelli, Torino, 2003, especialmente el epígrafe 6 («L'affermazione della teoria dei controlimiti e la risposta del Giudice del Lussemburgo: la tutela comunitaria dei diritti»), pp. 305-310.

⁸⁴ Comparto, así, la percepción de LLOBERA VILA, M.: «La intervención estatal disuasoria del ejercicio de las libertades comunitarias: caracterización del Derecho del Trabajo como obstáculo al comercio intracomunitario», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 28, 2016, p. 299-300: dicha autora, tomando como referencia la Declaración nº 1/2004 del TC, de 13 de diciembre, hace notar que nuestro TC «ha condicionado la aplicación del principio de primacía comunitario al respeto de la cláusula del Estado social», imponiendo así «límites de orden material a la primacía de las libertades de mercado» y estableciendo de tal forma «una reserva de competencia jurisdiccional en su favor en el caso de que el Derecho de la Unión resulte «inconciliable» con la Constitución española».

⁸⁵ Vid. ZINAMSGVAROV, N.: «L'identité constitutionnelle française: un circept», *Civitas Europa*, nº 21, 2008, pp. 365-384

⁸⁶ Claro exponente de la jurisprudencia constitucional española sobre el principio *favor libertatis* es la STC 48/1991, de 28 de febrero (sobre derecho de huelga), en cuyo FJ 7 se razona: «Es doctrina reiterada de este Tribunal el principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales (SSTC 34/1983, 17/1985, 57/1985 y 24/1990, entre otras). Por lo que si el órgano jurisdiccional no

Sin embargo, del mismo modo que hasta tanto se verifique la adhesión de la UE al CEDH pueden aflorar contenciosos paralelos (con soluciones divergentes y aun contradictorias) entre el TJUE y el TEDH⁸⁷, la STJUE *Laval* de 2007 ha sido germen de tal tipo de contenciosos tras la Decisión «Laval» del CEDS de 2013. Desde esta perspectiva, la Decisión del CEDS opera como un «contra-límite» horizontal que evoca la defensa de una «identidad o reserva constitucional europea» del modelo social continental, al rechazar expresamente una presunción de conformidad con el Derecho de la UE (como pretendía hacer ver el Gobierno sueco), que por tanto no comporta necesariamente una presunción de conformidad con las disposiciones de la CSE.

Verdaderamente, el CEDS viene a alinear-se con la concepción constitucional nacional de «los derechos sociales fundamentales como contralímites de las libertades económicas»⁸⁸, por cuanto el TJUE altera incluso el juego del juicio de proporcionalidad (aplicado mediante el asunto «Laval» a la interpretación de la Directiva 96/71/CE «como indicador del estándar armonizado no susceptible de ser superado») para distanciarse «del papel atribuido a la protección de los derechos sociales fundamentales en el constitucionalismo moderno, en el cual la función desmercantilizadora del Derecho del

aplica la normativa legal en ese sentido más favorable para la efectividad de dichos derechos, incurre en lesión del derecho constitucional de que se trate». Por el contrario, al analizarse jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo [entre otras, STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº 651 de 12 de julio de 2016, recurso nº 109/2015] se ha criticado una devaluación del paradigma del principio *pro operario* (imponiendo un correctivo al sindicato recurrente) para sustituirlo por un paradigma «contra operario»: EGUARAS MENDIRI, F.: «Principio contra operario», *Jurisdicción Social*, nº 180, 2017, pp. 99-105.

⁸⁷ Como es sabido, el Tratado de Lisboa, en conjunción con la base paralela del Protocolo nº 14 al CEDH, vino a imponer finalmente la añorada adhesión de la UE al texto convencional del Consejo de Europa. Sin embargo, tal adhesión ha quedado dificultada temporalmente tras el Dictamen 2/13 del Pleno del Tribunal de Luxemburgo, de 18 de diciembre de 2014.

⁸⁸ Así lo expresa en su excelente obra LLOBERA VILA, M.: *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 335 y ss.

Trabajo constituye un valor protegido»⁸⁹. El TJUE venía a alterar asimismo el equilibrio original establecido en los Tratados fundacionales entre la autonomía de los sistemas sociales nacionales y el establecimiento del mercado común⁹⁰, dejando excluidos a los trabajadores desplazados del «estatuto de integración social»⁹¹.

El CEDS no aceptaba de tal suerte la conocida como «doctrina Bosphorus» asumida por el TEDH (presunción general de conformidad del Derecho de la UE con respecto al CEDH)⁹². Esa postura, que el CEDS justifica en la Decisión «Laval» en función del lugar relegado que ocupan actualmente los derechos sociales en el orden jurídico de la UE (párrafo 74), ya había sido avanzada en decisiones anteriores en materias como la organización del tiempo de trabajo y la situación de los asalariados cubiertos por el sistema de «tanto alzado por días» («forfait en jours») en Francia, o las medidas de austeridad impulsadas por la Troika en Grecia⁹³.

Con carácter añadido, mientras el CEDS ha asumido la jurisprudencia comunitaria cuando ésta ha sido más favorable (epígrafe 5.1, *supra*), ha opuesto en el marco del sistema de informes el juego de los «contra-límites» cuando la postura del TJUE presentaba un marcado carácter restrictivo⁹⁴.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 335-337: En el nivel nacional –prosigue la citada autora– «este reconocimiento constitucional implica, en esencia, una restricción a la libertad económica del empleador, siendo difícil de concebir alguna obligación laboral que no tenga tal efecto; de modo que su carácter limitativo de los derechos económicos de las empresas es un atributo medular de la mayor parte de las obligaciones laborales».

⁹⁰ GIUBBONI, S.: «European Citizenship and Social Rights in Times of Crisis», *German Law Journal*, vol. 5, nº 5, 2014, p. 946.

⁹¹ *Ibidem*, p. 959.

⁹² STEDH *Bosphorus Hava Yollari Tutuzim ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda* de 30 de junio de 2005.

⁹³ Léase STANGOS, P.: «Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne: le rôle singulier du Comité européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence», *Cahiers de droit européen*, nº 49, 2013, pp. 319-393.

⁹⁴ A título de ejemplo, en sus conclusiones publicadas en enero de 2015, el CEDS declaró la violación del art. 21 CSE por

6. REFLEXIONES FINALES: REFORZAMIENTO DE LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA CIUDADANÍA Y ESFUERZOS COMPARTIDOS DE VOLUNTAD POSITIVA PROTECTORA

Iniciaba el presente estudio partiendo de una lectura *correlativa* del art. 42 CE (referente a los trabajadores españoles en el exterior) para reflexionar sobre el marco constitucional aplicable a los trabajadores desplazados a España, poniendo el acento en la tutela judicial efectiva de los derechos laborales de éstos. Pues bien, pese a que la evolución de la dinámica migratoria española habría dejado obsoleto en buena medida el impacto de ese precepto constitucional (sobre todo, tras el ingreso de España en las Comunidades Europeas en 1986, y a salvo la emigración más reciente –de perfiles diversos, ciertamente, por la pertenencia de España a la UE y, con ello, al Espacio Económico Europeo, EEE–), recientemente ha salido a la luz un asunto muy relevante en el que se encontraban implicados trabajadores españoles en el extranjero y que vuelve a dotar de actualidad al art. 42 CE; pero, sobre todo, ese asunto servirá de barómetro para ponderar el juego de las analizadas sinergias en clave de reforzamiento de la dimensión social de la ciudadanía y de esfuerzos compartidos de voluntad positiva protectora.

Me refiero a la controvertida Decisión del CEDS de 18 de octubre de 2016, mediante la que se inadmite la Reclamación nº 120/2016 (*Fellesforbundet for Sjøfolk, FFFS c. Noruega*). La reclamación había sido registrada el 17 de marzo de 2016 por el citado sindicato norue-

parte de Francia al excluir determinadas categorías de trabajadores del cálculo a efectos de información y consulta: el CEDS cita explícitamente, apartándose de ella, la STJUE de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale* (asunto C-176/12), más restrictiva al interpretar el impacto interno del art. 27 CDFUE. Cf. la posición crítica del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 18 de julio de 2013 en dicho asunto C-176/12.

go, denunciando una violación del art. 12 CSE (derecho a la seguridad social), en la medida en que, con anterioridad a 1994, los marineros españoles que trabajaban en navíos dependientes de la jurisdicción noruega estaban excluidos del sistema de seguridad social, y especialmente de los regímenes de pensiones de seguridad social y de incapacidad⁹⁵. El caso es que, lejos de lo que pudiera pensarse, esa exclusión en materia de seguridad social, además de discriminatoria en comparación con los marineros noruegos residentes, no comportaba tampoco el aparente *beneficio* de no tener que cotizar, pues lo que se les detraía del salario por imposición sobre la renta era un porcentaje igual e incluso mayor que las cuotas de seguridad social.

El asunto ha tenido y seguirá teniendo impacto mediático⁹⁶. Mas, volviendo a la sustanciación del asunto ante el CEDS, el Gobierno noruego suscitó como principal objeción en cuanto a la admisibilidad de la reclamación, que ésta no versaría estrictamente sobre una disposición de la CSE aceptada por el Estado demandado como exige el art. 4 del Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995, sino sobre una situación anterior a 1994, cuando Noruega estaba vinculada por la Carta de 1961 y había formulado una reserva con respecto al art. 12, en la que había indicado expresamente que «en virtud del apartado 4 de ese artículo, Noruega quedará autorizada para estipular en los acuerdos bilaterales o multilaterales

previstos en dicho apartado que, para poder ser beneficiarios de la igualdad de trato, los marineros extranjeros deben estar domiciliados en el país al que pertenece el navío». Y la reclamación se referiría a marineros extranjeros que no residían en Noruega.

El CEDS decidió acoger el argumento gubernamental de oposición, dando por buena la mencionada reserva (párrafos 11 y 12), con la consecuencia de la inadmisión de la reclamación. No me deja de sorprender, negativamente, esa decisión de inadmisibilidad del CEDS; y mi sorpresa es todavía mayor al comprobar que se ha adoptado por unanimidad, sin ningún voto particular. En efecto, en mi opinión la reserva litigiosa es inasumible, al menos por los siguientes motivos:

- en primer término, la asunción por el CEDS del argumento gubernamental según el cual Noruega no habría aceptado en su integridad el art. 12, en concreto el apartado 4, significa avalar una reserva contraria al objeto y fin del tratado (de la CSE de 1961) vulneradora de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, puesto que semejante entendimiento de la reserva implica dejar desprovisto de toda esencia al contenido del citado apartado 4. Basta para ello con reparar en que, por mor de ese inaceptable requisito de residencia, deviene letra muerta la «igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las Partes», así como «la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes» [apartados a) y b) del art. 12 CSE];

- en segundo lugar, la Decisión se aleja asimismo de la jurisprudencia consolidada del CEDS que ha relativizado las restricciones del

⁹⁵ Un riguroso análisis, con un claro enfoque de derechos humanos, para entender las claves de la controversia, en CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *Una cuestión de Derechos Humanos: la protección de Seguridad Social de nuestros trabajadores del mar emigrantes en Noruega*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

⁹⁶ EFE: «Los marineros españoles que reclaman a Noruega sus pensiones declaran en el juicio», diario *El Mundo*, del 4 de abril de 2017 (<http://www.elmundo.es/sociedad/2017/04/04/58e3d3d7e5fdeae8348b4619.html>); CALVO, C.: «Noruega rechaza dar un pensión a los marineros españoles», diario *ABC*, del 30 de abril de 2017 (http://www.abc.es/sociedad/abci-noruega-rechaza-pension-marineros-espanoles-201704302108_noticia.html); SÉRVULO GONZÁLEZ, J.: «12000 marineros contra Noruega», diario *El País*, del 10 de mayo de 2017 (https://economia.elpais.com/economia/2015/05/10/actualidad/1431276567_573763.html).

ámbito personal de aplicación de la CSE, precisamente en coherencia con la citada Convención de Viena de 1969 (en especial, el art. 31.1) realizando el efecto útil y la interpretación de buena fe para dotar de sentido al objeto y al fin de las disposiciones de la Carta Social (en aras del respeto de la «dignidad humana [que] representa el valor fundamental que se encuentra en el corazón del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos»⁹⁷), en este caso, del art. 12.4;

– en fin, me parece que el criterio del CEDS se encamina paradójicamente por una vía más restrictiva que la marcada por la UE (y posteriormente por el EEE) ya desde los Tratados fundacionales de los años cincuenta del siglo pasado y por el desarrollo de la jurisprudencia del TJUE sobre libertad de movimientos de trabajadores y no discriminación entre nacionales de los Estados miembros en cuanto a los beneficios de la seguridad social, así como la totalización de las pensiones y el desarrollo de la dimensión social de la ciudadanía⁹⁸. Esa limitación se orienta asimismo por una senda de restricción si se confronta con el alcance que el TEDH está confiriendo en su jurisprudencia a la no discriminación en materia de disfrute de derechos de seguridad social bajo el ángulo conjunto de la no discriminación del art. 14 CEDH y del derecho de propiedad del art. 1 del Protocolo n.º 1 al CEDH⁹⁹. Desde luego, tras desestimarse el caso en primera instancia judicial en Noruega, si el Tribunal Supremo de dicho país (ante el que se encuentra pendiente el recurso en el momento de cerrar el presente trabajo) no acoge el recurso, lo razonable es acudir al TEDH a través de la correspondiente avalancha de demandas individuales.

A propósito de esto último, los marineros españoles solicitaron al Ministro español de

Asuntos Exteriores articular una demanda interestatal frente a Noruega ante el TEDH, pero parece que el apoyo del Ejecutivo español se está desarrollando preferentemente en un plano jurídico-político, similar al expresado en España por el Congreso de los Diputados, el Senado o el Parlamento de Galicia. En verdad, se trataría de una actuación de los poderes públicos españoles coherente con el mandato constitucional del art. 42 CE.

En semejantes condiciones, con estos parámetros potencialmente más favorables del TJUE y del TEDH, si en el futuro se verifican en la realidad tras el agotamiento de los recursos nacionales ante la Corte de Estrasburgo (pues es cierto que Noruega no es país miembro de la UE, sino sólo del EEE, a efectos de potencial formulación de alguna cuestión prejudicial en situación análoga ante el Tribunal de Luxemburgo), el CEDS se verá abocado a modificar su jurisprudencia restrictiva para conformarse con el principio *favor libertatis* o *pro personae* por mandato del art. 32 CSE (art. H CSE revisada).

En fin, esta crítica constructiva al CEDS a propósito de esta Decisión de inadmisibilidad sobre Noruega no debe ensombrecer la posición de aquél como jurisdicción europea por antonomasia de los derechos sociales, acreditada a través de su ya nutrida jurisprudencia con casos muy relevantes como su Decisión «Laval» de 2013 en materia de trabajadores desplazados. Una jurisprudencia que, sin duda, está llamada a facilitar la efectividad de la tutela judicial efectiva en dicha materia por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. Pues, sin lugar a dudas, el CEDS ya desde sus primeras resoluciones en la década de los sesenta del siglo pasado (en el marco del originario sistema de informes) expresó esa voluntad positiva protectora sobre la base del art. 19 CSE: «la originalidad de este artículo reside en algunos elementos específicos que contiene y que le distinguen de la mayor parte de las disposiciones de la Parte II de la Carta. Efectivamente, su alcance supera la simple garantía de la igualdad de trato entre

⁹⁷ Decisión del CEDS de 7 de septiembre de 2004 (Reclamación n.º 14/2003, *FIDH c. Francia*, párrafos 26-32).

⁹⁸ Entre otras, verbigracia, STJUE *K.D. Chuck*, de 3 de abril de 2008, asunto C-331/06.

⁹⁹ Véase, por ejemplo, STEDH *Andrejeva c. Letonia*, de 18 de febrero de 2009.

trabajadores extranjeros y trabajadores nacionales, en el sentido de que al tener en cuenta la desventaja de hecho que afecta a los migrantes, prevé la puesta en práctica, por parte de los Estados Contratantes, de medidas más favorables y más positiva con respecto a dicha categoría de personas que con respecto a sus

propios nacionales. En estas condiciones, las Partes Contratantes, para respetar los compromisos derivados de este artículo no deben limitarse a asegurar la no discriminación entre nacionales y extranjeros, sino que deben desplegar una acción positiva y continua»¹⁰⁰.

¹⁰⁰ *Conclusiones I, Observación interpretativa del art. 19 CSE*; período de referencia 1 de enero de 1965 - 31 de diciembre de 1967.

RESUMEN

El presente trabajo aborda el problema de la creciente movilidad laboral transnacional en el sistema constitucional español, tomando en consideración la compleja interacción de la libre circulación de servicios y trabajadores en la UE. En efecto, mi enfoque principal desde la perspectiva metodológica consiste en optimizar los derechos de los trabajadores desplazados a través de la efectividad de la tutela judicial. En este sentido, se adopta una perspectiva al tiempo procedimental (normas sobre conflictos de leyes más favorables) y sustancial (principio *pro operario*) que incluye el papel de los sindicatos, en estas situaciones extraterritoriales.

Con estas premisas, el punto de partida consiste en considerar la protección de las relaciones laborales transnacionales en un orden constitucional de derechos fundamentales (el español) que, a su vez, se inserta en un sistema global armonizado de protección multinivel en donde el disfrute no discriminatorio de los derechos sociales constituye un pilar axiológico esencial. En segundo lugar, la protección judicial efectiva de los trabajadores desplazados en España se basa tanto en el fortalecimiento de elementos estrictamente procedimentales (acceso a la jurisdicción, resolución motivada, ejecución, inversión de la carga de la prueba e indemnidad) como en la técnica de los derechos sustanciales conexos (libertad de expresión y acción colectiva) que juegan asimismo como instrumentos de salvaguardia de dichos trabajadores. En tercer término, el autor pone el énfasis en las sinergias entre la protección constitucional y la protección europea y, en caso de dilema que sea provocado por conflicto de estándares, debe retenerse la solución más favorable para el disfrute de los derechos de los trabajadores desplazados. En este contexto, las potenciales divergencias pueden surgir tanto en el plano vertical (estándar constitucional versus estándar europeo) como en el plano horizontal europeo (estándar del Consejo de Europa versus estándar de la Unión Europea, especialmente la ponderación de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y del Tribunal de Justicia, respectivamente).

A tal efecto, la experiencia del «caso Laval» impone, en un contexto de tensión asimétrica entre competencia leal y condiciones laborales, que se ponga el énfasis en maximizar las sinergias positivas entre los estándares constitucionales, europeos e internacionales sobre derechos humanos, con objeto de conseguir el mejor nivel de protección para los trabajadores desplazados.

Como resultado de ello, mi primera conclusión radica en que el nuevo escenario ha debilitado el papel del Tribunal de Justicia de la UE en el terreno de los derechos sociales. Por tal motivo, mi crítica constructiva conduce a otra clara conclusión, a saber, la necesaria apertura del Tribunal de Justicia al nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales (como parte del más amplio «Proceso de Turín para la Carta Social Europea») a través de una voluntad jurisdiccional positiva (teniendo en cuenta las sinergias entre la UE y el Consejo de Europa –incluyendo la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales). En efecto, el adjetivo «social» se agregó explícitamente a la definición del *modelo económico europeo* de modo tardío en el Derecho primario de la UE, particularmente en el Tratado de Lisboa, pero éste atribuyó fuerza jurídica vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, cuyo catálogo de derechos sociales (especialmente los que figuran con la rúbrica «Solidaridad») se ha basado precisamente en la Carta Social Europea del Consejo de Europa. Esta última, que refleja en buena medida el *modelo social europeo*, ha sido ratificada por todos los Estados miembros de la UE (en muchos casos, incluso antes de su pertenencia a la UE). En dicho marco, la protección efectiva de los trabajadores desplazados ha de tomar en consideración no sólo la Directiva de la UE en este ámbito, sino también la Carta Social Europea (primordialmente, su art. 19, sobre el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia).

La conclusión final que se alcanza es que dichas sinergias europeas deben inspirar la protección constitucional en España de las relaciones laborales transnacionales, lo cual robustecerá la dimensión social de la ciudadanía europea.

Palabras Clave: Directiva de trabajadores desplazados, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Carta Social Europea, Comité Europeo de Derechos Sociales, protección multi-nivel, principio *favor libertatis*

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT

This paper tackles the problem of the increasing movement of labour across international borders under the Spanish Constitutional order by taking into consideration the complex interaction of the free movement of services and workers in the EU. Indeed, the primary focus of my methodological approach is on optimizing posted workers' rights through the effectiveness of the judicial remedies. This is achieved both from a procedural (conflict-of-law rules that are more favourable) and a substantial (principle of *favor laboratoris*) perspective (including the role of trade unions), in these extraterritorial situations.

With these premises, the starting point is to consider the protection of transnational labour relations within a constitutional order of fundamental rights (the Spanish one) which, in turn, is inserted into a harmonized global system of multilevel protection where the enjoyment of social rights without discrimination constitutes an essential axiological pillar. Second, the effective judicial protection of posted workers in Spain is based both on the consolidation of strictly procedural elements (access to jurisdiction, well-founded decisions, execution of such decisions, shifting the burden of proof and indemnity) as well as on the technique of connecting substantive rights (freedom of expression and collective action) that also act as instruments to safeguard said workers. Third, the author emphasizes the synergies between constitutional protection and European protection and, in case of a dilemma arising from a conflict of standards, the most favourable solution for the enjoyment of the rights of displaced workers must be kept. In this context, potential divergences can arise both at European vertical (constitutional standard *versus* European standard) and horizontal levels (Council of Europe standard *versus* European Union standard, especially when balancing the case-law from the European Committee of Social Rights and the case-law from the ECJ, respectively).

To this end, the experience of the «Laval case» demands, in a context of asymmetric tension between fair competition and labour conditions, that emphasis must be put on maximizing positive synergies between constitutional, European and international fundamental rights standards in order to achieve the best level of protection for posted workers.

As a result of this, my first conclusion is that the new scenario has also weakened the role of the ECJ and its case-law in the field of social rights. For this reason, my constructive criticism leads to another clear conclusion, that is to say, the necessary opening of the ECJ to the new framework of the European Pillar of Social Rights (as part of the broader «Turin process for the European Social Charter») through positive judicial willingness (by taking into account the synergies between the EU and the Council of Europe -including the case-law from the European Committee of Social Rights). Indeed, the adjective «social» was explicitly added to the definition of the *European economic model* late in the primary law of the EU, particularly in the Lisbon Treaty, but it gave legally binding force to the Charter of Fundamental Rights of the EU, whose catalogue of social rights (especially those under the heading «Solidarity») has been precisely based on the European Social Charter of the Council of Europe. The latter, which reflects to a large extent the *European social model*, has been ratified by all Member States of the EU (in most cases even before EU membership). In this framework, the effective protection of posted workers has to take into account not only the EU Directive in this field, but also the European Social Charter (mainly, Art. 19, on the right of migrant workers and their families to protection and assistance).

The final conclusion is that such European synergies must inspire the Spanish constitutional protection of transnational labour relations, what will strengthen the social dimension of the European citizenship.

Keywords: Posted Workers Directive, Court of Justice of the European Union, European Social Charter, European Committee of Social Rights, multi-level protection, principle of *favor libertatis*.

Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero

Judicial competence in employment contracts with foreign elements

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN*

1. PRELIMINAR

El dinamismo que lo inunda hoy todo, salpica, como es lógico, también al mundo empresarial, habiendo convertido en cotidianos fenómenos como la prestación de servicios en territorios foráneos, la traslación de todo o parte de la actividad productiva a otros países, o la simple movilidad temporal de trabajadores de un Estado a otro para la realización de encomiendas. En este contexto de incesante movimiento de capitales económicos y humanos, deviene imprescindible la enunciación de reglas que permitan, entre otras cuestiones, identificar con certeza cuál es la jurisdicción competente para conocer de los litigios que puedan producirse entre empresario y trabajador en el marco de una relación contractual internacional. Al estudio de dichas reglas dedicaremos las siguientes líneas, examinado las normas de competencia judicial internacional de los distintos sistemas que obligan al juez español, previa señalización de las pautas que rigen su aplicación (distribución jerárquica, material, temporal, especial, geográfica, etc.). Ahora bien, por obvias razones de espacio, tal examen se circunscribirá a los conflictos indi-

viduales de trabajo, quedando fuera las cuestiones de Derecho colectivo (incluidos los conflictos colectivos en todas sus expresiones)¹ y las de Seguridad Social.

2. MISCELÁNEA NORMATIVA Y PATRONES DE ORDENACIÓN

2.1. Presentación de las normas con incidencia en materia laboral

La determinación del foro competente para el conocimiento de un litigio con elemento extranjero exige el manejo y comprensión, no siempre sencillo, de reglas procedentes de fuentes, e incluso de sistemas, diferentes, cuya entrada, a su vez, viene condicionada por cuestiones de índole diversa –geográficas, temporales, materiales, etc.–. En nuestro caso, las normas de competencia judicial internacional se localizan fundamentalmente en el sistema de la Unión Europea, residualmente en el convencional (bilateral uno y multilateral otro) –ocasionalísimamente en el internacional–, y, subsidiariamente, en el estatal o nacional (LOPJ).

* Profesora Titular de Universidad. Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo.

¹ Particularmente didáctica es la STS 20-4-15, rec. 100/14 sobre la concreción de las reglas competenciales internacionales en materia de conflictos colectivos supraestatales.

En concreto, en materia laboral, el instrumento clave y de aplicación hegemónica es hoy el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil –en adelante, Reglamento Bruselas I bis. Este instrumento es refundición –recast– del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 –en adelante, Reglamento Bruselas I–, al que sustituye y deroga². Además, la asunción por parte de Dinamarca –quien, en principio, se mantiene al margen de las normas comunitarias de competencia judicial internacional– del nuevo Reglamento ha dejado prácticamente (ya veremos sus excepciones) derogado el longevo Convenio de Bruselas –en adelante CB–³, que, hasta tal asunción por el gobierno danés, reglaba las relaciones entre la Unión y este concreto Estado⁴. En la actualidad, el nuevo

Reglamento Bruselas I bis resulta de aplicación a todos los Estados de la Unión –lo que se diga a este respecto quedará condicionado a la efectiva materialización del «Brexit» respecto del Reino Unido, y en su caso de Gibraltar–.

Paralelamente, las relaciones entre la Unión Europea –junto con Dinamarca– y Noruega, Islandia y Suiza –no así Liechtenstein⁵– continúan reglándose por el Convenio de Lugano II (en adelante CL II), en su versión de 30 de octubre de 2007.

Junto a estos documentos fundamentales aparecen otros instrumentos internacionales más accesorios, cuyo ámbito espacial y territorial es mucho más limitado. Por lo que aquí interesa, hoy basta la cita del Convenio bilateral con El Salvador –el firmado en su día con Rumania ha perdido toda virtualidad desde la entrada de este país en la Unión Europea⁶.

Las reglas de competencia judicial internacional del sistema común, estatal, nacional o autónomo, por su parte, se enuncian en los arts. 21-5 LOPJ⁷. Por lo que a la materia laboral interesa, el art. 25 de esta norma enumera los supuestos en los que los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes respecto de los pleitos laborales.

bre el régimen singular de aplicación, A. TODOLI SIGNES, «La competencia judicial internacional del contrato individual de trabajo», *IL*, nº1, 2016, p. 22; J.F. LOUSADA AROCHENA, R. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 37.

⁵ A. TODOLI SIGNES, «La competencia judicial internacional...», loc. cit., p. 22

⁶ Convenio hecho en Bucarest el 17 de noviembre de 1997, BOE de 5 de junio de 1999, corrección de errores BOE de 3 de julio de 1999. Téngase en cuenta que España ha notificado que, a los efectos del art. 69 del nuevo Reglamento, queda sustituido por el Reglamento 1215/2012, este convenio bilateral.

⁷ Sobre el espacio que queda a la normativa nacional, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, y S. SÁNCHEZ, «El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial», *Revista española de derecho europeo*, nº 48, 2013, pp. 16-21; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «Competencia judicial y ley aplicable en la UE al contrato de trabajo internacional», *RL*, nº 1, 2011, pp. 115-129; M. GUZMÁN ZAPATER, «Contrato de trabajo celebrado por embajadas y competencia judicial internacional», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 29, 2013.

² El Reglamento 44/2001 había sido ya revisado para mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones, facilitar la libre circulación de las resoluciones judiciales (suprimiendo el exequatur) y mejorar el acceso a la justicia. Sobre los cambios que incorpora la nueva norma respecto de la anterior, R. ARENAS GARCÍA, «Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis», *REDI*, 2013, pp. 377-382; A. DICKINSON, E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, Ed. Oxford University Press, United Kingdom, 2015; P. BLANCO-MORALES LIMONES, F. F. GARAU SOBRINO, M. L. LORENZO GUILLÉN, F. J. MONTERO MURIEL (Coordinadores), *Comentarios al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2016.

³ Nos referimos al Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁴ Mediante la Decisión 2006/325/CE, la Comunidad celebró un acuerdo con Dinamarca por el que se establecía la aplicación de las disposiciones del Reglamento nº 44/2001. Posteriormente, mediante carta de 14 de enero de 2009, el gobierno danés notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento 4/2009, que modifica el Reglamento 44/2001. Y mediante carta de 20 de diciembre de 2012, notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento 1215/2012. Véase también el Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (publicado en el DOUE núm. 182, de 10 de julio de 2015). Se sostiene su aplicación no como Reglamento comunitario sino como convenio internacional. So-

Las citadas son las «normas generales» de competencia judicial internacional que ha de tener en consideración el juez español ante el que se formula una demanda en materia laboral⁸. Ahora bien, a éstas es necesario anexionar otras «normas específicas» que también contienen reglas de competencia judicial internacional, esta vez, trazadas para asignar competencia en determinados contextos laborales, que por sus particularidades conviene «apartar» de la regla general. Estamos pensando en la normativa sobre trabajadores desplazados, a la que nos referiremos en el apartado correspondiente –Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre y Ley 45/1999, de 29 de noviembre, de transposición–, en las reglas de competencia judicial internacional aplicables a los conflictos sobre derechos de participación, información y consulta de los representantes de los trabajadores–que ya dijimos caen fuera del objetivo propuesto en este trabajo–; y en las reglas específicas para los supuestos de inmunidad de jurisdicción. A las primeras y a las últimas dedicaremos unas líneas en la parte final de este ensayo.

2.2. El sistema comunitario «general»: Reglamento Bruselas I bis

2.2.1. Radio material, espacial y temporal de aplicación del Reglamento

Ya dijimos que el Reglamento Bruselas I bis, que entró en vigor el 10-1-2013 (art. 81), sustituye al Reglamento 4/2001, que a su vez desplazó al CB⁹. En principio, la nueva nor-

ma –aunque con matices– sólo regirá para las acciones judiciales ejercitadas con posterioridad al 10-1-2015¹⁰ –salvo para determinados preceptos que son aplicables desde el 10-1-2014 (art. 75 y 76)–, manteniendo vigencia las disposiciones del Reglamento 44/2001 para las acciones ejercitadas con anterioridad (art. 66.2) –también para los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de dicha fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas desde dicho momento¹¹.

Territorialmente hablando, el nuevo Reglamento obliga a los tribunales de todos los Estados parte –no así, lógicamente, a los de terceros Estados–. Si bien es justo señalar que hay determinados territorios, con una u otra vinculación a Estados parte¹², en los que no resulta de

lo permita, a las fórmulas del nuevo Reglamento. En general sobre esa jurisprudencia, M. VIRGOS SORIANO y E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, McGraw Hill, Madrid, 1999.

¹⁰ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *Diario La Ley*, 8013, 2013, p.2.

¹¹ En realidad, el nuevo Reglamento también puede resultar aplicable a las resoluciones judiciales dictadas tras su entrada en vigor pero en respuesta a acciones ejercitadas con anterioridad siempre que en el Estado del foro estuviese vigente en el momento de iniciar la acción el Reglamento Bruselas I, el de Lugano (según proceda), o un Convenio bilateral o multilateral que en todo caso vincule a los dos Estados implicados (el del foro y el del territorio en el que se pide el reconocimiento o ejecución de la resolución); o la resolución se hubiese dictado atendiendo a reglas de competencia equiparables a las del Reglamento. Se niega, así, su retroactividad, como por otra parte también había hecho en su día el CB y el Reglamento Bruselas I, pero con cierta relatividad, sobradamente justificada en la exigencia de que la resolución que se pretende reconocer o ejecutar conforme a la nueva norma haya sido dictada atendiendo a reglas de competencia judicial equiparables a las del Reglamento.

¹² Debe tenerse en cuenta que el Reglamento 2001 no se aplica en estos territorios: a) En relación con Francia: Polinesia francesa, Nueva Caledonia, Islas Wallis y Futuma, Saint-Pierre et Miquelon, Mayotte, tierras australes y antárticas francesas; b) En relación con el Reino Unido, Islas del Canal o islas anglonormandas, Isla de Man, Islas Cayman, Anguila, Malvinas-Falkland, Georgia del Sur y Sandwich del Sur, Monserrat, Pitcairn, Santa Elena y dependencias, territorio antártico británico, territorios británicos del Océano Índico, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes británicas,

⁸ En general sobre la ordenación de las normas en juego, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Madrid, 2006, pp.29-36; A. TODOLI SIGNES, «La competencia judicial internacional ...», loc. cit., pp. 21-47.

⁹ En su día el Reglamento 44/2001 sucedió al CB sin cambios radicales en el tenor de sus reglas (aunque sí con algunas modificaciones interesantes y de alcance). Esto garantizó entonces una doble continuidad, tanto en el contenido del CB, reflejado en las reglas de competencia judicial del Reglamento, cuanto en la interpretación de sus disposiciones, básicamente la llevada a cabo por el TJCE, cuya jurisprudencia parece coherente aplicar también, en la medida en que la coincidencia de contenidos

aplicación, y en los que tampoco se aplicaba su precedente, *ex art. 355 TFUE* (art. 68 Reglamento)¹³, por lo que en ellos juega –para los que sí era aplicable, que tampoco son todos– el longevo CB¹⁴. Además, continúa vigente el CL II para reglar las relaciones de la Unión con determinados Estados en los términos ya vistos¹⁵.

Por lo que a este estudio interesa, materialmente, el Reglamento Bruselas I bis, respetando en este punto la senda marcada por

Bermudas; c) En relación con Dinamarca, las Islas Feroe ni tampoco en Groenlandia; d) En relación con los Países Bajos Aruba ni en las Antillas neerlandesas (Bonaire, Curaçao, Saba, San Eustaquio, San Martín).

¹³ El Reglamento también se aplicará a Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Martín, las Azores, Madeira, las islas Canarias, y Gibraltar conforme al art. 355 del TFUE. También a las islas Åland de conformidad con las disposiciones del Protocolo 2 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia.

¹⁴ Así acontece, por ejemplo, con Mayotte y Groenlandia –aunque en este caso con dudas– (art. 60 del CB). Sobre los territorios en los que resulta de aplicación el CB, J.F. LOUSADA AROCHENA, R. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, *op. cit.*, pp.39-40.

¹⁵ El Reglamento 44/2001 derogó también el entramado de instrumentos bilaterales que convivían territorialmente, no siempre de forma clara y pacífica, con el CB. Si bien, tampoco esta desaparición fue tan absoluta como pudiera parecer, en tanto que el propio Reglamento preserva su vigencia para las cuestiones en las que no resulte de aplicación la nueva norma reglamentaria (arts.68, 69 y 70). La regla se mantiene de forma similar en el nuevo Reglamento. De este modo, estos instrumentos permanecen «dormidos», despertando cuando es preciso solventar un problema de competencia judicial o reconocimiento o ejecución de resoluciones en alguna materia excluida del Reglamento e incluida en su radio de acción material y espacial, y cuando se trata del reconocimiento o ejecución de resoluciones dictadas o documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados antes de la entrada en vigor de la norma comunitaria. Por cierto, esta derogación (ya hemos dicho que relativa) no afecta a otros convenios bilaterales que pudieran haber suscrito los Estados de la Comunidad con terceros Estados –en nuestro caso con El Salvador–. Sobre las relaciones entre el Reglamento 1215/2012 y otros Convenios sobre materias particulares que pudieran tener suscritos los Estados miembros y que pudieran afectar a las normas de competencia judicial internacional, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 71 del Reglamento y las Sentencias del TJUE sobre la interpretación de este precepto en el marco del Reglamento 44/2001 – de 4-5-2010, asunto C-533/08, TNT Express Nederland BV c. AXA Versicherung AG; de 19-12-2013, asunto C-452/12, Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd c. Inter-Zuid Transport BV–.

el Reglamento Bruselas I y CB, resulta de aplicación a las cuestiones de carácter civil y mercantil (art.1.1)¹⁶, círculo que alberga también los litigios laborales, si bien referidos particularmente al «contrato de trabajo»¹⁷, esto es: no a la protección social (la seguridad social queda expresamente fuera)¹⁸. También

¹⁶ Quedan, también, expresamente fuera del campo de aplicación del Reglamento las materias fiscal, aduanera y administrativa, el «estatuto personal» (estado y capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales, testamentos y sucesiones), las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco de matrimonio o de afinidad [exclusión que ahora incorpora expresamente el Reglamento, pero que en realidad data de la entrada en vigor del Reglamento 4/2009, que regula esta materia de forma específica]; los pleitos comerciales (quiebra, convenios entre quebrado y acreedores, «y demás procedimientos análogos»), y el arbitraje, aunque interpretada *latu sensu* esta última exclusión es razonable dejar fuera todas las cuestiones que resultan de conflictos solventados por cauces extrajudiciales –el nuevo Reglamento refuerza la total, completa y radical exclusión del arbitraje–. Aunque a simple vista pudiera parecer que estas exclusiones en nada afectan al contrato de trabajo, la que se refiere al estatuto personal sí puede tener incidencia en la contratación laboral. No en vano, para la válida formalización de un contrato de este tipo es necesario que las partes, tanto el empresario como el trabajador, disfruten de capacidad *suficiente* para entender y querer aquello a lo que se obligan por el vínculo contractual, y la comentada exclusión impide que cuando sea ésta la cuestión litigiosa el juez se pronuncie sobre su competencia para conocer del asunto conforme a las reglas del Reglamento. El problema se repite en el resto de instrumentos supranacionales que nos afectan. Sobre el carácter no exhaustivo de la lista de exclusiones incorporada en su día al Reglamento 44/2001, J.L. SÁNCHEZ CARRIÓN, «El nuevo marco de competencia judicial en materia civil y mercantil en el derecho comunitario», *AJA*, nº545, 2002.

¹⁷ El problema, en muchos casos, es la identificación del contrato de trabajo, habida cuenta que la concepción que del mismo pueda tenerse varía considerablemente de un ordenamiento a otro, y tampoco existe, para salvar esta dificultad, una definición general o un concepto comunitario de «contrato de trabajo», como podremos comprobar en su momento. Sobre esta problemática, A. RODRÍGUEZ BENOT, «Algunos aspectos de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo: Derecho español y Convenios de Bruselas y Lugano», *La Ley. Comunidades Europeas*, nº69, 1991, pág.2-3. Además, STJCE, de 13-11-1979, asunto 25/79, Sanicentral/Collin, Rec.1979, pág.3423 y ss.

¹⁸ Sobre esta exclusión, M.J. SERRANO GARCÍA, *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales. La conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en Reglamentos comunitarios*, Ed. Reus, Madrid, 2011; J.F. LOUSADA AROCHENA, y R. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, *op. cit.*, p. 46. Ello no supone la exclusión, sin embargo, de fórmulas contractuales o privadas de protección

se excluye expresamente la aplicación a los litigios que afectan a los *acta iure imperii*, que estaban tácitamente excluidos de Bruselas I, que la jurisprudencia del TJUE había dejado tajantemente al margen (art. 1.1 in fine)¹⁹, y a la que se aludirá en su momento.

Personalmente, el Reglamento –no así necesariamente sus reglas de competencia– se aplica con independencia de la nacionalidad de los sujetos implicados en el litigio y de su domicilio²⁰. Si bien, como veremos, en general, la norma emplea como criterio de aplicación/inaplicación de sus reglas de competencia el domicilio del demandado en un Estado miembro.

2.2.2. Foros de competencia del Reglamento –presentación–

Concretado ya su ámbito personal, material, espacial y temporal de aplicación procede ahora realizar una somera presentación de los foros formulados en el Reglamento Bruselas I bis, cuya ordenación, como se verá, responde a unas estrictas reglas jerarquía, ahora con singularidades relevantes en materia laboral. En primer lugar, como se acaba de señalar, el foro general de competencia del Reglamento continúa siendo el domicilio del demandado (art.4.1º). Es decir: el juez español puede conocer de la demanda si se formula contra quien tiene en España su domicilio, sea o no espa-

ñol²¹. *A sensu contrario*, no podrá declarar su competencia *ex* Reglamento si el demandado está domiciliado en un tercer Estado, salvo que, tratándose de una demanda laboral (en esta materia no hay competencias exclusivas)²², medie sumisión a su favor o el demandante sea el trabajador, en cuyo caso, aunque el empresario no esté domiciliado en su territorio, ni tenga su domicilio en un Estado de la Unión, el juez español podrá declararse competente por el juego de alguna otra regla competencial del Reglamento²³. En efecto, si es el empresario el demandado, el juez español podrá, alternativamente, declararse competente bien por el foro general del domicilio del demandado (empresario domiciliado en España), bien por el juego de las «competencias especiales» contractuales, en este último caso, ya tenga su domicilio el empresario en territorio español, en otro Estado parte o en un tercer Estado²⁴.

²¹ Sobre los motivos que llevaron en su día, dentro del Convenio de Bruselas, a elegir el domicilio y no otros puntos como la residencia habitual o la nacionalidad, puede consultarse M. GUZMÁN ZAPATER, «El artículo 5. 1º del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *RIE*, Vol.12, nº2, 1985, pág.405.

²² Las competencias exclusivas se justifican en la existencia de una conexión especialmente estrecha entre el litigio y un Estado contratante, con independencia de los domicilios del demandado y del demandante (STJCE de 13-7-2000, asunto C-412/98, Group Josi), y desde luego no admiten interpretación extensiva, ni analógica [también, sentencias de 19-1-93, asunto C-89/91, Shearson Lehman Hutton, Rec. p. I-139, apartados 15 y 16; de 3-7-1997, asunto C-269/95, Benincasa, Rec. p. I-3767, apartado 13, y de 27-10-1998, asunto C-51/97, Réunion européenne y otros, Rec. p. I-6511, apartado 16]. Pero ninguna tiene incidencia en la contratación laboral, con lo que el juez ante el que se formula la demanda habrá de comprobar únicamente que su competencia por alguna de las reglas expuestas no queda desplazada por otra con prioridad.

²³ En general, sobre las razones que llevaron a la incorporación de estas excepciones a la regla general del domicilio del demandado, B. CAMPUZANO DÍAZ, «Las normas de competencia judicial internacional del reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma», *Revista electrónica de Estudios Internacionales* (www.reei.org), 2014.

²⁴ No pocos autores entienden que el juego de las normas nacionales de competencia judicial internacional está excluido en estos casos. Por ejemplo, P. MIGUEL ASENSIO, «El nuevo

social de los trabajadores, si pueden conectarse debidamente con el contrato de trabajo (J. GARCÍA MURCIA y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La nueva regulación de la competencia judicial en materia contractual en el ámbito comunitario», *AS*, nº 9, 2002, pág.45).

¹⁹ STJUE de 15-2-2007, asunto C-292/05, Lechouritou.

²⁰ Conviene advertir que desde el punto de vista espacial el Reglamento Bruselas I bis (como el 44/2001), es universal, es decir: se aplica siempre, no en vano contempla tanto el supuesto del demandado domiciliado en un Estado parte como el que lo está fuera del territorio de la Comunidad. Lo mismo puede decirse del CL II. Cuestión distinta, a la que atenderemos en su momento, es la aplicación de sus normas de competencia judicial internacional. Sobre esta compleja distinción entre la aplicación del Reglamento y de sus normas de competencia –aunque a propósito del Reglamento Bruselas I–, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo ...*, op. cit., pp.62-63.

En cuanto a los foros especiales, es preciso tener presente que en materia laboral las reglas contractuales se concretan en la sección quinta del Reglamento, que atiende a la situación de desequilibrio que normalmente rige en el contrato de trabajo—como ocurre también con consumidores (sección cuarta) y seguros (sección tercera)—, procurando salvaguardar los intereses de la parte más débil, el trabajador, facilitándole el acceso a los tribunales que le resulten más próximos, en lugar de tener que acudir a los del domicilio del demandado (regla general), que normalmente es quien ocupa una posición más fuerte en el contrato (empresario)²⁵.

Aunque los foros indicados (general y especiales) sirven para pronunciarse sobre la competencia del tribunal, el juez sólo puede acudir a ellos una vez comprobado que no existe un acuerdo de sumisión expresa o *prorogatio fori*. Este foro competencial es, en principio, exclusivo y excluyente de todos los demás²⁶,

Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *La Ley*, núm. 8013, 31 enero 2013; P. WAUTELET, «Clauses d'élection de for et procédures concurrentes. Les innovations du Règlement 1215/2012», <http://orbi.ulg.ac.be>, p. 5. A modo de ejemplo, la extensión de las reglas de competencia del Reglamento cuando el trabajador es el demandante desplaza en España al art. 25.1 LOPJ, que ofrece posibilidades adicionales para fundamentar la competencia judicial internacional. Curiosamente estas posibilidades si quedarían a disposición de quien demanda a un trabajador domiciliado en un tercer Estado, pues en este caso no se aplica el Reglamento.

²⁵ Con carácter general, en materia contractual se dispone que las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro ante el tribunal del lugar en el que hubiese sido o debiese ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda (*forum executionis*). Pero, hay que tener en cuenta que el TJUE ha dejado meridianamente claro que las disposiciones que contiene la sección 5 tienen un carácter no sólo específico, sino además exhaustivo. De modo que si se trata de un contrato de trabajo se aplicarán las previsiones de la sección específica, sin posibilidad de combinación o sustitución respecto de los foros especiales genéricos —en materia contractual en este caso (art. 7.1 y 5 y art. 8.1) y 3) Reglamento Bruselas I bis)—, ni por invocación del empresario, ni del trabajador —STJUE de 22-5-2008, asunto C462/06, Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline y Jean-Pierre Rouard—.

²⁶ Este acuerdo debe nacer de una clara voluntad común de las partes, B. ANCEL, «La clause attributive de juridictions

salvo que el acuerdo contradiga las reglas especiales de sumisión que funcionan, por lo que aquí interesa, para los contratos individuales de trabajo (arts. 23). En tanto que puede determinar, en los términos que veremos, la competencia de los tribunales para conocer de los litigios relativos a los contratos individuales de trabajo, limitémonos ahora a recordar que la competencia puede resultar de una atribución expresa de las partes, y que este tipo de sumisión queda invalidada si el demandado se presenta en el foro (de un Estado parte) en el que se interpuso la demanda y no alega su incompetencia²⁷, esto es: si asume tácitamente esa competencia²⁸.

2.3. El sistema convencional de nivel comunitario: Convenio de Lugano II (CL II)

El Reglamento Bruselas I bis —como hiciera en su día el Reglamento 44/2001 respecto de Lugano I— ha respetado escrupulosamente la vigencia y aplicabilidad del Convenio de Lugano II (art. 73.1 Reglamento). Este convenio, de 30 de octubre de 2007, tenía por objeto trasladar el contenido esencial del Reglamento Bruselas I a Suiza, Islandia y Noruega, y ahora conviene acomodarlo a las novedades de Bruselas I bis, con el que no guarda la uniformidad que sería deseable. El CL II únicamente es de aplicación a las relaciones entre estos Estados entre sí y con los Estados de la Unión

el l'article 17 de la convention de Bruxelles», *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, Tomo XXVII, 1991, p. 265; F. GARAU SOBRINO, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Colex, Madrid, 2008, p. 102.

²⁷ También conviene recordar que el Reglamento contiene reglas que se refiere a la litispendencia, y la «conexidad» (art.29 y 30). A todas estas previsiones de carácter general deben sumarse, como es lógico, las reglas relativas al «reconocimiento» de resoluciones dictadas en un Estado miembro en otro Estado miembro y a su ejecución. Temas todos ellos que exceden el objeto de este estudio.

²⁸ A. ROTTOLLA, «L'accettazione tacita della giurisdizione nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968», *Riv. Dir. Int. Pr. Proc.*, Tomo XIV, 1978, pág.521-529.

(incluida Dinamarca)²⁹, en función de la fecha de entrada en vigor en cada territorio –entró en vigor el 1-1-2010 entre la Unión, Noruega y Dinamarca; el 1-5-2011 también para Islandia y el 1-1-2011 para Suiza–.

En cuanto a su radio de acción, deberá aplicarse el CL II–desplazando la aplicación del Reglamento Bruselas I bis– cuando el demandado esté domiciliado en alguno de los tres países indicados (Suiza, Noruega e Islandia), cuando los tribunales de alguno de estos Estados tengan competencia exclusiva en determinada materia (inexistente en materia laboral), o cuando las partes se sometan a su jurisdicción expresa o tácitamente (art. 22 y 23 CL II).

2.4. El sistema convencional bilateral

Con la señalada salvedad de ciertos territorios en los que resulta de aplicación aún el CB, para nuestro país el catálogo de Convenios bilaterales se limita hoy al Convenio con El Salvador, de 7 de noviembre de 2000 (BOE de 25 de octubre de 2001) (en adelante CS), que prevén reglas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento recíproco de resoluciones que pueden afectar, como es lógico, a la materia laboral. Este convenio está vigente desde el 1 de septiembre de 2001, con lo que temporalmente resultará de aplicación a las acciones judiciales interpuestas con posterioridad a esta fecha. Desde el punto de vista espacial, parece evidente que, por la aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario, los tribunales españoles sólo podrán acudir a este Convenio cuando el demandado esté domiciliado en El Salvador, en tanto que si lo está en España se impone la aplicación del Reglamento y si lo está en un Estado de la AELC se aplicará CL II. El ámbito material de

²⁹ Dinamarca tuvo que participar en la firma del CL II al margen de la Unión, porque este Estado no participa en actos normativos que se adopten por la Unión en materia de cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza (Título V TFUE y Protocolo 22 del TFUE).

este Convenio coincide con el de los anteriormente expuestos (materia civil y mercantil)³⁰.

Respecto a los foros, el Convenio contiene un catálogo de competencias exclusivas prácticamente idéntico al del Reglamento Bruselas I bis. Coincidencia que se repite casi por entero, con ligeras diferencias básicamente de redacción, respecto de las reglas de sumisión, de litispendencia y de conexidad. Sin embargo, no alcanza esta correlación a la regulación de los foros especiales en materia laboral (ni a las reglas de aplicación singular de los foros generales), que son los que a este estudio interesan, cuya formulación marcha conexas al CB, que no al actual Reglamento Bruselas I bis.

2.5. El sistema nacional: LOPJ

El entramado normativo descrito se completa, en nuestro caso, con las reglas de competencia judicial internacional formuladas en la LOPJ, en concreto, en los arts. 21-5³¹, cuya entrada sólo se producirá si se frustra la aplicación de la normativa comunitaria, de los tratados y de los convenios internacionales ya vistos (CL II, CB, y CS). El bloque competencial de la LOPJ se mantuvo intacto hasta la contundente reforma acometida por la LO 7/2015, de 21 de julio, que modernizó las previsiones competenciales nacionales y las acomodó a nuestras obligaciones comunitarias. No obstante, de esta imprescindible reforma se dejó al margen la materia laboral, pese a que las reglas competenciales en este ámbito, como se verá, distan considerablemente de las que nos obligan a nivel supraestatal.

³⁰ El CS acota su ámbito material de aplicación refiriéndose a las mismas materias excluidas que el Reglamento 44/2001 (la única diferencia es que en el Reglamento a la exclusión de las quiebras y los convenios se añade la fórmula «demás procedimientos análogos» que no aparece en el Convenio bilateral).

³¹ A las que se sumarían, aunque no afectan a este trabajo, los arts. 14-17 LAI y arts. 10-12 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal. Sobre estas reglas, J.F. LOUSADA AROCHENA, R. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, op. cit., pp. 75-76.

No está claro cuál ha sido la razón por la que se ha perdido esta inmejorable oportunidad, pero, como fuere, a día de hoy la regulación nacional de la competencia en materia de contrato de trabajo queda confeccionada con el adecuado juego del art. 25 LOPJ –intacto– y las nuevas reglas competenciales contenidas en los arts. 21 (en especial respecto de la exclusión de la inmunidad)³²; art. 22 bis (sumisión expresa y tácita); art. 22 ter (domicilio del demandado); art. 22 quinquies (foros especiales en materia contractual); además de las reglas de litispendencia y conexidad. Así, además de por las reglas especiales del art. 25³³, los jueces españoles pueden conocer de la demanda planteada si las partes se han sometido expresa o tácita a la jurisdicción española (art. 22 bis) –aunque el demandado tenga su domicilio fuera del territorio español–, o si tiene en nuestro territorio su domicilio el demandado (art. 22.ter)³⁴. También si la obligación

objeto de la demanda se ha cumplido o debe cumplirse en España, o si las acciones se refieren a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil que se encuentre en territorio español [art. 22 quinquies a) y c)].

2.6. Criterios de ordenación de estas normas

Aunque la presencia de esta pluralidad de normas de competencia judicial internacional procedentes de un triple sistema pudiera generar al juzgador cierta incertidumbre inicial, su ordenación es, aparentemente, sencilla por el juego de los criterios de jerarquía/primacía y de prioridad que las acompañan³⁵. En efecto, la decisión de dar entrada de unas u otras reglas no es para nada arbitraria, ni por descontado depende de los litigantes, sino que se somete a un estricto criterio de prioridad o preferencia, previa constatación de que temporal, espacial y materialmente resulten aplicables³⁶, y teniendo en cuenta que la aplicación de la superior excluye la de la siguiente.

En nuestro sistema, esta prelación se formula con carácter general en el art.21 LOPJ, en el que a la hora de precisar cómo debe el juez español decidir qué normas aplicará para pronunciarse sobre su competencia, comienza con una remisión general a los Tratados y convenios de los que España sea parte y a las normas de la Unión que nos obligan –«Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tra-

³² Deja fuera de la competencia nacional «las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público». Previsión que casa a la perfección con las formuladas, en idéntico sentido, en las normas ya vistas y que, como para ellas, puede tener algún interés cuando se trata de pretensiones laborales formuladas frente a embajadas o consulados.

³³ Las reglas específicas en materia laboral que enumera el art.25 distinguen entre derechos y obligaciones derivadas del contrato de trabajo (primer apartado); control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo (segundo apartado), y pretensiones de Seguridad Social (último apartado). Lógicamente aquí interesa el primer punto, en tanto que es el que coincide con nuestro objeto de estudio. Téngase en cuenta, por último, la existencia de normas españolas específicas –de transposición de Directivas comunitarias– que incorporan reglas de competencia judicial internacional, a las que ya hemos tenido ocasión de referirnos, por ejemplo, a propósito del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

³⁴ Con las precisiones que luego se harán, conviene destacar ahora la incomprensible reacción del legislador nacional en la reforma de 2015, en el bien entendido que acopla las reglas de sumisión expresa a los mandatos comunitarios respecto de consumidores, asegurados y tomadores de seguros y no hace lo propio con los trabajadores. Similar crítica debe hacerse a la ausencia de reglas específicas respecto del foro del domicilio del demandado cuando quien demanda es un trabajador (artículo 22 quinquies para los colectivos en situación de debilidad antes enumerados).

³⁵ Afortunadamente, el TS ya ha integrado estas reglas de aplicación de la normativa de competencia judicial internacional, superando criterios no excesivamente correctos de épocas anteriores. Entre las sentencias que incorporan esta incontestable ordenación aplicativa destacan las STS 30-12-13, rec. 930/13; 18-5-16, rec. 3951/14.

³⁶ Nótese que el control de la competencia propia debe llevarse a cabo de oficio. Así lo ha entendido el TS, pues es cuestión de orden público procesal (STS 20-4-15, rec. 100/14; 30-12-13, rec. 930/13; 18-5-16, rec. 3951/14). Sobre esta temática, R. ARENAS GARCÍA, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996.

tados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas. 2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público».³⁷

Esta «llamada preferente» a los Tratados y convenios internacionales supone abrir la puerta al menos de forma directa y clara a los convenios bilaterales o multilaterales que nos obligan, a saber: CL II (convenio multilateral de los Estados de la Comunidad con los Estados del AELC); y CS, para las materias en ellos reguladas y dentro del ámbito espacial correspondiente —entre el CL II y el CS no hay jerarquía—³⁸. Queda claro, así, que estas normas deben aplicarse con preferencia respecto a las normas nacionales de competencia judicial internacional (LOPJ).

La entrada del Reglamento comunitario resulta, por su parte, además de la llamada expresa que ahora se contiene en la LOPJ a la normativa de la Unión Europea, del principio de primacía que ordena la relación entre el Derecho interno de los distintos Estados y el Derecho comunitario, fruto de la cesión relativa de soberanía que conlleva necesariamente la incorpora-

ción a una organización de estas características. Además, esta primacía del Derecho de la Unión le da preferencia no sólo frente a las normas de derecho nacional, sino incluso frente a los convenios internacionales citados *ut supra*.

De este modo, el espacio vital de las reglas estatales de competencia judicial internacional queda restringido a los supuestos en los que material o temporalmente no resulten aplicables ni el Reglamento Bruselas I bis, ni el CL II, ni el CS³⁹. En síntesis, se puede decir, respecto a la ordenación de la competencia judicial internacional, que el juez español debe aplicar en todo caso el Reglamento Bruselas I bis y, en su caso, el CL II —o el CB en los concretos territorios en los que mantiene vigencia—, y si es posible sus reglas de competencia judicial internacional. Si la aplicación expuesta no es viable el juzgador tendrá que comprobar si se está en alguno de los casos que da entrada al CS (domicilio del demandado en El Salvador o sumisión a los tribunales salvadoreños). Lógicamente la aplicación de este último convenio no obedece a criterio jerárquico alguno, sino simplemente a coincidencias espaciales. Por último, solamente la imposibilidad de aplicar las normas expuestas puede dar entrada a la regulación nacional, esto es: la LOPJ⁴⁰.

³⁷ La regla se completa con el art.36 de la LEC, que dispone que «1. La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concorra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público. 2.ª Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado. 3.ª Cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes».

³⁸ Su aplicación prioritaria podría resultar también de la asunción de la jerarquía normativa instaurada en el art.9.3º y 96 de la Constitución, y reiterada en el art.1.5º C.C. *Vid.* P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada, 2002, pág.41.

³⁹ Materialmente las normas expuestas se aplican a los asuntos civiles y mercantiles, con exclusión de algunas materias, espacio este último en el que podrían entrar las reglas correspondientes de la LOPJ (claro está siempre que esas materias no estén reguladas por otros convenios o normas comunitarias más específicas).

⁴⁰ Las reglas de competencia judicial del Reglamento Bruselas I bis, como adelantábamos, se aplicarán (en este caso por el juez español), cuando el demandado esté domiciliado en un Estado parte de la Unión, cuando concorra alguna competencia especial o exclusiva (sin efecto, esta última, en materia laboral), o en caso de sumisión expresa o sumisión tácita a nuestros tribunales, con independencia del domicilio del demandado, en los términos que veremos. Por su parte, las reglas del CL II se aplicarán, en lugar de las del Reglamento, cuando el demandado esté domiciliado en Islandia, Suiza, o Noruega, cuando existan competencias exclusivas a favor de uno de estos Estados (sin efecto en materia laboral), o cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a los tribunales de alguno de ellos. Y el CS debe regir cuando no resulten aplicables las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento ni del CL II, y se dé las circunstancias necesarias para resultar éste de aplicación.

En todo caso, es justo advertir que, salvo algunas matizaciones, los foros competenciales formulados en todas estas normas mantienen un paralelismo importante, de ahí la conveniencia de abordar su examen atendiendo a los fueros coincidentes o próximos aplicables a la materia laboral (contrato de trabajo), advirtiendo en su caso de las disparidades reseñables, en lugar de escudriñar uno a uno el contenido de cada norma. Esta técnica sólo se excepcionará para el estudio de los foros especiales por razón de la materia (relación de trabajo) contenidos en el Derecho internacional autónomo (LOPJ), por las sustanciales diferencias existentes con el resto de normas de competencia judicial internacional que vinculan al juez español.

Atendiendo a este método de estudio, y teniendo en cuenta que en la materia laboral no se formula competencia exclusiva alguna, este comentario se distribuirá siguiendo el mandato de jerarquía y de generalidad/especialidad ordenado en las propias normas, que, por lo que ahora interesa, impone la observación en primer lugar de las reglas sobre sumisión expresa y tácita, en tanto que priman frente al resto (al faltar competencias exclusivas, claro está), con las particularidades que veremos respecto a los acuerdos atributivos de competencia cuando se demanda al empresario. Ello no obstante, antes de adentrarnos en el estudio de la sumisión expresa y tácita se hará alguna reflexión sobre el foro del «domicilio del demandado», no porque jerárquicamente deba funcionar con preferencia respecto al resto de foros, sino porque se trata de una regla general que puede avalar la declaración de competencia del tribunal del foro (también en la materia laboral), y sobre todo porque es determinante, ya lo dijimos, en la elección de la norma aplicable —no en la selección de la regla de competencia judicial concreta, sino en la designación de la norma aplicable entre todas las de los distintos sistemas⁴¹.

Examinados, con la metodología propuesta, los criterios competenciales generales (do-

micilio del demandado y sumisión) se procederá a la evaluación de las reglas especiales de competencia formuladas para el contrato de trabajo. Si bien todo ello ha de venir precedido de una somera reflexión sobre la problemática de la calificación previa.

2.7. Cuestiones previas: carácter internacional del litigio y calificación

Las normas de competencia judicial internacional expuestas sólo tendrán espacio en el marco de un litigio laboral internacional, lo que obliga, de una parte, a deslindar este tipo de litigios, y, de otra, a la previa calificación de laboral de la prestación en liza. Ni el Reglamento Bruselas I bis, ni el resto de normas supraestatales, contienen reglas que permitan identificar con claridad qué litigios merecen tal consideración, lo que ha generado no poca polémica doctrinal y jurisprudencial. En todo caso, parece pacíficamente admitido que será la presencia de un elemento de extranjería lo que determine tal calificación⁴², con independencia del grado de repercusión que éste pueda tener en la relación contractual sujeta a pleito (puede bastar la nacionalidad extranjera de una de las partes)⁴³, y aunque demandado y demandante estén domiciliados en el mismo Estado o compartan nacionalidad si concurre otro componente de extranjería, como puede ser el lugar de celebración o ejecución del contrato. Además, el carácter internacional de la relación jurídica de que se trate, no tiene que derivar necesariamente en que, debido al fondo del litigio o al domicilio respectivo de las partes del litigio, estén implicados varios Estados

⁴² Sentencia de 14-11-2013, asunto C478/12, Armin Maletic, Marianne Maleticy lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH, apartado 26; de 19-12-2013, asunto C9/12, Corman-Collins SA y La Maison du Whisky SA, apartado 18, de 17-11-2011, asunto C327/10, Hypotečnibanka, apartado 29, de 19-7-2012, asunto C154/11, Ahmed Mahamdia y República Argentina Democrática y Popular, apartado 39.

⁴³ Sentencia de 17-11-2011, asunto C327/10, Hypotečnibanka a.s. y Udo Mike Lindner, apartado 35.

⁴¹ RIVAS VALLEJO M.P., «Competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo (I)», *REDT*, nº 71, 1995, p.132.

contratantes⁴⁴, pudiendo aplicarse aunque una de las partes tenga su domicilio en un tercer Estado⁴⁵. Ahora bien, no se aplican cuando el contrato de trabajo se ejecuta en su totalidad fuera del territorio de los Estados contratantes (Estados comunitarios y del AELC, y El Salvador, según el caso)⁴⁶, y no sea posible encontrar otro vínculo de conexión con el territorio de, al menos, un Estado contratante⁴⁷.

Más compleja se antoja la solución de la otra cuestión suscitada, pues si bien todas las normas citadas contienen al día de hoy (no siempre ha sido así), reglas específicas de competencia en materia de contrato de trabajo⁴⁸, carecen de criterios solventes para la previa *calificación* de la prestación litigiosa como laboral⁴⁹. La cuestión no es para nada baladí, habida cuenta de la inexistencia de un concepto unívoco de contrato de trabajo en la normativa de los Estados implicados⁵⁰. Y, ló-

gicamente, los foros especiales que en ellas se contienen únicamente tendrán cabida si la prestación se considera ciertamente laboral, en caso contrario, habrá de estarse a los foros generales de contratación. Desde esta perspectiva, el mutismo convencional es a todas luces criticable⁵¹, especialmente si se tiene en cuenta que el TJUE tiene dicho que la calificación del vínculo no puede resolverse sobre la base del Derecho nacional, sino de una manera autónoma que sea común a todos los Estados miembros⁵² –y que no tiene que coincidir con el concepto que se maneje con otros propósitos–, y homogénea respecto de la normativa de ley aplicable (Reglamento Roma I)⁵³.

Así las cosas, el enmudecimiento *legal* (a nivel comunitario y convencional) se suple mediante la doctrina del TJUE (antes del TJCE), evacuada básicamente a propósito de la interpretación del CB⁵⁴, pero que puede servir para el resto de instrumentos comunitarios respecto de las reglas que puedan calificarse de equivalentes⁵⁵. En todo caso, el concepto de contrato de trabajo, a estos exclusivos efectos (no así para otras materias), como no podía ser de otra manera, es lo suficientemente tímido o poco comprometido como para no poner en jaque ninguna concepción estatal⁵⁶. Así, se viene a identificar el

⁴⁴ Sentencias de 1-3-2005, asunto C281/02, Owusu, apartados 25 y 26, de 14-11-2013, asunto C478/12, Armin Maletic, Marianne Maleticy lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH, apartado 26; de 19-7-2012, asunto C154/11, Ahmed Mahamdiay República Argelina Democrática y Popular, apartado 39.

⁴⁵ El carácter internacional de una relación jurídica puede derivar de la circunstancia de que la situación controvertida en un litigio pueda plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales en el orden internacional (Sentencia de 1-3-2005, asunto C281/02, Owusu, apartado 26; de 17-11-2011, asunto C327/10, Hypote-nibanka a.s. y Udo Mike Lindner, apartado 30).

⁴⁶ Vid. STCE de 15 de febrero de 1989, asunto Six Constructions (32/88).

⁴⁷ STJCE de 27 de febrero de 2002, asunto Herbert Weber v. Universal Ogden Services Ltd (C-37/00).

⁴⁸ Sobre algunos de los fundamentos que sirven de base a tal inclusión, A. RODRÍGUEZ BENOT, «Algunos aspectos de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo: Derecho español y Convenios de Bruselas y Lugano», *La Ley. Comunidades Europeas*, nº69, 1991, pág.2-3.

⁴⁹ El propio TJUE ha admitido con naturalidad que la normativa comunitaria aquí aplicable –a propósito del Reglamento nº 44/2001– «no define ni el concepto de «contrato individual de trabajo» ni el de «trabajador»» (Sentencia Kiiski, C116/06, apartado 26). También Sentencia de 10-9-2015, asunto C-47/14, Holterman Ferho Exploitatie BV.

⁵⁰ Una de las mejoras del Reglamento Bruselas I bis respecto de su predecesor es que incorpora en el art. 2 una serie de definiciones de conceptos que emplea a lo largo de su cuerpo, pero entre ellos no se incluye la de contrato de trabajo.

⁵¹ Vid. E. JAYME, «La ubicación del artículo 5 en el sistema del Convenio. La competencia en materia contractual», en *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Aranzadi, Navarra, 1994, pág.89.

⁵² Sentencia de 19-7-2012, asunto C154/11, Mahamdia, apartado 42.

⁵³ STJUE de 11-3-2011, asunto C-29/10, Heiko Koelzsch contra État du Grand Ducado de Luxemburgo.

⁵⁴ Sentencia de 10-9-2015, asunto C-47/14, Holterman Ferho Exploitatie BV.

⁵⁵ Sentencia de 16-7-2009, asunto C189/08, ZuidChemie, apartado 18, de 4-5-2010, asunto C533/08, TNT Express Nederland, apartado 36, de 14-11-2013, asunto C478/12, Armin Maletic, Marianne Maleticy lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH, apartado 26; de 17-11-2011, asunto C327/10, Hypotečnibanka a.s. y Udo Mike Lindner, apartado 29.

⁵⁶ En cuanto al concepto de «trabajador», como se advierte en la sentencia de 10-9-2015, asunto C-47/14, Holterman Ferho Exploitatie BV, «el Tribunal de Justicia ha declarado, en la interpretación del artículo 45 TFUE y de varios actos legislativos de la Unión, como la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de

contrato de trabajo con aquel negocio jurídico bilateral que tiene por finalidad la creación de relaciones de prestación de servicios de carácter duradero⁵⁷, en las que el trabajador queda integrado en el marco de una organización ajena (empresa o empleador), naciendo «un vínculo de dependencia respecto del empleador»⁵⁸, por el que, se entiende, éste es retribuido⁵⁹.

Esta concepción, por lo demás muy próxima a la nuestra, sirve sin duda en los casos

octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1), que la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución (véase, en el contexto de la libre circulación de trabajadores, la sentencia LawrieBlum, 66/85, EU:C:1986:284, apartados 16 y 17, y, en el contexto de la Directiva 92/85, la sentencia Danosa, C232/09, EU:C:2010:674, apartado 39). Procede tener en cuenta igualmente esos elementos en relación con el concepto de «trabajador», en el sentido del artículo 18 del Reglamento nº 44/2001».

⁵⁷ Por descontado, el carácter duradero a que se refiere no puede utilizarse como pretexto para excluir las relaciones temporales de prestación de servicios. Indirectamente alude el Tribunal a los siguientes requisitos: desarrollo de una actividad de servicios, retribuida, dependiente y en el marco de una organización ajena. Si bien, conviene advertir que la contraprestación debe ser entendida *latu sensu*, comprendedora tanto de las retribuciones salariales en sentido estricto, como de las de otra índole (seguridad y salud, formación, promoción, etc.). P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, op. cit., p. 61.

⁵⁸ Vid. SSTJCE de 15-1-1987, asunto C-266/85, Shenavai v. Kreisler, de 8-3-1988, C-9/87, asunto SPRL Arcado v. SA Haviland, y de 15-2-1989, asunto C-32/88, Soc. Six Constructions v. Humbert. Vid. sobre la enumeración de estos requisitos en las sentencias citadas, R. CARO GÁNDARA «Competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de ciberempleo», AJA, nº355, 1998, pág.3-4. También apartado 41 del Informe de los Sres. P. Jenard y G. Möller relativo al Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988, según el cual, en lo que respecta al concepto autónomo de «contrato de trabajo», se podrá considerar que supone un vínculo de dependencia del trabajador con respecto al empleador.

⁵⁹ A. RODRÍGUEZ BENOT, «Algunos aspectos de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo ...», loc. cit., pág.2.

poco problemáticos en los que las partes han formalizado un negocio para obligarse mutuamente a prestar servicios de forma dependiente y por cuenta ajena a cambio de una retribución, pero cuando no existe vínculo formalizado de ningún tipo o cuando se trata de prestaciones fronterizas, y una de las partes rechaza el carácter laboral de la relación⁶⁰, los parámetros jurisprudenciales expuestos resultan claramente insuficientes. Precisamente por la dificultad que puede plantear este primer pronunciamiento que, por lo demás, no pretende solucionar el fondo del asunto, sino simplemente tomar postura sobre la aplicación de unas u otras reglas de competencia judicial, y porque el problema de la calificación se repite con la determinación de la ley aplicable cuando las partes no comparten opinión respecto a la naturaleza jurídica de la relación, parece sensato admitir en esta primera fase una calificación más general o menos rigurosa, que, partiendo de la habitual posición de debilidad de quien presta servicios, procure en la medida de lo posible la entrada de los foros que juegan en la materia laboral, aunque la actividad pueda generar ciertas dudas, siempre que aparezca algún elemento que permita intuir que la prestación puede ser laboral⁶¹.

Sólo en los casos especialmente problemáticos, en los que no es posible localizar algún elemento de laboralidad sin acercarse al fondo del asunto, el juez deberá realizar una indagación más intensa buscando la mayor coherencia entre su pronunciamiento y el que resuelva el litigio. Para ello no parece desatinado que el juez del foro —al que la fórmula del TJUE no le resulta suficiente—, haga una primera valoración de la relación conforme a la norma que previsiblemente regirá el contrato. Si bien, como es lógico, esta primigenia apreciación de la relación en modo alguno vincula-

⁶⁰ Por descontado, si las dos partes aceptan que la relación es laboral, no será el juez quien tenga que cuestionárselo, al menos no en esta primera fase.

⁶¹ P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, op. cit., p. 61

rá al juez (el mismo o a otro si el primero no es competente) en posteriores calificaciones⁶².

Nótese, en todo caso, que la fórmula del TJUE sólo puede ser empleada por el juez del foro cuando pretende pronunciarse sobre su competencia aplicando las reglas del Reglamento Bruselas I bis, del CL II, o del CB. Cuando es la LOPJ la que ha de aplicar el juez español atenderá a lo que *grosso modo* se entiende por contrato de trabajo en nuestro sistema. También podrá acudir a este mismo criterio, por la irremediable *vis atractiva* de los conceptos nacionales, cuando conozca del caso desde el CS.

3. EL DOMICILIO DEL DEMANDADO COMO FORO GENERAL DE COMPETENCIA

Tal como advertíamos, el domicilio del demandado a la fecha de la presentación de la demanda⁶³, es un criterio determinante a la hora de averiguar cuál es la norma de competencia judicial internacional aplicable⁶⁴, pero también sirve como foro general de competencia, conforme al cual las personas domiciliadas en un Estado contratante quedarán, en principio, sometidas a la jurisdicción de dicho

Estado⁶⁵. Si bien, este foro cede *siempre*, en materia laboral, cuando existe una prórroga de competencia ajustada a las exigencias normativas correspondientes, y *puede* desplazarse cuando funcionan las reglas especiales de competencia formuladas para proteger a la parte más débil de la relación contractual. En este último caso, conviene advertir que la existencia de competencias especiales no inhabilita la regla general del domicilio del demandado, ambos fueros conviven con un sistema de alternancia, absoluta en unos casos y relativa en otros. Así, en el CB (art. 2), y en el CS (art. 3), se formula la regla general (el demandado domiciliado en un Estado será juzgado en ese Estado), con advertencia de que también podrá ser demandado el sujeto, a elección del demandante, en el territorio del lugar donde hubiera o debiera ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda (regla especial en materia contractual), especificando cuál es este territorio cuando el contrato es laboral mediante la incorporación de reglas específicas⁶⁶.

Por su parte, el Reglamento Bruselas I bis (art. 22.1) y el CL II (art. 20.1), sólo reconocen este derecho de opción, entre el domicilio del demandado y los foros especiales, al trabajador. Así, mientras éste podrá demandar al empresario ante los tribunales de su domi-

⁶² Sobre el concepto de empresario a estos efectos, STJUE de 15-12-11, asunto C-384/10, Jan Voogsgeerd contra Navimer SA.

⁶³ A. TODOLI SIGNES, «La competencia judicial internacional del contrato...», *loc. cit.*

⁶⁴ Conviene recordar, en este sentido, que si el demandado está domiciliado en un Estado de la Unión el juez español debe acudir en primer término al Reglamento Bruselas I bis, si lo está en un Estado firmante del AELC al CL II, si tiene su domicilio en los territorios correspondientes al CB, y si está domiciliado en El Salvador al CS. Cuando el demandado no esté domiciliado en ninguno de los Estados mentados y quede descartada la aplicación del Reglamento Bruselas I bis (nótese que el Reglamento se aplica aun cuando el demandado está domiciliado en un Estado extracomunitario) porque temporalmente no resulte aplicable (y tampoco lo sea Bruselas I), podrá el juez español acudir a la LOPJ, que también hace mención a la regla general del domicilio del demandado, declarando la competencia de los tribunales españoles cuando tal domicilio se encuentre en territorio nacional (art.22.2º *in fine*).

⁶⁵ Su elección supone el rechazo de la nacionalidad como criterio alternativo, lo que resultó en su día una novedad del CB, extendida después al resto de la normativa. Con la formulación como foro general del domicilio del demandado, que constituye la expresión del adagio *actor sequitur fórum rei*, se pretende acercar el órgano judicial competente a la situación actual de las partes para facilitar su defensa -STJCE de 17-6-1992, asunto C-26/91, Handte; y el Informe del Sr. Jenard relativo al Convenio de Bruselas (DO 1979, C 59, pág.1-ss, especialmente pág.18; DO 1990, C 189, pág.122 y 138-, en el bien entendido de alcanzar también la aplicación de las normas de competencia judicial a los nacionales de otros Estados que tuviesen su domicilio en el ámbito comunitario o del AELC, ampliando con ello considerablemente el radio de acción de la normativa correspondiente. Esta exclusión de la nacionalidad no se ha producido, como veremos, en la normativa interna.

⁶⁶ M. GUZMÁN ZAPATER, «El artículo 5.1º del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial...», *loc. cit.*, pág.409.

cilio o ante los que resulten del juego de los foros especiales en materia laboral, pudiendo elegir uno u otro foro libremente —en función del que le resulte más cómodo para litigar—, el empresario únicamente podrá demandar al trabajador ante los tribunales de su domicilio, no teniendo la posibilidad de interponer la demanda ante los tribunales previstos en las reglas especiales en materia laboral⁶⁷. El evidente propósito protector del trabajador adquiere, además, su cota máxima con la nueva regla del art. 21.2 Reglamento Bruselas I bis —inexistente en el resto de normas de competencia—, que permite demandar al empresario con domicilio en un tercer Estado ante los tribunales del país al que se atribuya competencia por los foros laborales especiales, aunque no tenga en dicho territorio una sucursal o agencia. Lo que, *de facto*, ha convertido el foro general en criterio absolutamente residual en el ámbito laboral, en el que, por lo general, es el empresario el demandado⁶⁸.

Téngase en cuenta, además, que el foro se acompaña de reglas específicas para localizar el domicilio de las personas físicas, aclarando al juzgador qué norma debe aplicar a tal efecto. Así, el Reglamento Bruselas I bis advierte que, si una parte no está domiciliada en el Estado correspondiente a dichos tribunales, pero sí en otro Estado miembro, el órgano judicial de referencia debe acudir a la legislación de ese otro Estado para comprobar tal circunstancia (art.62.2), aplicando al efecto su propia legislación cuando la parte esté domiciliada en su territorio (art. 62.1). En el caso de las personas jurídicas el Reglamento directamente apuesta por la definición autónoma del domicilio, al señalar que una persona jurídica o una sociedad se entenderá que está

domiciliada en el lugar en que se encuentre su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal (art.63)⁶⁹. La regla se repite en el CL II (art. 60)⁷⁰.

Aunque no se advierte expresamente en el Reglamento parece que estos tres criterios funcionan de forma alternativa, de manera que la concurrencia de uno de ellos es suficiente para localizar en ese Estado el domicilio de la persona jurídica, aun cuando éste no coincida con el que asigne la *lex societatis*⁷¹. Con ello, se pretenden evitar los conflictos positivos y negativos de competencia generados por el juego de las normas de Derecho privado internas. Además, conviene recordar que conforme al Reglamento Bruselas I bis un empresario domiciliado en un tercer Estado se considerará que tiene su domicilio en el territorio del Estado parte en el que tenga una sucursal, agencia o establecimiento para todos los litigios derivados de su explotación.

Por último, es cierto que también la LOPJ, permite al juez español declararse competente si el demandado tiene en nuestro territorio su

⁶⁹ Para el supuesto más singular de que se trate de un *trust* el Reglamento manda aplicar las reglas de Derecho internacional privado propias del foro competente (art.63.3).

⁷⁰ En el CB se hace una llamada a la ley interna cuando la persona es física (art.52) y a las normas de derecho internacional privado cuando la persona es jurídica, asimilando en este último caso domicilio y sede (art.53). A esta regla habrá de añadirse la propia del establecimiento secundario, especialmente útil en materia laboral, conforme a la cual, en los litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualesquiera otros establecimientos, se podrá demandar al sujeto ante los tribunales del territorio en que se hallaren sitios, teniendo en cuenta que el TJUE entiende por establecimiento secundario el que depende de la sociedad matriz. *Vid.* SSTJE de 6-10-1976, asunto C-14/76, De Bloos v. Bouyer, de 22-11-1978, asunto C-33/78, Somafer v. Saa-Ferngas, de 18-3-1981, asunto C-139/80, Blanckaert y Wilems v. Trost, de 6-4-1995, asunto C-439/93, Lloyd's Register of Shipping v. Societe Campeon Bernard. Por su parte, en el CS nada se dispone al efecto, pero como sólo podrá aplicarse cuando el demandado alegue estar domiciliado en El Salvador, el juez español aplicará las normas de aquel Estado para ver si efectivamente concurre tal circunstancia.

⁷¹ P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales ...*, *op. cit.*, pág.67.

⁶⁷ *Vid.* J. GARCÍA MURCIA y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La nueva regulación de la competencia ...», *loc. cit.*, pág.50-51.

⁶⁸ Nótese que las normas no aclaran expresamente si en caso de varios demandados bastaría con que uno de ellos tuviese su domicilio en dicho Estado para declarar su competencia —aunque el resto lo tengan en otros Estados igualmente obligados por la norma—. Aunque algún tribunal así lo ha entendido. Sobre esta cuestión, A. TODOLI SIGNES, «La competencia judicial internacional del contrato ...», *loc. cit.*, p. 4.

domicilio⁷². Ahora bien, conviene tener presente que el ya de por sí restringido juego de la LOPJ queda respecto de este foro más reducido aún, en tanto que si el demandado tiene en España su domicilio habría que da entrada directamente al Reglamento Bruselas I bis. En todo caso, como es uno de los foros específicos en materia laboral, retomaremos su análisis en el momento correspondiente⁷³.

4. EL ESPACIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE (SUMISIÓN EXPRESA Y TÁCITA)

4.1. Preferencia absoluta de la sumisión tácita en los litigios laborales

La sumisión tácita, que se regula de igual modo en el CB (art.18), CL II (art. 24), Reglamento Bruselas I bis (art.26) y CS (art.5.1º), supone el acatamiento por el demandado de la competencia de los tribunales ante los que el demandante ha decidido interponer la demanda. Aunque no se alude expresamente a ella en la LOPJ en el precepto consagrado a la contratación laboral, sí la regula el legislador nacional a propósito de las reglas generales (art.22. bis), sin que genere suspicacias su entrada en el ámbito laboral⁷⁴.

⁷² Con las precisiones que luego se harán, conviene destacar ahora la incomprensible reacción del legislador nacional en la reforma de 2015, en el bien entendido que acopla las reglas de sumisión expresa a los mandatos comunitarios respecto de consumidores, asegurados y tomadores de seguros y no hace lo propio con los trabajadores. Similar crítica debe hacerse a la ausencia de reglas específicas respecto del foro del domicilio del demandado cuando quien demanda es un trabajador (artículo 22 quinquies para los colectivos en situación de debilidad antes enumerados).

⁷³ Vid. STS 12-6-2003, rec. 4231/2002 (aplica el foro del domicilio del demandado, Ministerio Público español, pese a que el resto de elementos remitan a Colombia).

⁷⁴ Cuando el juez deba pronunciarse sobre su competencia conforme a la LOPJ, el tratamiento de la sumisión tácita quedará condicionado a las reglas previstas en la LEC.

Esta regla competencial ocupa la cúspide en el orden de preferencia que determina la aplicación de las reglas de competencia judicial, en tanto que en la materia laboral no funciona ninguna competencia exclusiva, y los acuerdos atributivos de competencia quedan desplazados cuando el demandado se somete tácitamente al tribunal ante el que el demandante litiga⁷⁵. Para que el juez del foro pueda declararse competente por la entrada de la sumisión tácita es preciso que el demandado comparezca ante el órgano judicial y no impugne su competencia⁷⁶, es decir: que se limite a defenderse en cuanto al fondo de la demanda⁷⁷, o incluso a reconvenir sobre un punto concreto de ésta⁷⁸.

Su juego en los litigios laborales no suscita ningún problema, ni genera desprotección alguna para el trabajador, habida cuenta que el demandado, que es quien asume tácitamente la competencia del juez del foro, suele ser el empresario, y la sumisión tácita actúa siempre *a posteriori* (una vez exteriorizado judicialmente el conflicto), lo que aborta, en principio, cualquier riesgo de imposición derivada de la dependencia que el trabajador

⁷⁵ Es irrelevante, a tal efecto, que el acuerdo atributivo previo atribuyese competencia a un Estado parte o a un tercer Estado (sentencia de 17-3-2016, asunto C-175/15, Taser International Inc. Y SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anestiesiu, apartado 23).

⁷⁶ Vid. SSTJCE de 27-4-1999, asunto C-99/96, Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV, de 13 7-2000, asunto C-412-98, Group Josi Reinsurance Company S.A. v. Universal General Insurance Company (UGIC). Es preciso, si impugna la competencia, que dicho rechazo quede suficientemente claro (STJUE 27-2-2014, asunto C-1/13, Cartier parfums, apartado 37).

⁷⁷ Obviamente, para ello, es necesario que el demandado haya sido correctamente notificado y conozca el procedimiento que contra él se entabla (STJUE 11-9-2014, asunto C-112/13, A y B y otros).

⁷⁸ Sobre la interpretación que deba darse a la reconvencción, M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, «Sobre la interpretación del art.6.3º del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», *REDI*, nº2, 1997, pág.47-75. También, R. ARENAS GARCÍA, «Falta de impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC 2000», *AEDIP*, I, 2001, pp. 155-159.

debe al empresario⁷⁹. En otras palabras, si el trabajador en los excepcionales casos en los que sea él el demandado asume tácitamente la competencia de los tribunales elegidos por el empresario demandante será porque en modo alguno le perjudica la renuncia a los foros tuitivos de competencia formulados en las normas correspondientes, o porque directamente le resulta más cómodo litigar en el territorio elegido por el empresario⁸⁰. De todos modos, por si pudiera quedar algún resquicio de protección al trabajador (por ejemplo, porque desconoce cómo oponerse a la jurisdicción o cuáles son sus opciones competenciales cuando se le demanda), el Reglamento Bruselas I bis garantiza el pleno conocimiento de la situación por parte del empleado, al disponer el art. 26.2 que si la demanda se formula contra el trabajador «... el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia [...] de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no».

Su entrada, además, puede producirse aunque ninguna de las partes tenga domicilio en dicho territorio⁸¹, y aunque no exista un vínculo objetivo con el mismo.

4.2. El limitado juego de los acuerdos atributivos de competencia en materia laboral

Los tribunales ante los que se presenta una demanda relativa a un contrato de trabajo pueden igualmente declararse competentes si existe un acuerdo entre las partes que así

lo disponga⁸². Siempre que dicho acuerdo se ajuste a los requisitos de validez material⁸³ y formal formulados en cada norma⁸⁴ —parcialmente coincidentes en todas ellas⁸⁵—, en concreto en lo relativo a la exigencia de forma escrita o ratificación escrita (incluidos medios

⁸² Los tribunales deben respetar estas atribuciones competenciales, aunque tengan dudas de la imparcialidad del tribunal al que remitan (STJUE de 21-5-2015, asunto C-352/13, *Cártel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA versus Akzo Nobel NV* y otros, fundamento 63). Por razones obvias, todos los textos a considerar limitan el efecto de estos acuerdos a la *prorrogatio fori* (atribución de competencia a favor de los tribunales de un Estado parte), excluyendo la *derogatio fori* (atribución de competencia a favor de los tribunales de un tercer Estado, no parte). *Vid.* STJCE 9-11-2000, asunto C-387/98, *Coreck Maritime GmbH y Handelsveem BV* y otros y STJUE 15-11-2012, asunto C-456/11, *Gothaer*, fundamento 36. Sobre los efectos de la *prorrogatio* y la *derogatio fori*, M. GUZMÁN ZAPATER, «El artículo 5.1º del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial ...», *loc. cit.*, pág. 405.

⁸³ La constatación de posibles vicios en el consentimiento se someterá a las normas internas del juez del foro (art. 25.1 Reglamento Bruselas I bis).

⁸⁴ En el Reglamento Bruselas I bis hay una novedad de interés, que no aparecía en su precedente, a saber: los acuerdos atributivos de competencia funcionan con carácter general con independencia del domicilio de las partes (art. 25.1). Cuanto resulte de aplicación el CL II, o el CB, es preciso tener en cuenta que, si ninguna de las partes del acuerdo está domiciliada en un Estado contratante, los tribunales de los demás Estados contratantes sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados declinen su competencia. Esta fórmula permite la entrada de acuerdos atributivos de competencia a favor de los tribunales de un Estado parte, aunque demandado y demandante estén domiciliados en un tercer Estado. Ahora bien, el juez del foro, en este caso el juez español, deberá comprobar si es competente conforme a sus normas internas. Aunque el CS no exija expresamente el domicilio de alguna de las partes en España o El Salvador para que el juez español pueda declararse competente por la existencia de un acuerdo atributivo a su favor, el funcionamiento general de estas normas basta para que esta regla adquiera plena operatividad en un sentido. En concreto, es preciso que el demandado esté domiciliado en El Salvador, pero además es necesario que no esté domiciliado en España, pues en tal caso el juez del foro tendría que acudir en primer término al Reglamento. Ahora bien, esta regla como se puede intuir funciona sólo para el juez español.

⁸⁵ En lo relativo a los requisitos que afectan a la capacidad y demás cuestiones exigibles para predicar la validez del convenio de sumisión se acudirá a las normas de conflicto del ordenamiento del juez competente (M. GUZMÁN ZAPATER, «El artículo 5. 1º del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial ...», *loc. cit.*, pág. 405).

⁷⁹ STJUE 20-5-2010, asunto C-111/09, *Muchal Bilas*, apartado 21 a 24.

⁸⁰ El hecho de que el Reglamento Bruselas I bis señale que el empresario sólo puede demandar al trabajador donde tenga su domicilio no parece óbice para dar entrada a la sumisión tácita por las razones expuestas.

⁸¹ Sentencia de 17-3-2016, asunto C-175/15, *Taser International Inc. Y SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*, apartado 21.

electrónicos si se garantiza un registro duradero del acuerdo, según el art. 25.2 Reglamento Bruselas I bis)⁸⁶, o diseño conforme a los hábitos que las partes hubiesen establecido entre ellas⁸⁷. Y no contravenga las reglas específicas de protección del trabajador, en su condición de parte débil del contrato⁸⁸.

En materia laboral, los acuerdos atributivos de competencia sólo se admitirán si no son una imposición de la parte empresarial⁸⁹. Así las cosas, con unas u otras expresiones, todos los textos europeos –Reglamento Bruselas I bis (art. 23), CL II (art. 21) y CB (art. 17)– atribuyen eficacia a los acuerdos posteriores al litigio o a los anteriores si es el trabajador el que los invocaba y lo hace para cimentar la competencia de los tribunales ante los que presenta la demanda, no siendo éstos ni los que corresponden al domicilio del demandado,

⁸⁶ Sobre el alcance de esta posibilidad, STJUE 21-5-2015, asunto C-322/2014, Jaouad El Majdoub versus Cars On The Web. Deutschland GmbH, fundamento 39. Sobre este punto, R. SERRANO OLIVARES, «Comunicaciones a través de Internet y seguridad jurídica», *RL*, nº 8, 2005, pág. 86.

⁸⁷ Es necesario añadir que, según jurisprudencia comunitaria, la validez de una cláusula atributiva de competencia debe examinarse en las relaciones entre las partes del contrato inicial (véanse, en este sentido, las sentencias de 19-6-1984, asunto 71/83, Till y Russ, y de 16-3-1999, asunto C-159/97, Castelletti). De ello se deduce que los requisitos de aplicación deben apreciarse respecto de estas mismas partes, que incumbe al tribunal nacional identificar. Sobre las condiciones en las que una cláusula atributiva de competencia puede ser invocada frente a terceros respecto del contrato inicial son objeto de otra cuestión, STJCE de 9-11-2000, asunto C-387/98, Coreck Maritime GmbH y Handelsveem BV y otros.

⁸⁸ En este sentido, la exigencia de forma escrita no queda cubierta, tal como advirtió en su día el TJCE, con la inclusión de un acuerdo de este tipo en las condiciones generales del contrato (a propósito de un contrato de venta) (STJCE de 14-12-1976, asunto 24/76, Salotti)–, y si se trata de un acuerdo verbal confirmado *a posteriori* será necesario que la confirmación escrita de una de las partes sea recibida por la otra y ésta no formule objeción alguna –STJCE de 11-7-1985, asunto 221/84, Berghoef v. ASA–.

⁸⁹ En la STJCE de 15-2-1989, asunto C-32/88, Six Constructions v. Humbert (dictada cinco días antes del inicio de las negociaciones para la adhesión de España y Portugal al CB), el Tribunal ya dejaba constancia de la necesidad de proteger al trabajador, pero de hacerlo rompiendo la excesiva rigidez mostrada por el CL, que sólo aceptaba los acuerdos nacidos con posterioridad al litigio.

ni los que serían competentes en atención a las reglas especiales de competencia en materia laboral⁹⁰. De este modo, los acuerdos atributivos que puede invocar el empresario son los posteriores al litigio y los que puede invocar el trabajador son éstos y los anteriores que le ofrezcan foros competenciales que no estén previstos en la norma en cuestión⁹¹.

Por último, como sucedía con la sumisión tácita, la única mención que a la *prorrogatio fori* se hace en la LOPJ se localiza en el art.22 bis, aplicable a las demandas civiles. Su traslación al proceso laboral no plantearía en principio ningún problema, como se hizo con la sumisión tácita, si no fuese porque la ausencia de previsión expresa alguna sobre este punto en el art. 25 abriría las puertas a los acuerdos atributivos de competencia en igual medida a empresarios y trabajadores. Posibilidad especialmente incomprensible tras la reforma de 2015, que sí se ha aprovechado para incorporar los términos del Reglamento Bruselas I bis para el resto de colectivos en situación de debilidad⁹². Para evitar este mal, la doctrina ha optado por entender que el silencio del art. 25 LOPJ equivale a una negación de la entrada de la autonomía de la voluntad para atribuir competencia a los tribunales españoles en la materia laboral⁹³, cierre que no se preci-

⁹⁰ Sobre la validez de estos acuerdos de sumisión, STJUE de 19-7-2012, asunto C-154/11, Ahmend Mahamdia, SSTs 30-12-13, rec. 930/13; 20-4-15, rec. 100/14.

⁹¹ En este sentido, STS 12-6-2003, rec. 4231/2002.

⁹² Apartado 1 del art. 22.bis: «... No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los artículos 22 quáter, 22 quinquies, 22 sexies y 22 septies, o si excluyen la competencia de los órganos judiciales españoles exclusivamente competentes conforme lo establecido en el artículo 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos. La sumisión a los Tribunales españoles en las materias contempladas en las letras d) y e) del artículo 22 quinquies sólo será válida si se fundamenta en un acuerdo de sumisión posterior a que surja la controversia, o ambos contratantes tuvieran ya su domicilio o residencia habitual en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor, asegurado o tomador del seguro».

⁹³ E. ZABALO ESCUDERO, «La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de

sa para la sumisión tácita en tanto que su carácter necesariamente posterior al nacimiento del litigio conjura los riesgos expuestos⁹⁴.

5. LOS FOROS ESPECIALES EN MATERIA LABORAL DE LA NORMATIVA COMUNITARIA Y CONVENCIONAL

El Reglamento Bruselas I bis apuesta claramente por la protección procesal del trabajador ofreciéndole foros específicos, que se le niegan al empresario. En este empeño protectorista ha ido incluso más allá de lo que ya preveía su antecesor, pergeñando un abanico de foros a medida de las necesidades del empleado, formulados en una sección específica, la quinta –también así en el precedente⁹⁵. Así,

trabajo», *REDI*, nº2, 1986, pág.627; A. RODRÍGUEZ BENOT, «Algunos aspectos de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo ...», *loc. cit.*, pág.10; P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales ...*, *op. cit.*, pág.181. En la STSJ de Madrid de 10-12-1998 (AS.4386), se rechaza la validez de un acuerdo atributivo de competencia a favor de los tribunales extranjeros en un supuesto en el que el actor había venido prestando servicios para la Embajada de España en Abidjan (Costa de Marfil), por lo que sólo podían aplicar los tribunales españoles la LOPJ. Si bien, es justo advertir que la aceptación de este acuerdo atributivo hubiese sido un acto de *derogatio fori* no de *prorogatio fori*. En general, M. CASADO ABARQUERO, *La Autonomía de la Voluntad en el Contrato de Trabajo Internacional*, Aranzadi, 2008.

⁹⁴ Con todo, es justo advertir que, como bien señala la doctrina, esta intolerancia de la sumisión expresa en materia laboral de la LOPJ tiene poca relevancia habida cuenta que los tribunales españoles (que sería a quienes se atribuiría competencia en un hipotético acuerdo atributivo) podrán declararse competentes para el conocimiento del litigio por la vinculación del asunto a España a través de una amalgama de foros especiales, cuya amplitud hace difícil pensar en un litigio laboral con vinculación con el territorio español del que no puedan conocer nuestros tribunales. En este sentido, E. ZABALO ESCUDERO, «La competencia judicial internacional de los tribunales españoles ...», *loc. cit.*, pág.627-8.

⁹⁵ Estos foros funcionan «... sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el artículo 7, punto 5, y, en caso de demanda interpuesta contra un empresario, el artículo 8, punto 1». Esta salvedad, en realidad, no tiene virtualidad, toda vez que el art. 7.5 formula una regla para sucursales, agencias y establecimientos equivalente a la del art. 20.2; el art. 6 formula la regla general de no aplicación en caso de estar el demandado domiciliado en un tercer Estado –que, ya veremos, no funciona

las cosas, en el ámbito del Reglamento, si es el trabajador quien demanda al empresario domiciliado en un Estado miembro podrá hacerlo ante los tribunales del territorio: –en el que desempeñe habitualmente su trabajo, –«desde el cual» lo lleve a cabo, –del último lugar en el que lo haya desempeñado, o –del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que lo empleó si éste no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado (art.21.1.b)⁹⁶.

Este amplio listado de foros se incrementa, además, con la regla ya vista del art. 21.2, según el cual «Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b)». Es decir, los enunciados foros especiales pueden ser alegados por el trabajador incluso aunque

para demandar al empresario y que dispone de regla específica cuando el demandado es el trabajador–; y que el juego del art. 8.1, para el caso de existir varios demandados, ha sido expresamente excluido por el propio TJUE en los litigios laborales. Aunque referida a su predecesor, es ilustrativa la STJUE 10-9-2015, asunto C47/14, Holterman Ferho Exploitatie BV, que advierte que «A este respecto, cabe recordar que las disposiciones que contiene la sección 5 tienen un carácter no sólo específico, sino además exhaustivo (sentencia Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline, C462/06, EU:C:2008:299, apartado 18). [...] Si, tras el examen del conjunto de elementos mencionados *supra*, el tribunal remitente observase que el Sr. Spies von Büllesheim, en su condición de director y administrador, estaba ligado a Holterman Ferho Exploitatie por un «contrato individual de trabajo», en el sentido del artículo 18, apartado 1, del Reglamento nº 44/2001, deberá aplicar las reglas de competencia establecidas en el capítulo II, sección 5, del Reglamento nº 44/2001». Sentencia Glaxosmithkline y Laboratoires Glaxosmithkline, C462/06, apartado 18. Así se sostiene en esta sentencia respecto de la regla específica para varios demandados, cuyo juego descarta el TJUE por entender que la entrada de la sección específica de contratación laboral cierra las puertas a esta regla general.

⁹⁶ Sobre la relevancia del lugar en el que el trabajador ha establecido el centro efectivo de sus actividades cuando se quiere concretar cuál es el tribunal competente y el trabajador presta servicios en distintos Estados, puede verse la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala sexta) de 9 de enero de 1997, Asunto C-383/95, Petrus Wilhelmus Rutten contra Cross Medical Ltd. En general sobre el juego de estos foros, STS 30-12-13, rec. 930/13.

el empresario tenga su domicilio en un tercer Estado, lo que supone desplazar, como ya vimos, la exigencia general de aplicación del Reglamento –domicilio del demandado en un Estado parte–. Este foro adicional habrá de combinarse con el previsto en el art. 20.2, que dispone que el trabajador que contrate con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado de la Unión, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, puede demandarle ante los tribunales de dicho territorio (art.20.2)⁹⁷. Es cierto que este foro competencial, que resultaba de particular relevancia para permitir la presentación de la demanda ante un tribunal de la Unión cuando el empresario tenía su domicilio en un tercer Estado, pierde ahora buena parte de su virtualidad, al permitirse la alegación de los foros especiales también frente al empresario con domicilio en tercer Estado. No obstante, no ha quedado absolutamente neutralizado, en la medida en que esta regla para las sucursales y agencias puede emplearse para demandar en un Estado diferente (aunque el empresario esté domiciliado en otro Estado parte), esto es: en el que esté sito dicho establecimiento, lo que puede acontecer en un territorio diferente al lugar de desempeño efectivo de la actividad.

En todo caso, para que el trabajador pueda demandar ante los tribunales en los que se encuentra la sucursal, agencia o establecimiento del empresario que no es su domicilio «legal», es necesario que el litigio traiga su causa en la «explotación» de dicha agencia, sucursal o establecimiento⁹⁸. No se aclara qué ha de entenderse por «explotación», pero parece sensato decantarse por una interpretación amplia, en el sentido de poder acudir a esta regla siempre que el contrato laboral en el que traiga su causa la demanda muestre alguna conexión con la agencia, sucursal o establecimiento, ya

sea porque fue éste el lugar de contratación (lo que daría entrada al foro del lugar de contratación para los trabajadores que no prestan servicios en varios Estados); el centro de trabajo en el que el trabajador presta o ha prestado servicios (lo que coincide con el foro del lugar de prestación de servicios); el centro en el que se adoptó la decisión empresarial que el trabajador ataca en la demanda; el lugar de pago del salario; el lugar al que ocasionalmente fue enviado el trabajador cuando ataca esa decisión, etc.

Por lo que se refiere a qué ha de entenderse por agencia, sucursal o establecimiento, el TJUE lo vincula a *centro de operaciones con una mínima estabilidad*, que sirve como prolongación de la casa matriz, y que está equipado materialmente para poder concluir negocios con terceros⁹⁹. Basta, así, con que el establecimiento en cuestión se presente al exterior como una prolongación mínimamente estable de la sociedad madre en ese territorio¹⁰⁰. Es importante, en este sentido, no imponer una coincidencia con un centro de trabajo, sujeto en cada ordenamiento a requisitos propios, y mucho menos obligar a que el trabajador preste sus servicios en la sucursal, agencia o establecimiento en cuestión.

Esta ultra-protección del trabajador que prevé el Reglamento Bruselas I bis no es predicable, en los mismos términos, del resto de normas en juego –CL II y CS, esencialmente–¹⁰¹. Es cierto que CL II, en tanto que se aco-

⁹⁹ STJCE de 22 de noviembre de 1978, asunto Somafer v. Ferngas, 33/78; 19-7-2012, asunto C-154/11, Mahamdia; STS 30-12-13, rec. 930/13.

¹⁰⁰ Vid. A. DEL RÍO PASCUAL, «Noción de sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en el art.5.5º del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», *Noticias de la CEE*, nº49, 1989, pág.135-ss; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «El lugar de situación de las sucursales, agencia o cualesquiera otros establecimientos como criterio determinante de la competencia judicial internacional», *La Ley. Comunidades Europeas*, 29 de febrero de 1988, pág.1-ss.

¹⁰¹ En los excepcionadísimos casos en los que resulte de aplicación del CB, el juez español que conozca del asunto podrá declararse competente para el conocimiento del litigio si el trabajador desempeña habitualmente su trabajo en España, o,

⁹⁷ Sobre el juego alternativo de estos foros, P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales ...*, op. cit., pág. 99.

⁹⁸ M.D. ORTIZ VIDAL, «La competencia judicial en el contrato de trabajo internacional: el Reglamento Bruselas I-Bis», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2015, p.4.

moda al Reglamento Bruselas I, coincide en buena medida con Bruselas I bis, pero le falta la posibilidad de emplear los foros especiales también para demandar a un empresario con domicilio en un tercer Estado, de modo que en estos casos la única vía será el foro de la sucursal o agencia en territorio de la Unión.

En el CS, por su parte, se permite demandar «en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviese de base a la demanda. En materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñase habitualmente su trabajo, pudiendo demandarse también al empresario, ante el tribunal del lugar en que radicase el establecimiento en que fue contratado» (art.4.1º CS). Se concede al trabajador la doble opción –lugar en el que desempeñe habitualmente sus servicios y lugar de contratación–, de manera que elija el foro que más le convenga, con independencia de que preste habitualmente servicios en un único Estado o lo haga en varios. Alternativa que no se oferta al empresario, en tanto que se dice «también se podrá demandar al *empresario*», sin que en ningún momento se reconozca expresamente este derecho al empleador, al que sólo le queda el fuero general del domicilio del demandado (domicilio del trabajador), y el especial en materia contractual, que para él será únicamente el del lugar en el que el trabajador preste habitualmente servicios.

En todo caso, con independencia de cuál sea la norma de aplicación, conviene aclarar, respecto del *lugar en el que habitualmente el trabajador presta servicios*, que la «habitualidad» no resulta de la contraposición a la temporalidad –sirve tanto para los contratos indefinidos como para los temporales–, ni funciona, únicamente, cuando el trabajo se realiza en el territorio de un único Estado. En

está situado en España (o estuvo situado), cuando el trabajador no desempeña habitualmente su trabajo en un único Estado, el centro de actividades/establecimiento a través del cual fue contratado. Nótese que cuando la prestación acontece habitualmente en el mismo Estado, este foro funciona por igual para el empresario y para el trabajador.

efecto, cuando la prestación acaezca o haya acaecido en varios Estados, será el que merezca la consideración de lugar de prestación habitual, por ejemplo, porque se concentra la porción más importante en el *quantum* total del contrato¹⁰²; el lugar en el que el trabajador tenga instalado su «centro de operaciones»¹⁰³; o el lugar en el que «el trabajador cumpla *principalmente* sus obligaciones con respecto de la empresa», es decir, donde desarrolle la parte neurálgica o más importante de su actividad retribuida¹⁰⁴. Aunque este lugar puede ser difícil de identificar cuando se trata de prestaciones de servicios consistentes, precisamente, en el movimiento físico de uno a otro Estado, como acontece con el transporte aéreo internacional¹⁰⁵.

¹⁰² Vid. STJCE de 27-2-2002, asunto C-37/00, Herbert Weber v. Universal Ogdén Services Ltd; STS 30-12-13, rec. 930/13.

¹⁰³ STJCE de 13-7-1993, asunto C-125/92, Mulox IBC Limited/Hendrick Geels (en el territorio en el que había instalado su despacho, desde el que actuaba).

¹⁰⁴ STJCE 13-7-1993, asunto C-125/92, Mulox IBC Limited/Hendrick Geels. Esta última expresión –prestación principal–, aunque sin duda próxima e íntimamente relacionada con el tiempo de ocupación, contiene, no obstante, un matiz característico (que no queda claro en la jurisprudencia comunitaria), al atender más que a la duración de la prestación de servicios en cada territorio a la relevancia de las actividades desarrolladas en cada Estado (STJCE de 9-2-1997, asunto C-383/95, Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Ltd). Así, en los casos en los que no sea posible localizar en un Estado concreto una porción temporalmente destacable de prestación (elemento cuantitativo), por ejemplo, porque su duración ha sido similar en todos ellos, podrá considerarse lugar de prestación habitual de servicios aquel en el que se localice la porción *más significativa del empleo*, esto es: el centro de gravedad de la relación contractual con la empresa (elemento cualitativo) (STJCE de 27-2-2002, asunto C-37/00, Herbert Weber v. Universal Ogdén Services Ltd). En todo caso, como se deduce de la jurisprudencia comunitaria, la identificación del lugar de prestación habitual debe atender a las singularidades propias de cada asunto litigioso, pudiendo por ejemplo darse preferencia al último lugar de trabajo cuando éste vaya a convertirse en el de «prestación habitual de servicios», aunque en el momento de generarse el conflicto no sea en el que se ha trabajado durante más tiempo o en el que se ha desarrollado la prestación principal (STJCE de 27-2-2002, asunto C-37/00, Herbert Weber v. Universal Ogdén Services Ltd). Sobre esta jurisprudencia, un análisis más detenido en P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo ...*, op. cit., pp.74-78.

¹⁰⁵ Sobre esta problemática se ha pronunciado el TJUE en sentencia 14-9-2017, asuntos acumulados C 168/16 y C

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que si resulta de aplicación al litigio el Reglamento Bruselas I bis o CL II aunque pueda identificarse un lugar concreto de prestación habitual, el trabajador podrá optar por demandar al empresario, en lugar de en dicho territorio, en el último lugar de trabajo¹⁰⁶, aunque éste no sea el de prestación habitual o significativa. A lo que habrá de añadirse la novedosa referencia que hace el Reglamento Bruselas I bis al foro del lugar «desde el cual» se llevó a cabo la prestación, previsión que aunque referida también al trabajo habitual puede resultar de particular utilidad en el caso del teletrabajo, pues llevará, en la mayoría de los casos, a la jurisdicción del domicilio del trabajador.

Como se ha dicho, para el caso de que no sea posible identificar el lugar de prestación habitual de servicios –lo que sucederá en las prestaciones con varios lugares de actividad de significación semejante, por ejemplo, trabajadores itinerantes–, el foro especial de com-

petencia se liga al «lugar de contratación», fórmula que de uno u otro modo integra las expresiones empleadas por las distintas normas¹⁰⁷, y que no se refiere al primer lugar en el que se prestaron los servicios, sino al territorio en el que efectivamente se formalizó el negocio contractual¹⁰⁸. Téngase, además, en cuenta que en las normas comunitarias (no así en el CS)¹⁰⁹, la alusión al lugar en el que está (si continúa allí) o estuvo (si ha cambiado de ubicación) el establecimiento de contratación ofrece al trabajador la posibilidad de demandar al empresario ante los tribunales del Estado en el que fue contratado y ante los del lugar en el que se encuentra el establecimiento de contratación a la fecha de la interposición de la demanda, cuando éste ha cambiado de ubicación¹¹⁰. Lo que, sin duda, facilita al trabajador la defensa de sus intereses en los casos en los que el centro en el que fue contratado cierra o se traslada a un territorio diferente.

Frente a la fuerza procesal del trabajador, el «desarme empresarial», al que sólo le queda, en todas las normas en juego (Reglamento Bruselas I bis, CL II, y CS) el foro del domicilio del demandado, amén de la sumisión tácita y la expresa (con los límites señalados en su momento), y la posibilidad de reconvenir ante los

169/16, Sandra Nogueira, Víctor Pérez Ortega, Virginie Mauguit, María Sánchez O'Dogherty, José Sánchez Navarro y Crewlink Ireland Ltd (C168/16) y entre Miguel José Moreno Osácar y Ryanair Designated Activity Company, anteriormente Ryanair Ltd (C169/16), en la que se concluye que el art. 19, punto 2, letra a), del Reglamento 44/2001, para las acciones activadas por miembros del personal de vuelo propio de una compañía aérea o puesto a su disposición, debe entenderse en el sentido de que el concepto de «lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo», no es asimilable al concepto de «base», en el sentido de anexo III del Reglamento (CEE) n.º 3922/91 del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil, en la redacción que le dio el Reglamento (CE) n.º 1899/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006. No obstante, el concepto de «base» constituye un indicio significativo para determinar el «lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo». Véase también sobre esta temática, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y Derecho aplicable», CDT, 2011, pp. 179-194; P. JIMÉNEZ BLANCO, «La aplicación del foro contractual del reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros», *La Ley Unión Europea* 7294, 30 noviembre 2009, pp. 1-19.

¹⁰⁶ Téngase en cuenta que la regla de prestación habitual resulta aplicable si, aunque no se presta servicios habitualmente en un mismo lugar, si lo es en el mismo Estado (STJUE de 3-5-2007, asunto C-386/05, Colo Drack).

¹⁰⁷ El legislador comunitario ha apostado en este foro por la seguridad, en el sentido de identificación de un lugar concreto, en lugar de por ampliar el abanico de foros permitiendo al trabajador demandar al empresario en cualquiera de los territorios en los que ha prestado servicios.

¹⁰⁸ STJUE 15-12-2011, asunto C-384/10, Voogsgeerd.

¹⁰⁹ El CS, aunque reconocen este derecho de opción también en exclusiva a favor del trabajador («pudiendo demandarse también al empresario...»), alude al lugar en que «radicase el establecimiento en que fue contratado», esto es: referido sólo al lugar en el que se encuentre en el momento de interponer la demanda el establecimiento de contratación del trabajador. M.D. ADAM MUÑOZ, «El foro de competencia judicial internacional en el contrato individual de trabajo en los convenios de Bruselas y de Lugano», en VV.AA., *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: Una reflexión preliminar española*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p.211.

¹¹⁰ No es de esta opinión, A. TODOLI SIGNES, «La competencia judicial internacional...», *loc. cit.*, p. 14, que entiende que en estos casos debe estarse únicamente al lugar en el que se contrató al trabajador, aunque se haya trasladado.

tribunales en los que el trabajador presente la demanda por el juego de la acumulación de acciones en la instancia¹¹¹.

6. LOS FOROS ESPECIALES EN MATERIA LABORAL DEL DERECHO AUTÓNOMO

Como ya insinuábamos, resulta cuando menos sorprendente que la intensa y extensa reforma de la LOPJ (Ley 7/2015) haya prescindido de incorporar el más mínimo retoque en la regulación de los foros especiales en materia laboral, cuando sí se ha esmerado en acomodar nuestra legislación a las reglas propias de la protección de otros colectivos en situación de debilidad contractual –consumidores y tomadores del seguro–. El art. 25 LOPJ ha permanecido intacto, quizá porque absurdamente (la contratación laboral internacional es cada día más habitual), la competencia judicial internacional en materia laboral no ha preocupado nunca al legislador español.

En todo caso, los fueros especiales que en este precepto se formulan –y que alcanzan a todos los «derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo», fórmula que sin duda debe abarcarlo *todo*, esto es: cualquier pleito que traiga su causa o sea consecuencia de una

¹¹¹ Esta restricción hace dudar del sentido de la regla especial prevista en el art.5.5 del mismo cuerpo normativo, en la que se dice, como advertíamos al principio, que en materia de *prestación de servicios* el lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda será el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubiesen sido o debiesen ser prestados los servicios. El lector pudiera pensar que este planteamiento no es en nada conflictivo en tanto que el propio art.19 incorpora como uno de los foros posibles el lugar de desarrollo del trabajo, esto es: el lugar de prestación de servicios. Sin embargo, conviene recordar que el uso de la regla a la que alude el art.19 queda en exclusiva en manos del trabajador, mientras que el art.5.5) alude a ella sin advertir en modo alguno que su uso sólo corresponda a una de las partes. La única exégesis posible del juego de ambos preceptos pasa por considerar que el art.19 sólo funciona para los contratos de trabajo, mientras que el art.5.5) lo es para cualquier otro tipo de prestación de servicios realizada al margen de la contratación laboral, por ejemplo, arrendamiento civil de servicios, o actividades realizadas por «autónomos», etc.

relación contractual laboral¹¹²– jugarán de forma excepcional, en el sentido de absolutamente residual, en la medida en que su entrada, ya se ha dicho insistentemente, sólo será posible cuando no resulten de aplicación ninguna de las normas supraestatales que se han visto¹¹³. Y su funcionamiento se combinará con los foros generales previstos de la LOPJ, en los términos ya vistos (sumisión expresa y tácita esencialmente).

El citado art.25.1º LOPJ contiene cinco fueros especiales, que funcionan de forma alternativa, no existe entre ellos relación de jerarquía o preferencia alguna, de manera que el juez español puede arrogarse competencia por la concurrencia de cualquiera de las circunstancias que enumeraremos¹¹⁴. Así, atri-

¹¹² Huelga decirlo, lo que se entienda por laboral (contrato de trabajo, empresario, trabajador, etc.), vendrá determinado por nuestra normativa interna y por la interpretación que de ella hacen nuestros tribunales.

¹¹³ Recuérdese que en materia laboral los foros especiales del Reglamento Bruselas I bis funcionan incluso si empresario demandado tiene su domicilio fuera de la Unión, lo que significa que la LOPJ sólo podrá entrar en juego para el caso ordinario de demanda al empresario, si el Reglamento no es temporalmente aplicable y el demandado está domiciliado en un Estado que no pertenezca a la Unión –el reglamento Bruselas I no preveía esta extensión fuera de la Unión–, ni a la AELC –se aplicaría el CL II–, ni sea El Salvador –se aplicaría CS–, y no tenga en estas zonas la sucursal, agencia o establecimiento en cuya explotación traiga su causa el litigio, y no exista sumisión a los tribunales españoles en los términos descritos en las normas supraestatales estudiadas. Sólo en ese remoto caso podría valorarse la competencia de los tribunales españoles ex LOPJ. Sobre esta excepcional aplicación en la regulación precedente, G. PALAO MORENO, «Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato individual de trabajo (A propósito del personal laboral de organismos públicos españoles que presta servicios en el extranjero)», *RL*, nº3, 2000, pág.16-18.

¹¹⁴ Aunque parte de la doctrina ha puesto sobre el tapete la posibilidad de que esta configuración alternativa engendre conflictos positivos de competencia, de manera que el juez español se declare competente conforme, por ejemplo, a la nacionalidad española compartida por las partes y el tribunal de otro Estado proclame su competencia por ejecutarse en su territorio la prestación de servicios, el problema es prácticamente de laboratorio, en tanto que sería necesario que el trabajador presentase la demanda en un Estado y el empresario presentase otra en otro territorio, que las normas comunitarias no resultasen de aplicación, que tampoco pudieran serlo el CS –no

buye competencia a los tribunales españoles cuando: –la prestación de los servicios haya tenido lugar en territorio nacional, –el contrato se haya celebrado en territorio español, –el demandando tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; –el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española (cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios, o de celebración del contrato); y –en el contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español. Por su exhaustividad, resulta difícil pensar en un litigio que pueda tener alguna conexión o proximidad con el Estado español y del que no puedan conocer nuestros tribunales por el juego de alguno de estos foros.

De una primera lectura de estos fueros llama la atención la equiparación procesal de las partes, en tanto que todos ellos funcionan en igual medida para el empresario y para el trabajador. En efecto, no se reservan, con clara contravención del espíritu de las normas supraestatales que nos obliga, foros al trabajador pese a su posición de especial debilidad. Queda claro que el objetivo fundamental del precepto es procurar la competencia de los tribunales españoles, aunque sea costa de los intereses del trabajador.

6.1. Prestación en territorio español

En cuanto a la prestación de servicios en territorio nacional, conviene tener presente que este foro funciona con independencia de la nacionalidad de las partes, y de su domicilio. Con esta llamada al *locus laboris* se garantiza la conexión del asunto con el territorio nacional, y en buena medida la coincidencia

olvidemos que sólo el descarte de todas estas normas deriva en la aplicación de la LOPJ, y que estas normas prevén reglas de litispendencia que atribuyen competencia para conocer de los dos procesos al tribunal que conoció en primer lugar; o que alguna de las dos partes presentase sendas demandas ante tribunales de Estados diferentes.

entre *el forum* y el *ius*¹¹⁵. Pero se formula sin hacer ninguna mención ni a qué se entiende por prestación de servicios en España, en el sentido, por ejemplo, de requerir que la totalidad de la prestación o al menos una porción importante de la misma haya tenido lugar en territorio español (imposición que resulta de la exigencia de habitualidad que aparece en las normas supraestatales), ni a qué sucede en los casos en los que España *es uno más* de los territorios en los que el trabajador ha consumado su actividad¹¹⁶. Aunque parece la exégesis más correcta entender que sólo jugará cuando España sea el lugar habitual de prestación de servicios o cuando el litigio se refiera a los servicios prestados en territorio nacional, al socaire de las tendencias europeas y para evitar la formulación de un foro desorbitado, pues sólo de este modo se garantizará una mínima proximidad entre el asunto y el foro¹¹⁷.

6.2. Contratación en España

La segunda regla que atribuye competencia a los tribunales españoles es la celebración del contrato en territorio nacional. La novedad del foro es evidente, no aparece en ninguna de las normas hasta aquí estudiadas, probablemente por la escasa conexión que garantiza entre el asunto y el foro, y es que la efectiva formalización del contrato en uno u otro territorio es en muchos casos algo coyuntural o secundario.

¹¹⁵ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Liens entre compétence judiciaire et compétence législative», *RCADI*, nº156, 1977, pág.334.

¹¹⁶ P. RIVAS VALLEJO, «Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales», *La Ley*, v. 1, 2007, p. 567.

¹¹⁷ P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato ...*, op. cit., p.92. Así parece haberse entendido en la STSJ de Cataluña de 11-12-2001 (JUR.57379, 2002). Algún autor ha resaltado que esta ausencia de indicación sobre la habitualidad permite entender que la norma resulta aplicable ya se trate de un traslado o de un desplazamiento (P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales ...*, op. cit., pág.157), si bien parece evidente que, por su especialidad, las reglas sobre desplazamientos deben primar sobre éstas, máxime teniendo en cuenta que en nuestro sistema hay una norma específica de transposición de esas reglas comunitarias.

El empleo de este fuero no resultaría tan controvertido si su entrada estuviese condicionada de algún modo, por ejemplo, advirtiendo de que esta regla sólo funciona cuando es imposible localizar un lugar de prestación habitual de servicios y el trabajador los presta en varios Estados, especialmente si tenemos en cuenta que la LOPJ no prevé regla especial alguna cuando se trata de prestaciones de servicios plurilocalizadas. Sin embargo, ninguna indicación se hace en la norma a semejantes límites. Además, tampoco se exige la *presencia*, en el sentido de instalación, del empresario en España en el momento de celebrarse el contrato y no debe confundirse el *locus celebrationis* con el lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador cuando el trabajador presta servicios en varios Estados¹¹⁸.

6.3. «Domicilio» del demandado

En tercer lugar, los tribunales españoles pueden declararse competentes para el conocimiento del litigio planteado cuando el demandado está domiciliado en territorio nacional, o cuando la empresa demandada tiene en territorio español cualquier agencia, sucursal, delegación o representación¹¹⁹. Para la concreción del primero debe tenerse en cuenta también el art. 22.ter LOPJ, que formula con alcance ordinario el foro general en materia contractual¹²⁰, y que proporciona

¹¹⁸ Esta segunda fórmula, a diferencia de la española, presupone al menos la existencia en ese lugar de una «delegación» de la empresa, lo que proporciona cierta proximidad entre el asunto y el foro. Proximidad que no se garantiza en modo alguno con la expresión de la LOPJ, que además presenta la dificultad añadida de localizar con exactitud el lugar en el que el contrato fue formalizado, especialmente cuando ha venido precedido de tratos preliminares acaecidos en un lugar diferente, o cuando no se ha formalizado por escrito. Recuérdese, en todo caso, que el art. 1262 C.C. presume que el contrato se celebra donde se realiza la oferta.

¹¹⁹ STSJ de Madrid de 27-9-1999 (As.3316).

¹²⁰ Como el resto de foros especiales, también éste funciona con igual alcance para empresarios y para trabajadores, permitiendo además en idénticos términos su desplazamiento en caso de sumisión expresa, pues el art. 22.ter no contiene

ahora criterios específicos para la localización del domicilio del demandado —que habrá que combinar con la regla formulada para el «domicilio empresarial» en el art. 25—, según que se trate de persona física —«... está domiciliada en España cuando tenga en ella su residencia habitual»—o jurídica —«... está domiciliada en España cuando radique en ella su sede social, su centro de administración o administración central o su centro de actividad principal»¹²¹.

Por su parte, la llamada —para el «domicilio empresarial»— a las agencias, sucursales o delegaciones, como sucede en las normas supraestatales, debe entenderse hecha en general a cualquier centro de operaciones con sustantividad o autonomía física, sometido a dependencia económica y de actuación de la «central empresarial». Nótese, en todo caso, que la LOPJ amplía el elenco supraestatal al referirse a «cualquier otra representación», fórmula que no presupone necesariamente la existencia de un centro físico localizable. Pensemos, por ejemplo, en un agente comercial, que actúa, o puede actuar, como representante de la empresa en un cierto territorio pero que no dispone de centro de operaciones en el sentido de establecimiento dependiente de la «central empresarial»¹²². Además, tampoco

ninguna indicación respecto de la contratación laboral, que, sin embargo, sí se prevé para otros colectivos en situación de debilidad contractual. Así dispone este precepto que «En materias distintas a las contempladas en los artículos 22, 22 sexies y 22 septies y si no mediare sumisión a los Tribunales españoles de conformidad con el artículo 22 bis, éstos resultarán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando así venga determinado por cualquiera de los foros establecidos en los artículos 22 quáter y 22 quinquies». Ya dijimos que esta posibilidad contraviene claramente nuestras obligaciones internacionales, y que, por ello, no parece razonable una interpretación literal del precepto.

¹²¹ Advirtiendo también que «en caso de pluralidad de demandados, serán competentes los Tribunales españoles cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en España, siempre que se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo por razón del título o causa de pedir que aconsejen su acumulación». Previsión que puede resultar de particular utilidad cuando se demanda a varios empresarios.

¹²² Recuérdese que con carácter general si el demandado tiene su domicilio en España, o tiene aquí una sucursal o

puede pasar desapercibida la ausencia de exigencia de vinculación entre la representación empresarial y el litigio, en el bien entendido que el foro no se condiciona a que el pleito en cuestión tenga que ver con la representación de la empresa en territorio español. Ahora bien, en la medida en que esta ampliación supone la concesión de un nuevo foro al trabajador –aunque la norma no se lo reserve expresamente se formula como un foro llamado a funcionar cuando se demanda a la empresa¹²³–, pudiera admitirse su entrada aunque el litigio planteado no resulte de la explotación

agencia, entrarán en juego las normas supraestatales vistas. La única posibilidad de dar entrada a esta regla sería precisamente por la fórmula «cualquier otra representación» que se emplea en la LOPJ, que no coincide con el domicilio del demandado ni con la idea de sucursal o agencia. Así, «Para la empresa americana, no es aplicable el Reglamento CE 44/2001, porque no está domiciliada en la Comunidad Europea, ni tiene en ella agencia, sucursal o establecimiento [art. 18.2]. La competencia se rige, por tanto, según el propio Reglamento [art. 4] por el derecho interno español, que es el artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», que lleva a excluir en el caso la jurisdicción española, porque aun tratándose de Conflicto Colectivo planteado en España falta «un elemento de conexión con el territorio nacional», pues «en la cesión de los trabajadores españoles, la prestación de trabajo no se realiza en España, sino en Estados Unidos; el contrato de trabajo entre RYAN y los trabajadores pretendidamente cedidos, de existir, no se habría celebrado en España; la empresa no tiene nacionalidad española y tampoco tiene domicilio en España, ni consta que tenga aquí sucursal, delegación, agencia o cualquier otro tipo de representación. Lo mismo sucede con la pretensión relativa a la cesión por Ryan de trabajadores americanos para que presten servicios para FUTURA, pues la prestación de servicios que tiene lugar en España no se ejecuta para RYAN, sino para FUTURA; el contrato de trabajo tampoco se ha celebrado en España; no se acredita que los trabajadores y la empresa tengan nacionalidad española y RYAN no tiene en España domicilio, sucursal, agencia o representación» (STS 20-7-07, rec. 76/06).

¹²³ STSJ de Canarias de 3-6-1999 (AS.2482). Así, por ejemplo, debe entenderse que abarca al consignatario como representación del armador en los contratos de embarque. STSJ de Canarias de 18-10-1994 (AS.3952), en un supuesto en el que el barco en el que faenaba el actor tenía su puerto base en Agadir y su pabellón era marroquí, la misma nacionalidad de la Empresa que estaba domiciliada en Marruecos, donde se contrató al actor, porque la intervención la realizó la consignataria española «International Fisheries Management, SA». Además, J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Eurolex, Madrid, 1993, pág.39.

de esa delegación en España, como único privilegio para la parte débil del contrato¹²⁴.

6.4. Nacionalidad española

Frente al criterio supraestatal –que prescinde por completo de la nacionalidad como referencia competencial–, el legislador español rescata este elemento para un caso concreto, a saber: aquel en el que ambos litigantes –demandante y demandado– comparten nacionalidad española. Aparece así en nuestro sistema interno una regla competencial inexistente en el resto de los que nos vinculan: la nacionalidad coincidente de demandado y demandante¹²⁵. Nacionalidad que, obviamente, concurrirá o no en atención a nuestras exigencias normativas internas.

6.5. Contrato de embarque

La última de las reglas que, conforme a lo dispuesto en el art.25.1º LOPJ, permite al tribunal español ante el que se presenta la demanda conocer del litigio, requiere de la

¹²⁴ Disponiendo el empresario de una delegación en España no resulta excesivamente traumático obligarle a litigar en nuestro país. Vid. SSTS 12-6-2003, rec. 4231/2002 y 20-4-15, rec. 100/14.

¹²⁵ Tener en cuenta la particular visión de este foro de la STS de 24 de abril de 2000 (Ar.5504). Probablemente el legislador ha considerado que esta circunstancia aproxima el pleito a la jurisdicción española, pero no parece ser consciente el mismo legislador de que ésta es una realidad muy limitada, en el bien entendido que cuando una relación laboral se internacionaliza la nacionalidad de las partes, coincidente o no, pasa a un segundo plano. Es más, se libra de la consideración de foro exorbitante, únicamente porque atiende a la nacionalidad *coincidente de las partes*, sin dar preferencia a la de una de ellas. Aun así, normalmente los tribunales españoles cuando acuden a este criterio procuran hacerlo coincidir con otro como el domicilio del demandado en territorio español -- Por ejemplo, SSTSJ de Cataluña de 21-11-2001 (AS.1126), de Madrid de 14-9-2000 (JUR.308137), de 15-4-1999 (AS.1075), de 10-12-1998 (AS.4386), de Cataluña de 14-5-1998 (AS.3055) (en un supuesto en el que el empresario extranjero era aparente, y el real español)–, o la celebración del contrato en España –Por ejemplo, SSTS de 24-4-2000 (Ar.5504), del 17-7-1998 (Ar.6263)–.

conurrencia de una triple circunstancia, a saber: que el trabajador sea español, que reciba en España la oferta de empleo, y que se trate de un contrato de embarque¹²⁶. Este fuero protector de los trabajadores del mar, puede no obstante ser igualmente alegado por el empresario si concurren los citados requisitos. En todo caso, la oferta que se ofrece al trabajador ha de ser completa, en el bien entendido que debe contener una declaración clara de los términos elementales o más importantes del contrato, que permitan al destinatario adquirir conocimiento cabal de las condiciones ofrecidas¹²⁷.

7. SOMERA MENCIÓN A OTRAS REGLAS COMPETENCIALES ESPECÍFICAS

7.1. Competencia en materia de trabajadores desplazados temporalmente

Cuando ante el juez del foro se presenta una demanda relativa a un trabajador desplazado, éste podrá declararse competente para el conocimiento del litigio por el juego de las reglas de competencia que se han analizado en las líneas precedentes o porque el trabajador esté o haya estado desplazado en su territorio, si bien su competencia por este fuero especial

¹²⁶ Sobre esta problemática STS 20-4-15, rec. 100/14.

¹²⁷ No basta, pues, con una primera toma de contacto o unos tratos preliminares, es preciso que el empresario manifieste al trabajador su voluntad de contratarle y le ofrezca una oferta completa, que contenga todos los elementos esenciales del contrato de manera que el destinatario pueda limitarse a aceptar –STSJ de Galicia de 16-2-1994 (AS.702)–. Esto significa que deberá acreditar el demandante que efectivamente ha recibido (el trabajador) una oferta en los términos expuestos, no que ha existido un simple contacto, bien personal o a través de otro trabajador, sobre la posibilidad de trabajar para ese empleador; y además que la oferta concebida en dichos términos se recibió en España, pues si este elemento no queda debidamente certificado no podrá darse entrada a esta regla competencial –STSJ de Galicia de 13-10-2001 (JUR.6454, 2002)–. La ausencia de estos elementos hace que no exista ningún punto de conexión que justifique la actuación de la jurisdicción española –STS de 11-7-1970 (Ar.3489)–.

quedará limitada a los litigios que traigan su causa precisamente en ese desplazamiento. Esta es la interpretación correcta del art. 6 de la Directiva 96/71¹²⁸, y, en nuestro caso, del art.16 de la Ley 45/1999 (en la extraordinariamente decepcionante versión dada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores)¹²⁹.

¹²⁸ «A fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo garantizadas en el artículo 3, se podrá entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador, sin perjuicio, en su caso, de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial». Debe tenerse en cuenta que la Directiva 96/71 va acompañada de la Directiva 2014/67, de 15 de mayo «relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»)», cuyo art. 11 dispone que «Con objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva 96/71/CE, en particular su artículo 6, y por la presente Directiva, los Estados miembros garantizarán que los trabajadores desplazados que consideren haber sufrido daños o pérdidas como consecuencia del incumplimiento de las normas aplicables dispongan, incluso después de que haya finalizado la relación en la que se alegue que se ha producido el incumplimiento, de mecanismos eficaces para presentar directamente denuncias contra sus empleadores, y tengan derecho a iniciar procedimientos judiciales o administrativos también en el Estado miembro en cuyo territorio estén o hayan estado desplazados. 2. El apartado 1 se aplicará sin perjuicio de la jurisdicción de los tribunales de los Estados miembros establecida, en particular, en los instrumentos del Derecho de la Unión o los convenios internacionales pertinentes». En nuestro sistema esta Directiva se ha transpuesto a través del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo (además, ha de tenerse en cuenta el Criterio técnico núm. 97/2016 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional).

¹²⁹ Este precepto reconoce competencia a los tribunales sociales españoles para conocer de los asuntos litigiosos «... cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y sin perjuicio de la plena vigencia de los criterios de competencia que establecen el artículo 21 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012,

No en vano, la normativa específica sobre desplazamientos pretende autorizar a los tribunales del Estado de acogida para conocer de los asuntos que se substancien en relación con cualquier aspecto del desplazamiento y no en general de la relación contractual. Si el proceso se refiere a un elemento de la relación contractual ajeno a esta circunstancia sólo serán competentes los tribunales a quienes corresponda el conocimiento del litigio conforme a las reglas generales de competencia judicial vistas.

7.2. Reglas específicas para la inmunidad de jurisdicción –*acta iure imperii*–

Con carácter general, nadie discute hoy que los Estados son iguales y soberanos. Tomando como referencia esta premisa resulta sencillo entender que las normas de competencia analizadas dejen fuera de su radio de acción el particular supuesto del *acta iure imperii*, esto es: los actos del Estado que pueden

relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el artículo 5.1 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 16 de septiembre de 1988». Lo cierto es que la reforma del precepto ha sido francamente frustrante, toda vez que, en primer lugar, no se alude al CL II (sino incomprensiblemente a CL I), en segundo término, se referencia en primer lugar la LOPJ, cuando se aplicación es absolutamente residual, y, en tercer lugar, se apuesta por emplear una ambigua fórmula para referirse a las normas supraestatales (de preferente aplicación respecto de la LOPJ). Así se alude a «sin perjuicio de la plena vigencia de los criterios de competencia ...» del Reglamento. Para colmo la llamada exclusiva al art. 21 del Reglamento Bruselas I bis lo único que hace es generar dudas innecesarias. Ciertamente, hubiese resultado más acertada la remisión genérica a las reglas competenciales del Reglamento (si se quería a las laborales), pues la llamada exclusiva a los foros especiales en materia laboral para la demanda al trabajador, plaga de incertidumbres innecesarias el resto de situaciones (demanda del empresario al trabajador, juego del foro general del domicilio del demandado, sumisión expresa y tácita, etc.). En todo caso, la lógica obliga a leer el precepto prescindiendo de la referencia exclusiva al art. 21 y sustituyéndola por una llamada en general a todas las previsiones del Reglamento, cada una en su lugar.

derivar en reclamaciones de responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de la autoridad que les es propia –art. 1 Reglamento Bruselas I bis–¹³⁰. El sentido de esta particularidad, conocida por todos como inmunidad de jurisdicción, que desde luego viene de antiguo¹³¹, es imposibilitar que los órganos jurisdiccionales de un Estado (los españoles por lo que aquí interesa) puedan conocer de una demanda formulada por un particular frente a un Estado extranjero o alguno de sus órganos –salvo aceptación del propio país afectado–. Ahora bien, este privilegio únicamente alcanza a las reclamaciones por acciones «soberanas», que son las únicas que *stricto sensu* merecen la consideración de *acta iure imperii*, no a aquellos otros actos privados –denominados *acta iure gestionis*–, frente a los cuales los particulares pueden accionar con sujeción a las generales reglas de competencia examinadas en este ensayo¹³².

En todo caso, la regulación competencial de estos actos soberanos admite dos variantes, según que traigan causa, o no, en el actuar de embajadas y consulados. No en vano, para estos últimos están en vigor el convenio de Viena de relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 –para embajadas–, y el convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963 –para consulados–. En estas

¹³⁰ En general, sobre esta temática, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, «El estatuto internacional del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)», en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional público y cooperación jurídica internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 91– 223; F. GASCÓN INCHAUSTI, *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008; L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Civitas, Madrid, 1990.

¹³¹ Sobre el origen de esta figura (de creación de la jurisprudencia inglesa), C. GUTIERREZ ESPADA, «Sobre la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros en España, a la luz de la ley orgánica 16/2015, de 27 de octubre», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre, 2016), Vol. 8, Nº 2, pág.7.

¹³² Aunque no siempre resulta sencilla la distinción entre unas y otras, pareciendo razonable que sea el órgano judicial ante el que se formule la reclamación el que entre a valorar si la actuación del funcionario o persona concreta merece o no la consideración de acto soberano.

normas se consolida la inmunidad de las acciones de embajadores, diplomáticos, cónsules, y personal de embajadas y consulados –y de sus bienes, que no pueden ser embargados: inmunidad de ejecución¹³³–en tanto la reclamación ataque *actos de Estado*, rigiendo, por lo que al ámbito contractual laboral interesa, las reglas generales de competencia cuando se trata de actos de gestión ordinaria sujetos a Derecho privado. En otras palabras, si la embajada o consulado contrata a un trabajador, la relación contractual correspondiente caerá fuera del radio de acción de la inmunidad de jurisdicción, pudiendo conocer, por ende, de la demanda correspondiente el juez competente en atención a las reglas generales vistas hasta el momento. Salvo que se trate de un trabajador que desempeña funciones que formen parte del ejercicio del poder público, en cuyo caso revive la inmunidad de jurisdicción¹³⁴.

¹³³ Apostando por una interpretación restrictiva de este privilegio, SSTC 107/1992, de 1 de julio; 292/1994, de 27 de octubre; 18/1997, de 10 de febrero y STS 25-6-12, rec. 2568/11, para la República de Chile.

¹³⁴ Así lo ha entendido con rotundidad el TJUE, por ejemplo, en la sentencia de 19-7-2012, asunto C-154/11, Mahamdia, referida a la relación laboral mantenida entre el Sr. Mahamdia, de nacionalidad argelina y alemana con residencia en Alemania, y el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Argelina, para prestar servicios como de chófer en su Embajada en Berlín, con la singularidad de que en el contrato se incluía una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales argelinos. Formulada demanda por el trabajador ante los tribunales alemanes, la República Argelina alega excepción de incompetencia por inmunidad de jurisdicción de su Estado y la cláusula de sumisión. Las excepciones son rechazadas por el TJUE, por lo que a la inmunidad se refiere porque la embajada, como cualquier otra entidad pública, puede actuar *iure gestionis*, y así ocurre cuando celebra contratos de trabajo con personas que no desempeñan funciones que forman parte del ejercicio del poder público, estando comúnmente admitido que dicha inmunidad no tiene un valor absoluto, sino que se reconoce generalmente cuando un litigio se refiere a actos de soberanía realizados *iure imperii*, pero puede excluirse si la acción judicial tiene por objeto actos realizados *iure gestionis*, que no pertenecen al ámbito del poder público. Por todo lo cual el principio alegado «no se opone a la aplicación del Reglamento núm. 44/2001 en un litigio como el principal, en el que un trabajador solicita el pago de indemnizaciones e impugna la resolución del contrato de trabajo que celebró con un Estado, cuando el tribunal que conoce del asunto compruebe que las funciones ejercidas por ese trabajador no forman parte del ejercicio del

El resto de actuaciones estatales quedarán reguladas por el Convenio Europeo sobre inmunidad de los Estados y su protocolo adicional, firmados en Basilea el 16 de mayo de 1972, teniendo en cuenta que la Convención de Naciones Unidas –adoptada el 2-12-2004, resolución 59/38– sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aún no está en vigor (España sí se ha adherido)¹³⁵.

Estas normas se combinan en nuestro caso con la regulación de la LOPJ, que admite excepciones a la competencia judicial en «supuestos de inmunidad de jurisdicción (...) establecidos por las normas de Derecho Internacional Público» (artículos 4 y 21.1) –como en la LECv (2000) (artículo 36.2)–. Esta norma quedó ostensiblemente mejorada con la promulgación de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, que sigue intensa-

poder público o cuando la acción judicial no pueda interferir en los intereses del Estado en materia de seguridad». Por lo demás, rechazada la inmunidad, se considera que una embajada puede asimilarse a un centro de operaciones a efectos de las reglas competenciales para sucursales de terceros Estados, y que la cláusula de sumisión no tiene cabida en este caso al ser anterior al litigio laboral. Sobre esta resolución, a mero título de ejemplo, porque ha sido objeto de múltiples comentarios doctrinales, P. JUÁREZ PÉREZ, «De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012, Mahamdia c. República de Argelia», Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2013), Vol. 5, Nº 1, pp. 254-272; J.A. PEREA UNCETA, «La inmunidad de jurisdicción de los estados: un nuevo caso en la jurisprudencia alemana y comunitaria (asunto Ahmed Mahamdia contra República Argelina)», *Diario La Ley* nº 7955, octubre 2012, La Ley 17339/2012.

¹³⁵ J. FERRER LLORET, J., «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, págs. 3-61; C. GUTIÉRREZ ESPADA, «La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 2, octubre 2011, págs. 145-169; E. CASTELLANOS RUIZ y J. RODRÍGUEZ RODRÍGO, «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC)», *InDret*, 3/2006, pp. 7-12.

mente a la Convención de Naciones Unidas, y cuya utilidad resulta indiscutible a la luz de la falta de entrada en vigor de la norma supraestatal.

En todo caso, por lo que ahora conviene tomar en cuenta, tanto la norma estatal como la Convención dejan fuera del privilegio aquí analizado los contratos de trabajo¹³⁶. Así, el art. 10 de la norma nacional dispone que «no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España». Regla que da entrada, obviamente, a las previsiones generales de competencia judicial analizadas en este trabajo. Ahora bien, la excepción al principio de inmunidad tiene, a su vez, tantas salvedades que casi se convierte en regla la no sujeción a los tribunales españoles de las prestaciones de servicios en España para Estados extranjeros. Así, en primer término, se permite a España llegar a un acuerdo con ese otro Estado para que a los pleitos laborales de sus empleados que prestan servicios (total o parcialmente) en España les alcance la inmunidad de jurisdicción (art. 10.1). Posibilidad, de alcance no sencillo de calibrar, pero que parece razonable entender tiene un espacio vital restringido, direccionado a sectores concretos, como las Fuerzas Armadas¹³⁷.

En segundo lugar, el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en una serie de procesos judiciales con sus empleados, algunos congruentes y otros no tanto, pero que en todo caso carecen de la concreción que sería deseable, quizá con el intencionado propósito de hacer el catálogo tan amplio que

pueda dar cabida a prácticamente cualquier reclamación laboral frente a otro país.

En este sentido, las únicas excepciones coherentes con cuanto se ha dicho hasta el momento, en las que funciona la inmunidad de jurisdicción en la contratación laboral, alcanzan al trabajador que hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público (art.10.2.a)) –en los términos vistos–; al empleado que sea un agente diplomático (art.10.2.b.i) –en cuyo caso juega la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961–, al funcionario consular (art.10.2.b.ii) –para el que funciona la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963–, y a los miembros del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional o de una misión especial o que haya sido designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional (art.10.2.b.iii). En realidad, estas excepciones no son más que una concreción personal de la regla primera, en tanto que la justificación de su régimen particular está precisamente en que despliegan poder público.

El resto de excepciones –esto es: de reentrada de la inmunidad– carecen de esta lógica, en tanto que ninguna relación guardan con los criterios tomados en consideración por la jurisprudencia, ni la comunitaria ni la nacional, que carga las tintas en el tipo de prestación de servicios que ejecuta el trabajador. En concreto, se sujetan a la inmunidad de jurisdicción las demandas referidas a trabajadores nacionales de otros Estados, salvo que residan habitualmente en España, y aquellas en las que dicho Estado extranjero ha llegado a acuerdo por escrito con el trabajador para dar entrada a la inmunidad de jurisdicción. En este último caso, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador, lo que pudiera entenderse en relación con las reglas del Reglamento Bruselas I bis sobre efectos de las cláusulas de sumisión. Resulta harto dudosa la compatibilidad de estas excepciones con el Reglamento 1215/12, que, como ya se ha

¹³⁶ La normativa española regla también la inmunidad de jurisdicción pasiva (para la demanda del Estado español): RD 997/2003, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, modificado por RD 247/2010, de 5 de marzo.

¹³⁷ Es de esta opinión, O. FOTINOPOULOU BASURKO, «La inmunidad de jurisdicción y los contratos de trabajo en la Ley 16/2015», *Revista de Derecho Social*, nº 73, 2016, pp. 69-86.

dicho, deja fuera de su radio de acción únicamente los supuestos de *acta iure imperii*, cuya concreción es ajena a la nacionalidad del trabajador o a su voluntad.

Quedan igualmente fuera de la excepción de inmunidad los procesos judiciales que tengan por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato si «una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso “menoscaba sus intereses de seguridad”».¹³⁸ Esta excepción merece, sin duda, reprobación. No en vano, pudiera admitirse que la mera comunicación del Estado, en el primer caso, cierra las puertas a los tribunales españoles para conocer de la reclamación formulada¹³⁹, cuando el propio TJUE ha insistido en la necesidad de distinguir actos de gestión y actos de poder público. La fórmula «intereses de seguridad» es tan ambigua que resulta difícil negar que pueda convertirse en una espita por la que fluyan muchas reclamaciones frente a Estados extranjeros. En todo

caso, frente a esta pretensión puede alegarse el Reglamento Bruselas I bis, cuya primacía frente a la norma estatal no admite réplica, y que sólo deja fuera de su campo de aplicación, como ya dijimos, la responsabilidad del Estado en el ejercicio de su autoridad. Qué duda cabe pudiendo esta previsión poner en jaque el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sólo tendrá sentido una interpretación absolutamente estricta de su regla de entrada, en el bien entendido que referida únicamente a la seguridad nacional.

No menos criticable, e incomprensible, es la excepción relativa a los pleitos que tengan por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador. Se deja con ella al trabajador absolutamente desprotegido, en tanto que una parte considerable de los pleitos laboral tienen, precisamente, como objeto de discusión la validez de la extinción (y con ello el derecho de readmisión o la procedencia de la renovación).

¹³⁸ La fórmula nacional es incluso más amplia y ambigua que la de la Convención -- d) si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y, conforme determine el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador, dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado--.

¹³⁹ En este sentido, O. FOTINOPOULOU BASURKO, «La inmunidad de jurisdicción ...», *loc. cit.*, pp. 69-86.

RESUMEN

A día de hoy han dejado de ser fenómenos extraños la traslación de todo o parte de la actividad productiva a otros países, o la movilidad transnacional de trabajadores. En tal coyuntura se precisan reglas claras para la correcta localización de la jurisdicción competente para conocer de los litigios que puedan producirse entre empresario y trabajador. El análisis de todas las reglas a las que se ha hecho referencia vertebró este estudio, dado que se examinan las normas de competencia judicial internacional de los distintos sistemas que obligan al juez español, previa aclaración de las pautas que rigen su aplicación (distribución jerárquica, material, temporal, especial, geográfica, etc.). En particular, se estudia el nuevo Reglamento 1215/2012, cuya principal novedad es la extensión de la aplicación de las normas de competencia judicial internacional a los demandados domiciliados en terceros países. También se estudian el Convenio de Lugano II, el Convenio bilateral con El Salvador, y la residual aplicación de las reglas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Todo ello examinando los diversos foros: domicilio del demandado, sumisión expresa y tácita, y foros especiales en materia contractual, con mención a los desplazamientos transnacional de trabajadores y a la inmunidad de jurisdicción. En relación con la metodología empleada, lo cierto es que esta obra aborda la cuestión del análisis de la competencia judicial internacional empleando la metodología jurídica clásica que consiste fundamentalmente en el empleo de las normas de aplicación para la determinación del Forum, amén del empleo de la jurisprudencia que el TJUE ha venido dictando sobre esta vertiente del Derecho Internacional Privado del Trabajo desde antiguo, esto es, en la interpretación de los antecedentes normativos del actual Reglamento Bruselas I bis. Por su parte, en esta obra se analizan también las reglas sobre competencia judicial internacional específicas relativas a los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, así como las excepciones que pudieran producirse, y que aquí analizamos de manera crítica, a partir de la aplicación de la denominada inmunidad de jurisdicción, recientemente regulada en la LO 10/2015.

Palabras clave: Competencia judicial internacional, Reglamento Bruselas I bis, contrato de trabajo, elemento extranjero; domicilio del demandado.

ABSTRACT

At present, the transfer of all or part of the productive activity to other countries, or the transnational workers' mobility, have stopped to being strange phenomena. In this context, clear rules are needed for the correct location of the competent jurisdiction to hear disputes that may arise between employer and employee. These rules are the basis of this study, which examines the rules of international jurisdiction of the various systems that constraint the Spanish Judge, after clarifying the rules governing their application (hierarchical, special, geographical, etc.). In particular, in this study the Regulation 1215/2012. The main novelty is the application of the rules of international jurisdiction to defendants domiciled in third countries. The Convention of Lugano II, the bilateral agreement with El Salvador, and the residual application of the rules of the Organic Law of the Power Judicial are also studied. All the examining of the various forums: the defendant's domicile, express and tacit submission, and the special forum regarding to contracts, in reference to the international assignment of workers and the immunity of jurisdiction.

Keywords: International jurisdiction; Brussels I bis Regulation, cross border employment contracts; defendant's domicile.

Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de contrato individual de trabajo en España

Recognition and implementation of foreign judgements for individual employment contracts in Spain

GUILLERMO PALAO MORENO*

1. INTRODUCCIÓN

1. Fenómenos, de sobra conocidos y ampliamente estudiados, como la movilidad internacional de las empresas y de los trabajadores (estos últimos, «en» y «por» el empleo), hacen que las relaciones individuales de trabajo cuenten con gran frecuencia con un carácter transfronterizo. Una realidad que ha exigido de los ordenamientos jurídicos una constante adaptación, con el objetivo de tutelar de manera adecuada los intereses legales de los trabajadores en situaciones pluri-localizadas, cada día más frecuentes y complejas. Y ello, en un marco laboral altamente fragmentado, donde los niveles de protección de los empleados varían de Estado a Estado. Así las cosas, lejos de alcanzarse una uniformidad sustantiva de origen internacional en la materia (ni tan siquiera desde una perspectiva regional), ha tenido que ser el Derecho internacional privado el encargado de procurar la tutela de estas personas, con las limitaciones y las dificultades que ello conlleva .

Las particularidades de las relaciones laborales internacionales y la necesidad de que los trabajadores reciban una adecuada pro-

tección en tales supuestos, afectan a los tres sectores clásicos del Derecho Internacional privado. A saber, la determinación de los tribunales internacionalmente competentes, la concreción de la ley aplicable a la relación, así como el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en la materia. A su vez, estas cuestiones son susceptibles de plantearse al respecto de las diversas cuestiones que importan a la relación laboral. Tal y como son, la ordenación del contrato individual de trabajo, la negociación colectiva o el régimen de seguridad social aplicable.

2. Sin embargo, el presente estudio se centrará únicamente en el sector del reconocimiento y ejecución, y al respecto de la contratación individual de trabajo. Sin lugar a dudas, el resto de sectores y cuestiones excluidas de este estudio poseen tanta importancia como la que ha sido seleccionada para acometer el presente análisis –algunas de ellas incluso se encuentra en un momento de especial actualidad –. Aunque también es cierto que un análisis del resto de materias exigiría un tratamiento que desbordaría los objetivos del presente artículo, además de que estos aspectos van a ser tratados en otros trabajos que igualmente se encuentran en este número monográfico.

* Catedrático de Derecho Internacional privado, Universitat de València.

Así las cosas, lejos de desconocer la importancia de los otros sectores y temas mencionados, la casi total carencia de estudios sobre la cuestión seleccionada y la posibilidad de que tales problemas se susciten en la práctica, aconsejan el tratamiento de los problemas que suscita el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y centrarlo en las relaciones individuales de trabajo. De este modo, hay que tener presente que las situaciones en las que se produce una movilidad internacional de los trabajadores son susceptibles de incrementar las situaciones en las que el trabajador (o incluso el empresario, aunque en menor medida) presente su reclamación ante unos concretos tribunales estatales (como podrían ser los del lugar habitual del trabajo), para más tarde solicitar el reconocimiento y ejecución de la eventual sentencia condenatoria ante la autoridad judicial de otro país (como podría ser aquel donde se encontrara domiciliado el empresario). En consecuencia, y en tales situaciones, no sólo el tribunal que hubiera dictado la resolución no se ocuparía de su posterior ejecución, sino que incluso se trataría de dotar de eficacia a resoluciones emitidas por órganos situados fuera de sus fronteras –por medio de su reconocimiento y posterior ejecución–.

3. Delimitado el objeto de este artículo, en sus líneas generales, resulta igualmente conveniente subrayar que la finalidad del mismo residirá, principal y singularmente, en exponer el régimen actualmente aplicable en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España, así como comprobar si el mismo se encuentra correctamente dotado, para poder garantizar la tutela del trabajador en situaciones transfronterizas. Y ello, de conformidad con el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y, en consecuencia, del objetivo protector que ha orientar a nuestro ordenamiento cuando entre en juego el Derecho Internacional privado.

En este sentido, trazadas las líneas básicas del sistema, se persigue apreciar el alcance del favor laboratoris al respecto del reco-

nocimiento y ejecución de resoluciones, tal y como se advierte al respecto de los otros dos sectores propios del Derecho internacional privado y cómo orienta este objetivo material la labor del legislador –español y europeo–, donde se aprecia de forma evidente el peso del proceso de «materialización» del sistema de Derecho Internacional privado –esto es, la dimensión jurisdiccional y la conflictual aplicable a la contratación laboral de naturaleza individual–.

En consecuencia, con este artículo no se pretende, empero, analizar con detalle el juego de las normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España, en relación con estos supuestos –al exceder, en mucho, de las dimensiones que aconsejan un estudio de las características como el presente, sino de exponerlas y analizar el impacto que en ellas tiene el principio tuitivo, al respecto de las peculiaridades propias de las relaciones individuales de trabajo.

2. FUENTES REGULADORAS

4. El sistema español de Derecho Internacional privado actual cuenta con un complejo entramado normativo aplicable a la cuestión objeto de análisis, que cubre los tres niveles tradicionales de ordenación de las situaciones privadas internacionales: europeo o institucional, convencional y estatal o autónomo. La aplicación de uno u otro instrumento por parte de la autoridad judicial española dependerá, principalmente, del origen estatal de la sentencia en cuestión. Es decir, de su procedencia geográfica. Por lo que este dato tendrá que ser tenido en consideración, así como el hecho de que el texto normativo aplicable en cuestión, contemple la materia de los contratos individuales de trabajo dentro de su ámbito de aplicación.

La selección del instrumento que resulte aplicable para cada caso, no debería suscitar especiales dificultades en la práctica. De este modo, las distintas disposiciones guardan una

posición jerárquica entre ellas, donde la que la normativa europea mantiene una aplicabilidad prioritaria, seguida por los instrumentos de origen internacional (ya sean estos multilaterales o bilaterales), quedando las soluciones estatales o internas como sistema supletorio del sistema. En esta línea, será esta la estructura expositiva que se seguirá en el próximo apartado, a efectos clarificadores.

3. SOLUCIONES PRESENTES EN LA NORMATIVA EUROPEA

5. La Unión Europea persigue, dentro de su objetivo general de consolidar el mercado interior y de modo estrechamente vinculado a su política sobre Libertad, Seguridad y Justicia, generar un espacio de justicia común en materia civil, donde posee una singular importancia dar cumplimiento de forma paulatina al «principio de reconocimiento mutuo» (vinculado al de «confianza mutua» en el interior de la Unión Europea) de aquellas resoluciones judiciales que provengan de otro Estado miembro. Este propósito último, que ha sido denominado de forma gráfica como la «quinta libertad comunitaria», que comporta una paulatina eliminación o supresión del exequatur», forma parte del ADN de toda la codificación del Derecho Internacional privado de origen europeo desde su inicio –hace ya casi 50 años, con la elaboración del primigenio Convenio de Bruselas de 1968– y se ha ido manifestando y desarrollando con posterioridad de instrumento a instrumento.

Ahora bien, resulta oportuno subrayar que la referencia genérica a los asuntos civiles –o a la materia «civil y mercantil», como se destaca en algunos de los instrumentos mediante los que se despliega esta política–, no debería ocasionar confusión alguna, por lo que afecta a este estudio. Y ello, dado que varios de los textos que mencionaremos seguidamente incorporan, dentro de esta amplia noción, también a los contratos individuales de trabajo, operando par los mismos con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional con-

cernido. Por lo que, en definitiva, resultan plenamente aplicables a los supuestos en los que se solicite el reconocimiento y la ejecución de una sentencia proveniente de un Estado parte del instrumento europeo en cuestión, cuando afectan a un litigio relativo a un contrato individual de trabajo.

6. De entre estos instrumentos de origen en la Unión Europea, por lo que respecta al reconocimiento y ejecución de sentencias, destaca el más general Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (también conocido como el «Reglamento Bruselas I bis» o «Bruselas I refundición»). Aunque, junto al mismo, también habría que tener en cuenta lo establecido en otros, más especializados, como serían el Reglamento (UE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, o incluso el Reglamento (CE) núm. 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

Sin embargo, del listado inicialmente ofrecido habría que eliminar el Reglamento (CE) núm. 861/2007. En este sentido, y a diferencia de los otros tres –los cuales o bien incluyen o bien no excluyen en su delimitación del ámbito de aplicación material los contratos individuales de trabajo –, el relativo al proceso europeo de escasa cuantía excluye de forma clara y expresa estos supuestos de su ámbito de aplicación material. Pues bien, a efectos expositivos se diferenciará a continuación, entre el más general Reglamento Bruselas I bis y los otros dos más específicos, comenzando por el de Bruselas, por su mayor relevancia y por abarcar este tipo de litigios de forma expresa.

En todo caso, no hay que perder de vista la aplicación opcional de tales instrumentos –al respecto del más general–, dejando en manos del demandante la decisión de acudir a uno u otro instrumento, según sea su parecer e intereses.

3.1. El Reglamento Bruselas I bis

7. Como se ha expuesto con anterioridad, el Reglamento Bruselas I bis ocupa un lugar privilegiado en la infraestructura que soporta el actual espacio de justicia europea en materia civil, siendo este significativo instrumento el resultado de una evolución política, jurisprudencial y doctrinal que ha ocupado más de treinta años de historia europea. De este modo, este importante instrumento, plenamente aplicable al reconocimiento y la ejecución de sentencias en España proveniente de otro Estado parte –aplicable en materia de litigios sobre contratos individuales de trabajo–, se encuentra basado en la idea de alcanzar la supresión del exequatur en el seno de la Unión Europea, desarrollándose el régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias en su Capítulo III, Arts. 36 a 60.

De forma resumida, el sistema que establece el Reglamento Bruselas I bis se basa en procurar la eliminación la exigencia de obtener el exequatur en el Estado requerido, cuando la sentencia fuera dictada por un tribunal de un Estado parte, en aquellos supuestos que se sitúen dentro del ámbito de aplicación del instrumento. En este sentido, mientras el procedimiento del reconocimiento se contempla en los arts. 36 a 38, la ejecución se recoge en los arts. 39 a 44, mientras que la denegación se regula (para ambas situaciones) en los arts. 45 a 51 del instrumento europeo.

8. Así las cosas, el art. 36.1 parte de la idea de que las resoluciones judiciales emitidas en un Estado miembro serán reconocidas automáticamente, sin necesidad de que se deba acudir a ningún procedimiento en el Estado miembro de destino. Junto a ello, el art. 39

contempla que aquellas resoluciones que resultasen ejecutables en el Estado miembro de origen, resultarán igualmente ejecutables en el de destino sin precisar de declaración de ejecutabilidad alguna en dicho territorio. Una ejecutabilidad que, en razón del art. 40, podrá dar lugar a la adopción de medidas cautelares en el Estado miembro de ejecución. Para ello, el art. 37 se refiere a la documentación que la parte interesada deberá aportar para invocar una resolución en otro Estado miembros (esto es, una copia de la misma, el certificado previsto y, en su caso y de forma potestativa para el tribunal requerido, su traducción).

En términos similares se manifiesta el art. 42, al respecto de la ejecución, o la resolución que ordene una medida provisional o cautelar. Por su parte, el art. 41.1 establece que será el ordenamiento del Estado miembro de destino el aplicable al respecto del procedimiento de ejecución, recibiendo el mismo tratamiento que las resoluciones dictadas en dicho país y asimilándose a las mismas. En todo caso, el art. 41.3 incorpora una previsión en virtud de la cual no se exigirá que la parte solicitante tenga una dirección postal en el Estado miembro requerido, ni que tenga la obligación un representante autorizado en dicho Estado, a menos que la misma se imponga con independencia de la nacionalidad o domicilio de las partes.

Sin embargo, la pretendida ejecutabilidad automática de la resolución judicial procedente de otro Estado miembro, no ha eliminado la posibilidad de controlar en el país de destino tanto el reconocimiento, como la ejecución de la resolución extranjera (en aquellos casos en los que la decisión fuera declarada ejecutiva en origen). De tal manera que la abolición del exequatur va acompañada de formas de control basadas en el mantenimiento de una cierta desconfianza. En esta línea, el texto prevé los mismos motivos de denegación tanto para el reconocimiento, como para la ejecución (art. 45). Los motivos de denegación vienen a ser similares a los existentes en el régimen anterior (incluyendo, por lo tanto, la contrariedad

manifiesta con el orden público del Estado miembro requerido, la rebeldía del demandado o su inconciabilidad). El órgano ante el que se ha de presentar la solicitud y se tramitará la petición de denegación será, en el caso de España, el Juzgado de Primera Instancia (art. 75, en relación con el 47).

A su vez, como subraya el art. 43, se incorpora que el certificado de la resolución por la que se insta la ejecución deberá notificarse a la persona contra quien su hubiera instando la misma, pudiendo ésta solicitar (en su caso) una traducción si estuviera domiciliada en un Estado miembro distinto del de origen de la resolución; mientras tanto únicamente podría adoptarse medidas cautelares. Junto a ello, tal y como reza el art. 44, si se solicitara la denegación de la ejecución, el órgano del Estado miembro requerido podrá (a instancia de parte), alternativamente, limitar el procedimiento de ejecución a la adopción de medidas cautelares, condicionar la ejecución a la constitución de garantías o suspenderlo total o parcialmente. Igualmente, se podrá solicitar la suspensión de la ejecución de la resolución extranjera, si ésta hubiera perdido fuerza ejecutiva en origen. Igualmente, la decisión adoptada por el Juzgado de Primera Instancia, podrá ser objeto de recurso ante la Audiencia Provincial y posteriormente ante el Tribunal Supremo en el caso de España (art. 75, en relación con los 49 y 50).

9. En línea de principio, el sistema descrito no suscita especialidad alguna al respecto de las sentencias relativas a un litigio en materia de contrato individual de trabajo. Claro está, a excepción de lo dispuesto en el art 45.1, e) al referirse a las casusas de denegación de reconocimiento. De esta manera, la literalidad de este precepto dispone:

«1. A petición de cualquier parte interesada, se denegará el reconocimiento de la resolución:

(...)

e) en caso de conflicto de la resolución con lo dispuesto en:

i) el capítulo II, secciones 3, 4 o 5, en el supuesto de que el demandado sea el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, o (...)

Según esta significativa previsión, se podrá llegar a denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera, en aquellos supuestos en los que se hubieran contravenido las normas de competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo contenidos en el Capítulo II, sección 5, arts. 20 a 23 del propio Reglamento Bruselas I bis . Con ello, se incorpora un control de la competencia judicial internacional del juez que dictó la sentencia, por parte del juez requerido, exigiendo el cumplimiento de los criterios de atribución previstos en los foros de protección que se establece en la sección 5, siendo ésta una auténtica novedad con respecto a los motivos que consagraba el art. 34 del antecesor Reglamento (CE) núm. 44/2001 (el conocido como Reglamento Bruselas I). Sin embargo, este control no incluye la posibilidad de que el juez requerido pueda volver a examinar los hechos en los que se fundó la jurisdicción en origen, o admita nuevos hechos que tuvieron lugar una vez concluido el procedimiento en origen .

10. Resulta evidente que el objetivo que persigue la incorporación de este concreto motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera no es otro que el de la protección de la parte débil del contrato (en nuestro caso, el trabajador), siendo éste el único sujeto que estaría legitimado para exigirlo (y no así el empresario) . Una tutela que se traduciría en que el juez de origen hubiera resultado internacionalmente competente en virtud de alguno de los foros establecidos en los Arts. 20 a 23 del Reglamento. Una mención expresa a la citada sección 5 que, a juicio de la doctrina, habría de ser interpretada de forma restrictiva . Por lo que, en consecuencia, no permitiría acudir al foro de protección del trabajador que contempla la Directiva 96/71/CE

y que se ha trasladado al sistema español de Derecho Internacional privado, a través de la Ley 45/1999. Por lo que, en línea de principio, dicha tutela europea en sede de reconocimiento y ejecución, se vería limitada en tales casos que quedarían excluidos.

Según lo dispuesto en la mencionada sección 5, y de forma resumida, se contempla que a partir de su art. 21 el trabajador tendrá a sus disposición, para demandar el empleador –de forma alternativa–, los tribunales del país donde se encuentre domiciliado el empresario, aquellos del lugar donde o desde el cual preste habitualmente sus servicios o del último sitio donde hubiera desempeñado su trabajo o, si no fuera ese el caso, donde se situara el establecimiento de empleo. Mientras que el empresario podrá demandarle donde el trabajador estuviera domiciliado. Y ello, como recuerda el art. 20, sin perjuicio de los foros establecidos en los arts. 6 (supuestos de demandados no domiciliados en un Estado parte), 7.5 (litigios relativos a la explotación de sucursales) y 8.1 (foros de conexión procesal), así como sin verse afectada la posibilidad de presentar una reconvencción, según se ha previsto en el art. 22.2. En todo caso, como reza el art. 23, las partes podrán pactar unos determinados tribunales, siempre que el acuerdo se hubiera concluido con posterioridad al nacimiento del litigio y ofrezca al trabajador alternativas jurisdiccionales distintas a las expuestas.

11. Por todo ello, ha de ser bienvenida la incorporación de esta novedosa causa de denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera en el nuevo instrumento europeo que, en definitiva, implica una modificación destacable con respecto al silencio que guardaba el Reglamento Bruselas I (y más tarde el convenio «paralelo» de Lugano, en su versión de 2007) en esta misma materia –donde ese control se reservaba, al respecto de los contratos con parte débil, únicamente a los contratos de seguro y consumo–. Y ello, debido a que en la actualidad igualmente se permite la tutela de los trabajadores, también en relación con este sector del Derecho Internacional privado.

Una omisión que, a falta de una explicación razonable, encontró su razón de ser, a juicio de POCAR en su Informe al Convenio de Lugano de 2007, que en los supuestos que involucraban a un trabajo era este sujeto quien normalmente solicitaba el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, por lo que su incorporación podría perjudicarle y beneficiar al empresario en último término. Sin embargo, esta exclusión de la protección del trabajador fue ampliamente criticada por la doctrina por su débil justificación, así como por su carácter excesivamente restrictivo y trato discriminatorio, al no permitir una protección perfectamente justificable para tales situaciones litigiosas –como sucedía con el resto de partes débiles del contrato mencionadas–.

12. Por último, cabe señalar como con esta novedad se pone de manifiesto la estrecha interrelación que existe entre los distintos sectores del Derecho Internacional privado, al igual que la necesidad de que se coordinen estrechamente sus respuestas, cuando de lo que se trata es de conseguir objetivos de política legislativa concreta. Tal y como sucede, en este caso, con la tutela del trabajador en situaciones de naturaleza internacional. Un principio, el del favor *laboratoris*, que igualmente subyace en la conveniencia de que coincidan las soluciones propias del *forum y ius* en relación con los contratos individual de trabajo, tal y como prevé el legislador europeo al respecto de las respuestas contenidas en el Reglamento Bruselas I bis y el Reglamento (CE) núm. 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –conocido como Reglamento Roma I–.

En este sentido, cabe subrayar que, al igual que se defiende la conveniencia de la coordinación de las reglas de competencia judicial y las relativas a la determinación de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo internacionales que se ha llevado a cabo en sede europea, resultaba lógico (e incluso necesario) que esta coherencia entre los distintos sectores del Derecho Internacional privado se trasladara igualmente a las relaciones entre

las normas de jurisdicción internacional, con las que reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Sobre todo, en relación con una materia tan sensible y necesitada de una aproximación materializada, como la relativa a los contratos internacionales celebrados con trabajadores.

3.2. Otros instrumentos europeos aplicables

13. La existencia del Reglamento Bruselas I bis no elimina la posibilidad de que se pueda acudir a otros instrumentos europeos, para solicitar el reconocimiento y ejecución en España, de una sentencia en materia de contrato individual de trabajo proveniente de otro Estado parte. En este sentido, y como se había indicado con anterioridad, el solicitante cuenta a su vez con dos instrumentos europeos cuya aplicación es opcional y alternativa a la del Reglamento Bruselas I bis, ampliando así las facultades del peticionario. Es decir, los Reglamentos (UE) núm. 805/2004 y 1896/2006, antes citados. Dos textos con los que el legislador europeo persigue garantizar la eficacia directa de las sentencias en relación con las disputas que entran en su ámbito de aplicación, siendo que en ninguno de los casos mencionados se han excluido los litigios en materia de contratos individuales de trabajo de con un carácter internacional. 14. En primer lugar, hay que hacer mención del Reglamento (UE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnado. Este instrumento cuenta con un campo de aplicación material prácticamente idéntico al Reglamento Bruselas I bis, cubriendo los litigios en materia de contrato individual de trabajo que no han sido excluidos de forma expresa. Con éste instrumento se persigue garantizar el principio de reconocimiento mutuo y la supresión del exequatur –aunque con mayores garantías con las que lo hace el otro–, siendo ambos textos independientes y opcionales para el solicitante.

En este sentido, y de forma resumida, el Reglamento citado se basa en la posibilidad de obtener una certificación de la sentencia sobre un crédito no impugnado en el propio país de origen donde se dictó la sentencia, una vez se hayan cumplido una serie de requisitos en dicho país emisor, que van desde comprobar que se trata de un crédito no impugnado como dispone su Art. 3, hasta que se han cumplido determinados requisitos establecidos en su art. 6 y se desarrolla en los arts. 12 a 19. Una certificación que adoptaría la forma de un Título Ejecutivo Europeo (denominado TEE), que permitiría su posterior ejecución directa (con supresión del exequatur) en el resto de Estados parte, sin que el juez requerido pudiera efectuar control alguno sobre el mismo (como dispone su art. 5), salvo comprobar el cumplimiento de ciertas formalidades y contar con causas muy limitadas de denegación (al respecto, el proceso de ejecución se desarrolla en los arts. 20 a 23).

Un elemento esencial del sistema que ofrece el Reglamento (UE) núm. 805/2004, se refiere a la necesidad de que se cumplan en origen una serie de condiciones procesales mínimas (al trasladarse los controles más estrictos al país de origen, en detrimento del de destino), entre las que se encuentra el propio control de los foros de competencia judicial internacional empleados por el juzgador. Una evaluación que se lleva a cabo en el propio país de emisión del TEE, de forma previa a su circulación internacional. Esta previsión cuenta con un evidente cariz tuitivo que se sitúa en el Art. 6.1, b) y que, sin embargo, no contempla la toma en consideración de los foros de protección disponibles para los trabajadores. Así, al concretar de forma expresa que «la resolución no sea incompatible con las normas en materia de competencia establecidas en las secciones 3 y 6 del capítulo II del Reglamento (CE) núm. 44/2001» (en la actualidad también secciones 3 y 6 del Reglamento Bruselas I bis), se excluyen aquellos foros previsto en su sección 5 (siendo actualmente la misma sección en el Reglamento de 2012).

La falta de mención de la necesidad de que el juez de origen deba comprobar que se habrían respetado los foros de protección en materia de contrato individual de trabajo al dictar la sentencia que contuviera un crédito no impugnado, lejos de carecer de importancia alguna, derivaría en una disminución de la protección del trabajador en tales situaciones y discrimina a este sujeto frente a otros contratantes tutelados. Además, choca frontalmente con lo previsto en el Reglamento Bruselas I bis (donde sí se prevé este control, de la competencia judicial indirecta), empeorando la situación del trabajador en sede de reconocimiento y ejecución de la resolución, cuando se acudiera al Reglamento del Título Ejecutivo Europeo; sobre todo, al excluirse totalmente el *exequatur* para éste instrumento.

15. En segundo lugar, igualmente se debe hacer mención del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. También de forma breve, este Reglamento cuenta igualmente con un ámbito de aplicación casi idéntico al Reglamento Bruselas I bis –aplicándose a determinados litigios en materia de contrato individual de trabajo– y se ha establecido como un mecanismo complementario y opcional para el demandante. El instrumento se encuentra basado en el principio de reconocimiento mutuo y se ha elaborado con la finalidad de dotar de flexibilidad y de agilidad al cobro en supuestos transfronterizos (art. 1), estableciendo un proceso monitorio de naturaleza europea destinado para el cobro de créditos pecuniarios, cuando estos contaran con un importe determinado, y estuvieran vencidos y fueran exigibles (art. 4).

Así las cosas, el mencionado Reglamento persigue suprimir el *exequatur*, dentro de su ámbito de aplicación (como dispone de forma rotunda el art. 19), por medio del establecimiento de este singular procedimiento, donde se contemplan con detalle extremos que van desde la solicitud hasta la ejecución, al igual que la exigencia del cumplimiento de normas

mínimas comunes. También en este caso se contempla un control de la competencia judicial internacional de origen, en su art. 6, aunque únicamente prevé una tutela específica en su apartado 2.

Por lo que, de nuevo y como sucedía con el Reglamento regulador del Título Ejecutivo europeo –antes expuesto–, nos encontramos ante un instrumento europeo que, cubriendo los litigios en materia laboral, tampoco el Reglamento que regula por el que se establece un proceso monitorio europeo prevé una tutela completa para el trabajador. Así, al igual que como acontecía en el supuesto anterior, esta omisión podría hundir sus raíces en el momento de su elaboración y su paralelismo con el Reglamento Bruselas I, que tampoco contenía esa forma de para el trabajador. No obstante, dicha imprevisión posee consecuencias prácticas que deberían ser tomadas en consideración, de cara a una revisión futura de ambos Reglamentos –que podría tomar como modelo lo previsto en el Reglamento Bruselas I bis–, para corregir esta falta de protección del trabajador.

4. EL JUEGO DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

16. Fuera del ámbito regional europeo y en ausencia de un Reglamento elaborado por la Unión Europea aplicable *in casu*, se habrá de acudir a las disposiciones convencionales de carácter general que, a su vez, prevean soluciones relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias derivadas de un litigio internacional, que a su vez cubran litigios en materia de contrato individual de trabajo. Y ello, debido a la ausencia de instrumentos convencionales especializados que cubran este tipo de litigios en particular. Como en el caso anterior, lo realmente determinante para seleccionar el texto convencional finalmente aplicable en estos asuntos, será el origen estatal de la decisión judicial que se desea despliegue efectos en España (al operar tales Tratados únicamente *inter partes*), así como que el caso entre

dentro de su ámbito de aplicación (principalmente, desde una perspectiva material).

Junto a ello, hay que tener presente que España se encuentra obligado por diversos convenios que, con un carácter más general, abarcan aquellos litigio relativos a este tipo de contratos, tanto de carácter multilateral como bilateral. Así, en caso de coincidencia o solapamiento, hay que tener presente que los instrumentos multilaterales normalmente prevén su aplicación prioritaria frente a los bilaterales, al igual que hacen los Reglamentos europeos al respecto de tales convenios bilaterales. De ahí que, de forma previa a analizar los segundos, se presenten primero los convenios multilaterales que obligan a la actualidad a nuestro país.

4.1. Convenios multilaterales

17. Dentro de los convenios multilaterales aplicables en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, que a su vez cubran la materia que nos ocupa, sobresale el denominado Convenio «paralelo» de Lugano. Esto es, el Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Diseñado para replicar las soluciones de los textos de la Unión Europea en sus relaciones con aquellos miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), el Convenio de Lugano de 2007 posee un cierto interés para este trabajo y resultar de aplicación supletoria a Reglamentos como el de Bruselas I de 2001 (como se deriva de lo dispuesto en su Art. 64.2, c)) y sustituye a los bilaterales firmados entre países signatarios (en atención a su Art. 65). Por su parte, hay que tener presente que el posterior Reglamento de Bruselas I bis de 2012 dispone, en su Art. 73.1, que éste no afectará a la aplicación del convenio de Lugano.

Hoy por hoy, el Convenio de Lugano de 2007 resulta el único convenio multilateral pertinente para España, a los efectos del pre-

sente estudio. Y ello, dado que no cabría la aplicación, para los supuestos analizados, ni de otros Convenios de naturaleza multilateral que se ocupen del reconocimiento y la ejecución de sentencias y que cubren materias específicas (entre las que no se encontrarían los litigios relativos a los contratos individuales de trabajo), ni el más general Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Así las cosas, y por lo que hace a este último convenio mencionado, dado que el mismo no se aplica a esta concreta cuestión, como nos recuerda su art. 2.1, b), donde se excluyen los acuerdos de elección de foro «relativos a los contratos de trabajo, incluyendo los convenios colectivos».

18. Sin ánimo de exhaustividad, el Convenio de Lugano de 2007 regula el reconocimiento y ejecución de sentencias en su Título III, desarrollado en sus arts. 32 a 56. En su condición de Convenio «paralelo», su articulado sigue el modelo que, en su momento ofreció el Reglamento Bruselas I, guardando igualmente algunas similitudes con el posterior Reglamento de Bruselas I bis. En este sentido, este instrumento se encuentra basado en el objetivo de garantizar un reconocimiento automático de las sentencias extranjeras (art. 33.1), diferenciando entre el reconocimiento y la ejecución (respectivamente, 33 a 37 y 38 a 52), siguiendo un procedimiento simplificado para el reconocimiento o la ejecución.

Por lo que respecta al procedimiento, la solicitud de reconocimiento o ejecución se deberá presentar, en el caso español, ante los Juzgados de Primera Instancia (así, el art. 39.1, en relación con el Anexo II), pudiendo presentarse recurso contra la decisión que emitiera, ante la Audiencia Provincial (Art. 43.3 y Anexo III) y posteriormente frente al Tribunal Supremo (Art. 44 y Anexo IV).

19. Los motivos de denegación incluidos en el Convenio de Lugano de 2007, se encuentran recogidos en los arts. 34 y 35, donde prácticamente se replican las causales contenidas en el Reglamento de Bruselas I

de 2001 (igualmente situados en sus arts. 34 y 35). En este sentido y como se ha expuesto al analizar el Reglamento Bruselas I en este ámbito, el Art. 35.1, al referirse a la posibilidad de que el juez requerido efectúe un control de las normas de competencia judicial internacional empleadas por el juez de origen, no contempló que se tuvieran en cuenta las incluidas en la sección 5 –competencia en materia de contratos individuales de trabajo–, por lo que tales supuestos quedan sin la protección adecuada en sede de reconocimiento y ejecución.

En esta línea, el momento en el que se elaboró el texto convencional y su alineamiento con la respuesta que aportaba el Reglamento Bruselas I, podría justificar esta omisión –al ser el único tipo contractual, celebrado con parte débil, que no se encuentra contemplado–, que además fue justificada por POCAR en su Informe Explicativo al Convenio –como ya se ha expuesto con anterioridad–. No obstante, sería de esperar que, en una futura negociación del Convenio de Lugano de 2007, se alinee esta previsión con los avances incorporados en el Reglamento Bruselas I bis en este ámbito, por medio de la incorporación de esta causal protectora del trabajador.

4.2. Convenios bilaterales

20. Por último, cabe referirse al haz de convenios bilaterales que obligan a nuestro país e incorporan normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. A este respecto, hay que tener muy presente que el efecto de los Reglamentos europeos mencionados y del Convenio de Lugano al que se ha hecho referencia, va a reducir en gran medida la posibilidad de acudir a un instrumento bilateral en la práctica. Así las cosas, y a modo de ejemplo, en virtud de lo dispuesto en los Arts. 60, 70 y 76 del Reglamento Bruselas I bis, dejarán de tener virtualidad práctica alguna (por lo que respecta a los litigios que entren dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento, como los analizados en el presente trabajo),

los Tratados bilaterales en la materia celebrados entre los Estados parte.

Una circunstancia que afecta, en relación con nuestro país a en sus relaciones bilaterales en la materia analizada, con Francia, Italia, Alemania, Austria, Chequia y Eslovaquia y Bulgaria –al no poder acudir a los convenios bilaterales celebrados con tales países, al menos por lo que hace a los litigios que constituyen nuestro objeto de estudio.

21. En consecuencia de lo expuesto, España se encontraría vinculada en la actualidad por aquellos textos bilaterales plenamente operativos, en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, que además cubran los litigios derivados de contratos individuales de trabajo. Pues bien, para empezar y a excepción de aquellos convenios cuya virtualidad es nula por efecto de los Reglamentos europeos y de los textos convencionales multilaterales antes citados, se encuentran plenamente vigentes los convenios bilaterales en materia de reconocimiento de ejecución celebrados con países como: Colombia, Uruguay, Brasil, México, Israel, Rusia, China, Marruecos, Mauritania, El Salvador, Túnez y Argelia .

Ahora bien, cuando se desciende a su análisis, por lo que interesa al presente estudio, se advierte que su aproximación a la materia difiere sensiblemente. Así las cosas, aunque algunos de ellos se refieren expresamente a la materia laboral, como incluida en las materias que cubre el convenio o que excluye, la mayor parte de estos convenios –al delimitar su ámbito de aplicación en materia de reconocimiento y ejecución–, se refieren en términos generales a la «materia civil mercantil», sin referirse expresamente a los litigios relativos a los contratos individuales de trabajo, pero sin tampoco excluirlos expresamente .

De este modo, en esta aproximación se aprecia que sigue el mismo modelo y casi idéntica redacción como la presente en los instrumentos europeos e incluso muy cercana a lo dispuesto en la posterior y más novedosa Ley de Cooperación Jurídica Internacional

en materia civil de 2015 –que se analizará seguidamente–. Por lo que se podría estimar que perfectamente podría defenderse una interpretación extensiva de la «materia civil y mercantil» que contienen, permitiendo la aplicación de estos instrumentos a las situaciones analizadas.

22. No obstante, de otro lado, y por lo que hace a la eventual protección que tales instrumentos bilaterales dispensan al trabajador en sede de reconocimiento y ejecución, se observa que al establecer las normas de competencia judicial que han de seguir los jueces de cada país, los mismos no incorporan respuestas especializadas y, ni tan sólo normas que tutelen al trabajador en el plano jurisdiccional. Por consiguiente, resulta criticable que en tales convenios bilaterales no se proyecte en ellos el objetivo tuitivo que debe perseguir el sistema de Derecho Internacional privado para todos sus sectores y en relación con tales casos.

El caso de El Salvador –único donde se cubren los sectores de la competencia judicial directa y del reconocimiento– es, sin embargo, particular, ya que en el mismo sí que se contempla tal protección al trabajador para las relaciones entre ambos países. Así, en su art. 4.1 se contemplan foros especializados de protección del trabajador. Los cuales habrán de ser respetados por los jueces de ambos países y, en concreto, la posibilidad de que no hubieran sido respetadas se sitúa entre las causas de denegación de reconocimiento expuestas en su art. 11.5.

5. EL SISTEMA AUTÓNOMO SUPLETORIO

23. Llegados a este punto no cabe más apuntar que, en ausencia de un instrumento europeo o convencional aplicable (ya sea multilateral o bilateral), se habrá de acudir a lo previsto en el sistema autónomo español de Derecho Internacional privado existente para la materia. El cual contará con una naturaleza subsidiaria, y podrá resultar aplicable con cierta frecuencia, ya que jugará para todos los

supuestos que no cuenten con la cobertura de un instrumento de origen europeo o internacional (que recordemos, juegan únicamente inter partes). Pues bien, este sistema de fuente estatal se encuentra principalmente recogido en la actualidad en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Una normativa con la se ha venido a culminar un deseo del legislador español, manifestado al publicar la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de contar con un régimen actualizado para este estratégico sector, que sustituyera el mantenido en los arts. 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

No obstante, este marco normativo se encuentra complementado con otras normas de gran significado que habrán de ser tenidas igualmente en cuenta. De este modo, no hay que perder de vista que esta normativa se verá complementada con otras disposiciones como son Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio 7, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, e incluso la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Unas soluciones que, es importante subrayarlo, no sólo van a resultar de interés para el correcto juego de la Ley de 2015, sino que también importarán para la adecuada aplicación de los instrumentos europeos e internacionales, por efecto de las remisiones que en ellos se contienen.

24. La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015 contempla en su ámbito de aplicación material, a pesar de la literalidad de su título, la cobertura de la materia de los contratos individuales de trabajo –como establece claramente en su Art. 1.2–, refiriéndose a las cuestiones propias del reconocimiento y ejecución de sentencias en su Título V, desarrollándose a lo largo de 6 Capítulos, en los Arts. 41 a 61. De tal forma que este articulado constituye, en nuestros días, el marco normativo principal en el que hemos de manejarnos con relación a las cuestiones objeto del presente estudio.

El sistema que establece la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015, moderniza y clarifica el sistema previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a la vez que incorpora los avances que se habían experimentado en la jurisprudencia que había interpretado sus arts. 951 a 958 (arrinconando definitivamente el sistema de reciprocidad), estando igualmente influenciado por los instrumentos europeos aplicables en la materia a los que antes nos hemos referido –aunque sin suprimir el exequatur–. Así, entre otros y sin ánimo de profundizar en la materia, la nueva normativa diferencia claramente entre el reconocimiento (Capítulo II) y la ejecución (Capítulo III), mientras que regula con detalle el procedimiento judicial de exequatur (Capítulo IV).

25. Expuesto de forma sumaria, el art. 44 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, parte del principio de garantizar la «extensión» de aquellos efectos que tenían en origen a las sentencias extranjeras, siempre que cumplan con lo dispuesto en la Ley. La opción que realiza nuestro legislador por el «modelo de extensión» (como ya hiciera el europeo), puede plantear cuestiones como la adaptación de una medida desconocida en nuestro país, otra que sí lo fuera (art. 42). La solicitud de reconocimiento, que podrá presentarse a título principal o incidental, aunque ello no impedirá que pueda plantearse una nueva demanda en un procedimiento declarativo en España (art. 45). El reconocimiento podrá denegarse a partir de las causas establecidas en el art. 46, no siendo dispares a las analizadas hasta ahora en los instrumentos europeos y convencionales –i.e. contrariedad con el orden público, violación de los derechos de defensa, materias de competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales españoles requeridos o que no mantengan una conexión razonable con la jurisdicción de origen, o la inconciliabilidad de la resolución foránea con otra dictada con anterioridad en España, en otro Estado que pudiera ser reconocida en España, así como por la pendencia de un litigio idéntico anterior en España–.

Una vez obtenido el exequatur –cuyo procedimiento se desarrolla en los arts. 52 a 54–, el art. 50 dispone que las sentencias extranjeras ejecutivas en origen lo serán igualmente en España. Por último, y como se prevé en tales preceptos, la resolución dictada por el competente Juzgado de Primera Instancia, podrá ser recurrido (siguiendo el modelo de los instrumentos provenientes de la Unión Europea), ante la Audiencia Provincial e incluso ante el Tribunal Supremo por infracción procesal o mediante el recurso de casación.

26. Como ya se ha puesto de manifiesto en apartados anteriores de este estudio, una cuestión de especial relevancia en la valoración del carácter protector del sistema que establece, se centra en las causas de denegación (en este caso, del reconocimiento) que se consagran en su Art. 46. En particular, la eventual previsión del control de la competencia judicial internacional del juez de origen, por parte del juez español requerido. Pues bien, esta cuestión se aborda en su numeral 1, apartado c) cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 46. *Causas de denegación del reconocimiento*

1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

(...)

c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española».

A tenor de lo establecido en este precepto, el legislador español ha optado –por medio de una fórmula algo confusa, al incorporar conceptos jurídicos laxos y abiertos como el de la «conexión razonable»– por permitir un control

indirecto de la competencia judicial internacional del juez de origen, que permitiría (pero no exige) la aplicación «bilateral», «refleja» o «en espejo» de nuestras normas de competencia judicial internacional aplicables en la materia, que actuarán como sistema de referencia (pero sin exigir su equivalencia), pero que obligaría a llevar a cabo al juez una valoración caso por caso. De esta forma y por lo que respecta a este estudio, habría que valorar si, a la hora de determinar su competencia judicial internacional, el juez de origen hubiera acudido a criterios de atribución que fueran «similares» a los presentes en los foros que establece el art. 25 de la Ley Orgánica 7/2015, para determinar la extensión y límites de la jurisdicción española en el orden social, que se utilizan de modelo.

27. A este respecto y por lo que hace a nuestro sistema interno de competencia judicial internacional aplicable a la materia analizada, hay que recordar que el art. 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza al trabajador a presentar su demanda ante los tribunales españoles, en relación con los litigios internacionales en materia de contrato individual de trabajo, cuando los servicios se presenten en España o sea aquí donde se celebre el contrato, si el demandado posee en nuestro país su domicilio o una agencia sucursal o delegación, o cuando trabajador y empresario posean la nacionalidad española —existiendo una solución específica para los contratos de embarque, centrada en la posibilidad que el trabajador hubiera recibido una oferta previa al contrato en España—.

En principio, los criterios establecidos en el precepto no difieren excesivamente de los contenidos en los instrumentos europeos e internacionales antes referidos, aun cuando presenten ciertas diferencias, como la de la incorporación del criterio de la celebración del contrato. Por lo que, desde una aproximación inicial, podría considerarse que tales foros se orientarían hacia la protección del trabajador en situaciones trasfronterizas y que esta tutela se proyectaría igualmente en el sector del reconocimiento y ejecución.

Sin embargo, estimamos que no puede decirse lo mismo del foro de la nacionalidad común de las partes —trabajador y empresario—. Un criterio de atribución que, a todas luces, debería considerarse como exorbitante y, en consecuencia, su traslado al ámbito del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, podría dar lugar a situaciones en las que esa conexión podría entenderse por el juez requerido como escasamente «razonable» (utilizando la terminología empleada en el art. 46.1, c)). Como resultado de lo expuesto, nos encontraríamos ante un nuevo motivo que aconsejaría la eliminación de este criterio de atribución, en el marco de una deseable reforma futura de este precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial que lo aproximara más a las soluciones presentes en el Reglamento Bruselas I bis.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

28. La multiplicación de la actividad empresarial y, en lógica consecuencia la de la actividad laboral, de naturaleza internacional —en un medio tendencialmente globalizado— facilita que los contratos individuales de trabajo cuenten en la actualidad con un carácter transfronterizo con una mayor frecuencia. Es en este medio complejo, donde coexisten procesos de integración regional y la apertura de nuevos acuerdos multilaterales y bilaterales que fomentan el libre comercio, donde se ven incrementadas las relaciones laborales pluri-localizadas que, ante la ausencia de un conjunto normativo completo de origen internacional a salvo las estrictamente estatales, se sitúa la necesidad de recurrir a las normas contenidas en el sistema de Derecho Internacional privado. Ahora bien, de entre las cuestiones suscitadas en este marco globalizado, el presente trabajo se ha centrado exclusivamente en la problemática que suscita el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en España, al respecto de los litigios en materia de contratos individuales de trabajo.

Pues bien, lo primero que destaca del análisis que se ha llevado a cabo, ha sido la escasez de estudios doctrinales donde se ofrezca un tratamiento particularizado de esta relevante cuestión, así como de la limitada atención que ha recibido por parte de la jurisprudencia. Esta carencia puede deberse a motivaciones diversas, como serían entre otros, la tendencia favorecedora de reconducir tales litigios a la jurisdicción española (merced a los criterios de competencia judicial internacional que así lo autorizan) o por la posibilidad de que las sentencias dictadas en el extranjero sean objeto de ejecución en el país donde se dictaron. Sin embargo, no deben hacer pensar en la falta de interés práctico de la cuestión, ni de la conveniencia de llevar a cabo un análisis del modelo español de Derecho Internacional privado español aplicable en la actualidad.

29. Así las cosas y por lo que respecta a ese análisis del sistema existente en materia de reconocimiento y ejecución en España de sentencias en materia de contrato individual de trabajo, destaca principalmente la pluralidad de normas aplicables a estos litigios y complejidad del sistema en nuestros días. De este modo, en el estudio que se ha llevado a cabo se ha podido comprobar como en los tres niveles de ordenación del sistema (europeo, internacional y estatal) siempre existe una respuesta normativa aplicable a los supuestos objeto de análisis –aunque normalmente sin cubrir de forma específica y especializada los litigios en materia de contrato individual de trabajo, sino que con una naturaleza general «en materia civil y mercantil», cubren igualmente los casos estudiados. Resultando, por lo tanto, de interés clarificar la relación que mantienen entre ellos y las peculiaridades que muestran tales modelos al respecto de los litigios analizados.

Junto a ello, igualmente se ha desprendido de este examen el dispar nivel de protección que se proporciona al trabajador en relación

con cada uno de los sistemas normativos aplicable a cada caso. Una tutela que se centraría, fundamentalmente, en el control de los foros de competencia judicial internacional empleados por el juez de origen, por parte del requerido. En esta línea, el Reglamento de Bruselas I bis ofrece un buen ejemplo de esta aproximación tuitiva, que de algún modo también se encuentra presente en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015, e incluso en alguno de los convenios bilaterales analizados. Sin embargo, tal protección no se encuentra o se ve absolutamente desdibujada en el resto de instrumentos (tanto europeos, como multilaterales) analizados.

30. De ahí que, en definitiva y en la medida de lo posible, resultaría aconsejable revisar tales respuestas con el objetivo de que permitieran garantizar una coordinación adecuada entre las soluciones presentes en los sectores de la competencia judicial internacional y del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al igual que la que ya existen entre los sectores del *forum* y del *ius*. Y ello en relación con los litigios en materia de contrato individual de trabajo de naturaleza internacional, con la idea de otorgar una protección adecuada a estos sujetos.

Una labor que se podría llevar a cabo, por un lado, por medio de incorporar tales cautelos en instrumentos como los Reglamentos (UE) núm. 805/2004 y 1896/2006 –pudiendo tomar, en estos casos, como modelo la respuesta contenida en el Reglamento Bruselas I bis–, para dotar de coherencia a los instrumentos elaborados por el legislador europeo y garantizar la protección del trabajador en tales situaciones. Al igual que, por otro lado, por la incorporación de esta previsión en una futura revisión del Convenio de Lugano 2007, al igual que para aquellos convenios bilaterales que adolecen de tal presupuesto de naturaleza tuitiva a favor de los trabajadores.

RESUMEN

Fenómenos económicos y sociales actuales y tan significativos como son la globalización de la economía o los procesos de integración regional –como sucede, en el caso español, con el generado por la Unión Europea–, explican tanto la frecuencia de los supuestos de movilidad internacional de los trabajadores– «en» y «por» el trabajo–, así como el destacado papel que desempeña –en nuestros días– el Derecho Internacional Privado en la gestión legal de los contratos internacionales de trabajo.

A este respecto, de un análisis en profundidad de estas situaciones y de la normativa que las regula se deriva, como afirmación de partida, que la necesaria protección que merece el trabajador en las situaciones transfronterizas afecta a todos y a cada uno de los sectores del Derecho Internacional privado –esto es, la concreción de la competencia judicial internacional, de la determinación de la ley aplicable, la cooperación entre autoridades y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras–. Como consecuencia y coherentemente con esta afirmación, este objetivo protector también afectaría al significativo sector del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras al respecto de los contratos individuales de trabajo, a pesar de la escasa atención que este sector habría despertado en la doctrina y en la jurisprudencia hasta la fecha.

En este sentido, por lo que hace a los mencionados objetivos perseguidos, este artículo busca analizar el sistema español vigente de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de contratos individuales de trabajo, con la finalidad de observar el alcance del objetivo protector que igualmente debe informar a las normas de este singular sector del Derecho Internacional Privado –esto es, de forma coherente al resto de sectores–, ante aquellas situaciones en las que se pudiera ver afectado un contrato individual de trabajo de naturaleza transfronteriza.

Para cumplir con el objetivo marcado, y al respecto de la metodología seguida en este estudio, resulta imprescindible analizar el alcance de este objetivo protector, al respecto de las soluciones previstas en el sistema español de Derecho Internacional privado vigente, para favorecer el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras en nuestro país –particularmente aquellas normas relativas a la denegación del reconocimiento o la ejecución de las sentencias extranjeras–. Un trabajo que, en particular, ha conducido a analizar las soluciones presentes en el actual ordenamiento español, tanto en los Reglamentos europeos aplicables –esto es, el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), el Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados y el Reglamento (CE) N o 2006/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo –como los convenios internacionales aplicables en los que España es parte contratante– es decir, tanto los diversos convenios bilaterales que obligan a España y que se aplican a esta materia, como al Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 (el conocido como Convenio «paralelo» de Lugano de 2007)–, así como las soluciones previstas en la novedosa Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015 –de aplicación supletoria–.

Pasando ya a los resultados alcanzado en el análisis llevado a cabo en este artículo, del estudio que se ha realizado de este sistema normativo destaca, en primer lugar, la pluralidad de fuentes aplicables y la complejidad del sistema vigente en el caso español. Además, en segundo lugar, también ha de subrayarse que las diversas normas aplicables a las situaciones analizadas responden de forma dispar al principio *favor laboratoris* que debe informar al Derecho Internacional Privado en este singular ámbito. Y ello, debido al diverso origen y el diferente momento de elaboración de estos instrumentos y reglas. Así, mientras que en las normas europeas únicamente se promueve el objetivo protector

de forma eficaz en el Art. 45.1, e) del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, y en el sistema convencional este objetivo queda prácticamente huérfano, en el Art. 46. 1, c) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015 se persigue esta finalidad, aunque de forma poco clara. El resultado final es un sistema complejo y con una protección dispar de los intereses de los trabajadores, en relación con los supuestos de contratos individuales de trabajo de naturales trasfronteriza, que precisa de una necesaria revisión.

En consecuencia, y por lo que respecta a las conclusiones del estudio elaborado, se propone que se pongan los medios necesarios para lograr que ese necesario objetivo tuitivo impregne de forma efectiva todas las normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España, en relación con todos sus niveles normativos –esto es, tanto el internacional, como el europeo y el modelo autónomo español– en materia de contrato individual de trabajo. Y ello, para así conseguir una tutela de los trabajadores coherente para todo el sistema español de Derecho Internacional Privado vigente en la actualidad. Así y de conformidad con el principio de «materialización» que ya han experimentado las normas de determinación de la competencia judicial internacional y las relativas a la determinación de la ley aplicable en relación con los contratos individuales de trabajo– como así sucede en los Arts. 20 a 23 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 y el Art. 8 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)–. Para ello se propone seguir con el modelo que ofrece el Art. 45.1, e) del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 –al respecto de los niveles convencional y europeo–, así como despejar las dudas que genera la confusa redacción actual del Art. 46. 1, c) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015.

Palabras clave: Derecho internacional privado. contrato individual de trabajo, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

ABSTRACT Current economic and social phenomena like the Globalization of the Economy and regional integration processes –as it happens, in the case of Spain, with the one generated by the European Union–, explain the great increasing of the international mobility of workers– «in» y «for» the employment–, as well as the leading role which Private International Law plays respect to the legal management of the individual contracts of employment with an cross-border character.

In this respect, from an in depth analysis of these situations and of the legal framework which regulates them, it derives as starting point statement, that each and every Private International Law sector –i.e. the determination of the international competent court, the law applicable to the merits, the cooperation of authorities and the recognition and execution of foreign judgements–. Therefore, the rules related to the recognition and execution of foreign judgements included, are necessarily affected by the need to provide a sound legal protection to workers in relation to cross-border situations. As a consequence, and accordingly to this coherent approach, this would also affect the sector of the recognition and enforcement of foreign judgements, in spite of the limited attention which literature and case-law has paid to this significant sector in matters of individual contracts of employment.

Therefore, and in relation to the objectives which are going to be pursued, this article aims at analysing the current Spanish legal system of recognition and execution of foreign judgements in matters of individual contracts of employment, from the perspective of the protective objective that their provisions must achieve. And this is so, in order to assess the reach of the protective objective which must undertake those rules of this particular sector of the Private International Law system, in front of those situations in which an individual contract of employment is at stake.

In order to fulfil the mentioned goal, and in relation to the methodology which has been followed, it is necessary to evaluate the reach of the protective objective, in relation to the solutions which are present at the current Spanish Private International Law system, in order to favour the recognition and enforcement of foreign judgements in Spain –in particular those rules related to the deny of the recognition and enforcement of foreign judgements–. This study has led, in particular, to evaluate the solutions which are included nowadays in the Spanish legal order, not only in the European regulations which are of application –i.e. Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004, creating a European Enforcement Order for uncontested claims, and Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure–, but also the international Conventions in which Spain is a Contracting party– i.e. the bilateral Conventions which are binding for Spain and are of application for the cases analysed, and the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters signed at Lugano the 30 October 2007 (the so called Lugano «parallel Convention of 2007) –as well as the solutions which are present at the new Spanish Act of Legal Cooperation in Civil Matters of 2015– with a subsidiary application –.

When we get to the results which have been reached by the analysis carried out by this article, it must be firstly highlighted, on the one hand, that after an analysis of that normative system, the plurality and complexity of the current legal sources in Spain. Moreover, on the other hand, it has to be also stressed, that the different legal instruments which are bound to discipline those particular cross-border situations, provide a dissimilar answer to the *favour laboris* principle. And this is so, due to their divergent origin and the different moment when those instruments and provisions were enacted. In relation to this, while the protective objective is only fulfilled in an effective way at Art. 45.1 (e) of

Regulation (EU) No 1215/2012 in relation to the European instruments, and this goal is practically unattended at the conventional level, Art. 46. 1 (c) of the Spanish Act of Legal Cooperation in Civil Matters of 2015 try to serve this objective, but in a very unclear fashion. Hence, the outcome is a complex legal system which provide a dissimilar protection to the interests of the employees in relation to the studied cases, which demand a review.

As a consequence, and in relation to the conclusions which can be derived from this study, it can be suggested and in order to reach the mentioned protective objective in an effective way, also in relation to all rules related to the recognition and execution of foreign judgements in Spain, and in respect to all its normative levels –i.e. International, European and the Spanish autonomous system– in matters of individual contracts of employment. Thus to reach a coherent protection of employees through all the Spanish Private International Law system. And this should be achieved, so that this sector could also be informed by the same «substantive» approach which already has had an impact in those rules related to the determination of the international competent jurisdiction and the law applicable in matters of individual contracts of employment –as it can be observed at Arts. 20 to 23 Regulation (EU) No 1215/2012 and Art. 8 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)–. In order to achieve this goal, it can be suggested to follow the example present in Art. 45.1 (e) Regulation (EU) No 1215/2012 as a model –for the conventional and European level–, as well as to clarify the uncertainties which derive from the confusing wording of Art. 46.1 (c) Spanish Act of Legal Cooperation in Civil Matters of 2015.

Keywords: Private international law. individual contracts of employment, recognition and enforcement of foreign judgements.

La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el reglamento Roma I

The law applicable to cross borders employment contracts: Rome I Regulation

LUIS F. CARRILLO POZO*

1. INTRODUCCIÓN

Es cierto que el legislador europeo ha tenido en mente el reequilibrio de las posiciones negociales de las partes en algunas especies contractuales, incluida la relación laboral; es cierto que se ha gestado una norma materialmente orientada que intenta salvaguardar un mínimo de protección; pero lo que no se puede afirmar es que la norma de conflicto del art. 8 del Reglamento Roma I sirva para garantizar en todo caso el mayor nivel de protección al trabajador implicado en un contrato con elementos de internacionalidad. Su carácter tuitivo se desdibuja y en consecuencia afloran sus déficits en presencia de otros objetivos (obviamente legítimos) propios del Derecho del trabajo *strictu sensu* (la paz laboral, el favorecimiento de la competitividad a nivel global, que la normativa laboral no se traduzca en sobrecostos) y del Derecho

internacional privado (posibilidad de elegir la ley aplicable, preferencia de la ley más estrechamente vinculada al caso)². Más aún: Ese desdibujarse empieza en una dimensión más técnica, esto es, en el diseño de la norma de conflicto, siendo dudoso que aporte a los contratantes la certeza básica sobre cuál será el Derecho aplicable: Probablemente no exista forma mejor de tutelar a un trabajador que decirle desde el principio cuál es la disciplina de cuestiones como el fin de la relación laboral o de su salario, por ejemplo³. El objetivo

* Profesor de Derecho internacional privado. Universidad de Gerona.

¹ Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), RRI en lo sucesivo. Sustituye al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR) para contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009, con lo que a día de hoy su imperio en la materia no es absoluto.

² A lo que habrá que añadir la interactuación con los derechos fundamentales en el espacio europeo, cuestión ésta siempre destacada por V. Van Den EECKHOUT en sus trabajos. Véase por ejemplo «The «right» way to go in international labour law – and beyond», en <http://ssrn.com/abstract=2626598>

³ Incluso más: La incertidumbre comienza en la selección de la norma de conflicto relevante en el caso de los contratos de larga duración, habida cuenta de que el RRI se aplica también a los contratos concluidos antes de 17 de diciembre de 2009 cuando la relación haya sido objeto de una modificación de tal envergadura como para considerar que se ha celebrado uno nuevo (STJUE de 18 de octubre de 2016). En qué consista esto es un arcano que habrá de dilucidar cada juez nacional según su personal criterio. Para un estudio de las opciones de Derecho transitorio y una discutible propuesta de retroactividad, S. RAMMELOO, «'From Rome to Rome'. Cross-border employment contract. European Private International Law: Intertemporal law and foreign overriding mandatory laws», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, pp. 308-310.

de las siguientes páginas es desarrollar esas cuestiones, incidiendo especialmente en los desarrollos jurisprudenciales obra del TJUE.

2. EL ART. 8 RRI: NOTAS PRELIMINARES

2.1. Sobre el ámbito de aplicación

El sistema conflictual europeo es igual para todos los Estados miembros (eso significa «reglamento europeo») y no admite excepciones nacionales o normas especiales de fuente autónoma: Frente a algunas voces dispersas que aluden a la vigencia del art. 1.4 ET⁴, conviene dejar claro que la única norma de conflicto vigente en España en materia de contrato de trabajo es el art. 8 RRI y disposiciones concordantes de idéntica fuente. No por razón del mayor o menor acierto de sus soluciones o de compatibilidad con los principios europeos: Es sólo jerarquía⁵. Por supuesto que gracias al juego de la cláusula de escape se puede llegar en algún caso a resultado similar al que conduce aquella disposición, mas ello no es inexorable ni siquiera en presencia de los mismos datos, porque el RRI permite tener en cuenta un ilimitado catálogo de factores, frente a lo estricto del art. 1.4, anclado en elementos externos al contrato⁶. Otro tanto puede afirmarse respecto a la DA 16 de la Ley de puertos del

Estado y de la marina mercante en relación con el REBECA.

No es controvertido que el RRI contiene sólo lo relativo a contratos: Lo laboral de contenido no contractual (conflictos colectivos, huelgas, cierre patronal, negociación colectiva,...) queda al margen, disciplinado en otras normas, y sin perjuicio de su eventual incidencia en el desenvolvimiento de la relación contractual⁷; por ello, si se detectaran otras necesidades de política social (por ejemplo, combatir el *dumping* social o potenciar el papel de la negociación colectiva), habrán de ser atendidas acudiendo a otros expedientes técnicos, pero difícilmente con la norma de conflicto bilateral.

En tercer lugar, hay que delimitar el supuesto de hecho de la norma: Es obvio que de nada valdría reglamentarizar el sistema si por vía interpretativa se generan discrepancias en las jurisdicciones nacionales. A tal efecto, existe una amplia batería de sentencias en las que el TJUE elabora un concepto de trabajador, primero a propósito de la norma del art. 45 TFUE⁸ y más recientemente en base al art. 18 RBI (actual art. 20 RBI bis): «...la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución»⁹; para que haya subordinación, como elemento diferenciador respecto a la prestación de servicios, basta con la sujeción a las instrucciones de la otra parte, siendo compatible con la autonomía de criterio o un amplio margen de decisión en el ejercicio cotidiano de sus funciones¹⁰, y desaparece —y con ella la re-

Por fortuna, en el ámbito laboral es básicamente indiferente estar a un texto u otro.

⁴ Por ejemplo, otra lectura del sistema de fuentes aparece en J. GALIANA MORENO, «Territorialidad», en *Enciclopedia laboral básica Alfredo Montoya*, Madrid, 2009, p. 1325 (entre otros trabajos). De forma confusa le atribuyen valor residual FERNANDEZ ROZAS J. C./SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2016, p. 614. Intenta coordinar ambas normas, O. FOTINOPOULOU BASURKO, «Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho internacional privado», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2004, pp. 49 ss.

⁵ STSJ Galicia de 18 de marzo de 2008.

⁶ Cfr. M. LLOBERA, «El artículo 1.4 ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de ley aplicable al contrato internacional», en *Revista de Derecho Social*, 2016, p. 141.

⁷ Por todos, F. GAMILLSCHEG, «Rules Of Public Order in Private Labour Law», en *Rec des Cours*, 181 (1983-III), pp. 335 ss. en particular.

⁸ Vid. la sentencia de 17 de julio de 2008, asunto C94/07, *Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV.*, y las allí citadas.

⁹ Sentencia de septiembre de 2015 en el asunto C-47/14.

¹⁰ Conclusiones del Abogado general en el asunto C-47/14.

lación laboral— cuando existe una capacidad de influencia «no insignificante» sobre el órgano de administración de la empresa. A partir de ahí se impone confiar al juez la verificación de los elementos de hecho y de derecho (el contrato que liga a las partes en particular) para determinar si en el caso concurren o no los presupuestos de un contrato de trabajo¹¹. Dentro de esos márgenes, el legislador nacional es libre para disciplinar las concretas especies negociales (no es excluible que a un determinado esquema lo someta a calificación mercantil), pero la concurrencia de tales notas comporta en el nivel conflictual la aplicación del art. 8 RRI, de modo que al margen de los arts. 1 y 2 ET encontraremos supuestos en los que se convertirá en la norma de conflicto relevante¹². En todo caso, el TJUE podrá ir delimitando —si se quiere, en negativo— el mencionado supuesto de hecho de la norma.

Consecuencia de todo lo anterior es que el trabajo para la Administración pública cuando opera en su condición de particular es objeto de la mentada norma (es descartable que los funcionarios vengan sujetos a un ordenamiento distinto al de la Administración concernida), lo mismo que el personal laboral a su servicio; el socio industrial verá su posición jurídica disciplinada por las normas de Derecho de sociedades, y, por muy criticable que sea, y en ausencia de previsión expresa al efecto, los autónomos económicamente dependientes no quedan asimilados al trabajador

¹¹ Muy interesante —aunque prescinde del dato conflictual— la sentencia del TSJ de Cataluña 442/2014 de 22 enero: Relación calificada como arrendamiento de servicios en primera instancia y como contrato de trabajo por el TSJ, haciendo un elenco (abierto) de elementos que permiten llegar a esa conclusión: lugar de trabajo, vacaciones, retribución, horario, fijación de precios finales, organización,...

¹² Ni que decir tiene que resultará tan paradójico como posible que se generen desajustes entre la primera y la segunda calificación. Baste apuntar que como regla, si este ordenamiento da un tratamiento del negocio diferente al del juez competente, habrá que respetar su decisión, en coherencia con la voluntad del legislador de que sea ese Derecho y no otro el que solucione la disputa. En nuestro caso, el art. 8.1 ET establece una presunción de laboralidad cuya aplicación depende de la previa competencia del ordenamiento español.

dependiente y por tanto no gozan de especial protección en el espacio europeo¹³.

2.2. Las funciones de la *lex loci laboris*

Basta leer el art. 8 RRI para comprobar que el legislador ha construido el sistema de protección del trabajador a partir del nivel marcado en principio por la ley del lugar donde se trabaja (dejando al margen la referencia al establecimiento por medio del cual fue contratado, reservado para situaciones tendencialmente marginales, como veremos), y en última instancia por la ley de la vinculación más estrecha. Exista o no *pactum de lege utenda*, se trata de garantizarle la protección prevista en este ordenamiento, que marca el umbral mínimo infranqueable, funcionando además (*locus laboris* y cláusula de excepción) como primera conexión en defecto de elección¹⁴.

Descartada la existencia de condicionamiento conflictual previo alguno en TFUE¹⁵, el legislador se ha centrado en la eliminación de las barreras a la libre circulación de per-

¹³ Permítaseme reenviar a las explicaciones recogidas en mi estudio La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I, en *REDT*, 2011, pp. 1023 ss.

¹⁴ Se podría afirmar que la tutela consiste en aplicar la ley cuyo coste de información para la parte débil es el más bajo posible, afirmación carente de fundamento en la medida en que el nivel de conocimiento de esa o de cualquier otra ley es fácilmente imaginable. Aceptemos que beneficia a la parte débil la aplicación de la ley más acorde a las expectativas de los contratantes. Sobre el tema, F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail», en *RCDIP*, 2005, p. 273.

¹⁵ Contra, F. SEATZU, subrayando el valor de la ley del lugar de ejecución de cara al principio de libre circulación de trabajadores y no discriminación de extranjeros y nacionales: «La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel «Regolamento Roma I»», en N. BOSCHIERO (ed.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Turin, 2009, p. 355. Claro que esas mismas funciones las desempeñan otros criterios de conexión. Más mesurado, M. V. POLAK, «Laborum dulce lenimen? Jurisdiction and Choice of Law Aspects of Employment Contracts», en J. MEUSEN/M. PERTEGAS-SENDER/G. STRAETMANS, *Enforcement of International Contracts in the European Union: Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp, 2004, p. 326.

sonas y capitales más que en la propia disciplina laboral¹⁶. El único imperativo era el de facilitación –compartido con todo el sistema jurídico privado– y la interdicción de las discriminaciones por razones de nacionalidad –específica exigencia del entramado legal europeo–. Mas en cuestiones laborales el legislador no ha querido inmiscuirse en una materia con implicaciones políticas, que afecta al modelo económico y social de cada país: Un panorama puede ser deducido del art. 4.2 del TFUE, timorato al referirse a la política social, o del 153, elocuente de hasta qué punto las intervenciones europeas son epidémicas. Sobre ese fondo lo único que podría entenderse como exigencia más contundente sería su art. 45, que lo único que pide es un trato no discriminatorio de todos los trabajadores en un Estado miembro, excluyendo la idoneidad de la nacionalidad como causa fundamentadora de tales diferencias. Nada hay en esta disposición que exija que todos los trabajadores que ejecuten su tarea en un mismo Estado vengan sometidos al mismo ordenamiento, y si no se está exigiendo esto, muy malamente se puede afirmar que haya quedado excluida la posibilidad de usar cualquier otro criterio de conexión como el lugar de conclusión del contrato, la sede del establecimiento desde el que haya sido reclutado el trabajador o la residencia habitual del operario, por ejemplo. Más difícil será, eso sí, admitir una conexión construida en exclusiva sobre la nacionalidad. Pero hasta ahí llegan las limitaciones. En definitiva, ni la *lex loci laboris* era un imperativo europeo ni cabe formular reproche alguno por la selección final del criterio de la vinculación más estrecha.

El papel central de tal lugar en toda disciplina de derecho internacional privado es de sobra conocido. En el plano de la competencia judicial internacional designa al tribunal ante el que pueden y suelen desarrollarse los proce-

sos en materia de trabajo; en punto a ley aplicable, no es sólo que haya sido la respuesta tradicional (*v. gr.*, art. 10.6 CC), sino que comparece en el precedente del art. 6 CR y en los trabajos de reforma siempre se dio por descontada su relevancia. Sus méritos –o funciones, visto desde otra perspectiva– son conocidos: La paz laboral, el trato igualitario de todos los trabajadores, la ventaja de hacer coincidir lo privado con las reglamentaciones públicas en la materia (seguridad social, conflictos colectivos, negociación colectiva), la coincidencia *forum-ius*, su idoneidad para identificar *prima facie* el Derecho más estrechamente conectado con la relación, la facilidad para identificarlo desde el momento en que no depende de vicisitudes personales, su aptitud para fortalecer la planificación y por eso llegar a ser un incentivo para la contratación... En este sentido, hay un continuo que va desde el art. 4 RRI hasta el art. 8 RRI. Cuando el legislador obliga a detenerse en este paso intermedio cada vez que se plantee una duda sobre ley aplicable, está simultáneamente advirtiendo de que la intención no es sino posibilitar la organización empresarial sin desasistir por completo a los trabajadores. Ello trae ulteriores consecuencias: a) El coste adicional en este sector de una cláusula de elección de ley (en la medida en que duplica la inversión en investigar el contenido de los ordenamientos en presencia y dificulta el proceso aplicativo) desemboca en que haya quedado muy limitada en la práctica; b) Nada en el art. 8 RRI exige preguntarse sobre el contenido de la ley del lugar de ejecución antes de decidir si se aplica una u otra. En realidad, todo razonamiento vertebrado en torno a él queda a expensas del descubrimiento de una ley más estrechamente conectada con el contrato, merced al juego de la cláusula de excepción, donde la lógica es netamente localizadora, sin orientación sustantiva alguna (si el legislador hubiera querido el mejor resultado habría predispuerto los instrumentos adecuados a tal fin, como ha hecho en otros sectores). Por eso precisamente es ajena a sus preocupaciones la idea de aplicar en todo caso la ley del foro como si fuera absolutamente imperativa; c) La ley del lugar de ejecución se

¹⁶ Cfr. H. COLLINS, «Justifying European Employment Law», en S. GRUNDMANN/W. KERBER/S. WEATHERILL, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, 2001, p. 206.

convierte en instrumento apto para controlar la llegada de mano de obra extranjera (libertad de establecimiento, desplazamientos temporales de trabajadores¹⁷), en la medida en que al configurar un paquete en el que se integran todos los elementos que conforman el precio final de la mano de obra, cuanto mayor sea el nivel de flexibilidad de las regulaciones más atractivo será el mercado para las inversiones extranjeras y al revés, porque alzar el nivel de exigencia equivale a construir un instrumento defensivo del mercado nacional; d) En el espacio europeo, el homogéneo reforzamiento de los niveles de protección de los asalariados favorece la movilidad interior de la mano de obra (rebaja el coste jurídico *ad intra*) e impide el acceso de prestadores de servicios ajenos. Desde este punto de vista, hablamos, pues, de un criterio de conexión que refuerza las fronteras y enlaza –no casualmente– con la escasa intervención comunitaria en la disciplina de la relación laboral, convirtiéndose en un poderoso aliado para la regulación del mercado de trabajo como tal¹⁸.

Una precisión a efectos expositivos: La elección del Derecho coloca a éste en posición prioritaria, pero –permítaseme insistir– como todo el razonamiento queda condicionado a la ley objetivamente aplicable, partiré de este criterio.

3. LA PRIMERA OPERACIÓN: LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN

El art. 8 contempla cuatro hipótesis: Existencia de un solo lugar de ejecución del contrato, cuando hay una multitud de lugares de

trabajo pero realizados desde un determinado centro, cuando hay un solo lugar pero se ha producido un desplazamiento temporal y cuando no existe un solo lugar de trabajo o no sea fácilmente identificable.

3.1. La hipótesis sencilla: un solo lugar habitual de trabajo

El art. 8.2 sanciona la aplicación de la ley del lugar en el que se ejecuten habitualmente las prestaciones derivadas del contrato, aun cuando el trabajador fuera desplazado con carácter temporal a otro sitio: Junto a las ventajas apuntadas, no olvidemos que quien se introduce –o es introducido– en un mercado de trabajo lo hace en un mecanismo en funcionamiento, cuyas reglas preexistentes le vienen impuestas¹⁹.

En la identificación del lugar de ejecución habrá que estar ante todo a lo que en el contrato se prevea, y, si nada se dice, acudir a elementos de prueba que acrediten cuál es o ha sido el considerado en el momento de contratar²⁰: Nótese que mientras que en sede de competencia judicial internacional el tribunal competente es el de la ejecución real del trabajo (la proximidad manda), aquí debe prevalecer el previsto en el contrato –o el que razonablemente tenía que haber sido previsto en el momento de contratar (es la interpretación que se deduce de la expresión «en ejecución del contrato» del parágrafo 2)–, por una

¹⁹ El trabajador que atiende una oferta y se desplaza a otro mercado asume el riesgo de la internacionalidad: *Cfr.* H. COLLINS, «Justifying...», *op. cit.*, p. 216.

²⁰ En el contrato no tiene por qué venir este dato. No va contra el orden público del foro un Derecho que no se adapte punto por punto a las exigencias del art. 2 de la directiva 91/533/CEE sobre información de las condiciones laborales: al fin y al cabo, ni la directiva se aplica a todos los contratos de trabajo, ni el art. 2.2.c del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, de desarrollo del art. 8.5 ET exige exhaustividad cuando haya varios lugares de trabajo. Podremos encontrar un sistema jurídico que no obligue a informar al trabajador desde el primer momento sobre el lugar de ejecución: Al fin y al cabo, desde el instante en que se tiene derecho a trasladar al trabajador, la información suministrada no es definitiva.

¹⁷ Al Estado más protector no le reporta coste adicional alguno el desplazamiento temporal de los propios trabajadores, justo lo contrario que para los exportadores de mano de obra barata.

¹⁸ Para esta última cuestión, *cfr.* A. BUCHER, La dimension sociale du droit international privé, en *Rec des Cours*, 2009, tomo 341, p. 203.

pura razón de seguridad jurídica, ya que es ése el que dibuja el programa negocial, marcando el contenido de derechos y obligaciones aceptados por ambas partes en el instante de concluir el negocio. Una eventual discordancia posterior entre el pactado y el real no serviría para alterar el funcionamiento del criterio de conexión previsto en aquel instante, sino que correspondería a la *lex loci executionis* esperada establecer si estamos ante un incumplimiento del contrato o si esa alteración entra en el poder de dirección del empresario²¹.

A partir de ahí, será la *lex loci laboris* la que determine el alcance del poder de dirección del empresario y tanto sus facultades de trasladar al trabajador a otro país como las condiciones a las que se somete el traslado (a nuestros efectos no hay diferencia cuando se trate de un traslado colectivo)²². Podemos apuntar varias hipótesis: a) Si un sujeto es expatriado con vocación de permanencia, pasa a ser aplicable la ley del nuevo lugar de ejecución desde el primer día, teniendo en cuenta que para saber si existe desplazamiento de alcance mayor a *temporal* lo determinante desde el punto de vista interpretativo no es si se firma o no un nuevo contrato en el segundo país, con una empresa vinculada al primer empleador o con el propio empleador (a veces constituye una mera exigencia administrativa), sino el programa negocial —o sea, la voluntad de las partes—; en su defecto, habrá que constatarlo *a posteriori*, en atención al trascurso del tiempo; b) Cuando una situación nace como temporal y se convierte en permanente debe recibir una respuesta acorde con la filosofía del RRI, sin fosilizar la ley aplicable, debiéndose aplicar la

nueva *lex loci laboris* en su totalidad *ex tunc*; c) *Mutatis mutandis* se debe llegar a la misma conclusión cuando inicialmente se trata de realizar frecuentes viajes más o menos breves y al final se convierte en un trabajador itinerante, con la consecuencia de desterrar la ley del lugar de ejecución en favor de la ley del establecimiento contratante.

Es relativamente sencillo realizar correcciones, aplicando la ley competente *in toto*; basta con rectificar salarios, vacaciones, aplicar las consecuencias de la nueva ley aplicable en materia de extinción (por ejemplo readmitiendo, concediendo mayor indemnización, etc.),...

Entra en esta categoría de un solo lugar de ejecución la hipótesis del teletrabajo o del trabajo a distancia²³. Cuando un sujeto desempeña su tarea en un lugar estable, dotado de los medios adecuados para ello, proporcionados de un modo u otro por la empresa para la que se trabaja (por ejemplo en un *call center*), la conclusión evidente es que existe un *locus laboris* y que la ley aplicable debe quedar determinada *prima facie* por tal criterio. Dígase lo mismo si de lo que se trata es de trabajo en el domicilio del trabajador o en un lugar elegido por él (art. 13 ET): Existe una *lex loci laboris* conocida por las partes, no sorprendente. Es cierto que ese trabajo aisladamente no tiene sentido, que se inserta en una estructura que le dota de valor económico, pero si la consecuencia de esa constatación es la pretensión de someter esos contratos a la ley de la empresa contratante nos toparemos con la falta de fundamento legal para ello (no es au-

²¹ Las expectativas de las partes juegan un papel relevante sólo en la medida en que se encuentren y queden plasmadas de un modo u otro. Otra visión en F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge...», *op. cit.*, p. 275.

²² Aun no siendo necesario que coincida en todo con la disciplina del art. 40 ET, no parece posible que un tribunal español aplique un ordenamiento que conceda al empleador una facultad ilimitada, sin restricciones o/ni compensaciones al traslado, como contrario a nuestro orden público: Repugna a la sensibilidad jurídica occidental que una sola parte sea dueña del contrato.

²³ El Acuerdo marco sobre teletrabajo, de 16 de julio de 2002, no interfiere en las reglas generales del RRI, porque no contenía previsión alguna respecto a ley aplicable, limitándose a reenviar a lo que dispusieran los ordenamientos y los convenios colectivos. Por lo demás, como asevera R. SERRANO OLIVARES, el problema surge con el teletrabajo conectado con la empresa, en el que es como si el trabajador estuviera dentro de la misma, porque si una persona desarrolla su actividad en un determinado lugar y después transfiere los resultados no surge duda sobre cuál es el lugar de ejecución: «Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional», en *RL*, 2001, p. 1245.

tomático que la cláusula de escape conduzca a ese resultado²⁴). La voluntad de protección del teletrabajador no puede desconocer que los márgenes de razonamiento que permite el art. 8 RRI no apoyan la elevación incondicionada de los niveles de tutela; si una empresa tiene derecho a establecerse libremente donde prefiera, no hay motivo para que no pueda marcharse de donde no esté cómoda, de modo que si se impide ahorrar costes laborales mediante la imposición artificiosa de un Derecho más protector (por ejemplo aquel de su sede central) se está eliminando la ventaja aparejada a esa forma de operar²⁵. Para estar sujeta al ordenamiento laboral español, una empresa española no se va a ir a montar una infraestructura y contratar personal en un país en vías de desarrollo. Existe, pues, una adhesión psicológica innegable a la ley del lugar desde el que se opera, y es ésta la que está llamada prevalentemente a funcionar. Tampoco la excepción de orden público puede convertirse en instrumento masivo de determinación de la ley aplicable²⁶.

3.2. (Sigue): La regla de la base

Una cosa es lo que dice la norma y otra lo que sanciona la jurisprudencia. Por supuesto que es razonable, previsible, ajustado a las expectativas de las partes y a los objetivos conflictuales que cuando un individuo tiene un claro centro de operaciones desde el que trabaja y dota de unidad económica al conjunto de operaciones, el régimen legal de su

relación contractual quede sometido a la ley de tal lugar. Pero a partir de ahí el TJUE ha dado un salto difícilmente justificable desde la óptica del art. 8 RRI: Su conclusión es que si la consecuencia de la inexistencia de un lugar de ejecución es verse constreñido a aplicar la ley de la empresa por medio de la cual se contrató a un trabajador, ha de ampliarse el concepto *locus executionis* hasta hacerlo irreconocible. Vayamos por partes.

Con el antecedente de la normativa sobre competencia judicial internacional y en lo sistemas nacionales²⁷, el art. 8 incorpora la referencia al lugar a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente, cuando no exista un lugar fijo. La norma se adapta bien, por ejemplo, al caso de los trabajadores del transporte regular (conductores, chóferes, revisores,...), representantes del comercio, viajantes, trabajadores de compañías aéreas que realizan desplazamientos desde su base y trabajan a veces a bordo y a veces en tierra, corresponsales de agencias o medios de prensa que cubren una zona y realizan viajes esporádicos desde su centro territorial²⁸, deportistas profesionales al servicio de una sociedad²⁹,... No será ex-

²⁷ Existen precedentes en la jurisprudencia inglesa. En el asunto *Maulik c. Air India* (Tribunal nacional de relaciones laborales, 1974) se aplica la ley india a un trabajador de una compañía aérea india. En 1978 la Corte de apelación en *Wilson c. Maynard Shipbuilding Consultants* y en *Todd c. British Midland Airways* usa el *base test* para aplicar la ley inglesa a los marineros empleados en buques o compañías inglesas.

²⁸ Así, sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 28 de marzo de 2012: Aplicación de la ley china al contrato de trabajo de un corresponsal de un medio francés en China. *Vid. en RCDIP*, 2012, pp. 587 ss.

²⁹ Con los deportistas que desarrollan una buena parte de su actividad en el mismo sitio donde tiene su sede la empresa para la que trabajan, como los que participan en competiciones internacionales de equipos, puede funcionar la regla de la base (donde la base son las instalaciones del club para el que trabajan), porque hay un sitio preponderante de ejecución y los desplazamientos son esporádicos. En otros deportes es dudoso que exista una base: Las sentencias del TSJ Valencia de 13 de septiembre de 2006 y TSJ Madrid de 12 de mayo de 2008, aun tratando una cuestión de competencia judicial, lo ilustran bastante bien: Para el primero, no existe un lugar de trabajo del ciclista profesional y acoge el criterio de la sede de la em-

²⁴ No habría hacer un paralelo –una aplicación análoga forzadísima– con la norma del art. 8.3 entendiendo que hay que aplicar la ley del país en el que se reciben los resultados de la actividad laboral, porque esta última norma sólo tiene sentido como solución de último recurso ante la inexistencia de un lugar de ejecución, cosa que en el caso planteado sí que existe.

²⁵ Alcanzando el mismo resultado a partir de la regla de la base (que no existe realmente), A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, 2016, p. 1163.

²⁶ Otra lectura en R. SERRANO OLIVARES, «Jurisdicción...», *op. cit.*, pp. 1266 ss. en particular.

traño que coincida con el lugar donde se halle algún establecimiento empresarial. La solución del art. 8.2 no se aparta de la conexión lugar de ejecución, pero sólo porque la parte más importante del trabajo se desarrolla en un mismo espacio físico.

Tal y como está diseñada en la norma, la solución no vendría a ser el «reverso ideológico» de la prevista en este tercer párrafo (algo así como la expresión del deseo de no centrar el discurso conflictual en la figura del empresario), sino sólo el resultado de la constatación de que aquí también existe un verdadero lugar de ejecución³⁰. Es una cuestión de sistemática: La regla de la base ha quedado incluida en el apartado segundo del artículo 8, todo él vertebado en torno al lugar de ejecución del contrato. Debe por lo tanto existir coherencia interna: Cada expresión, cada sintagma forma un continuo lógico con las demás del apartado, y si no fuera así, el legislador habría incluido esta regla en otro párrafo. En concreto, si estuviera pensando en una hipótesis más de ausencia de un verdadero y efectivo lugar en el que realiza lo más importante de su trabajo, o habría creado un párrafo nuevo o incluso habría tratado esta situación dentro del número tercero. Esa es la diferencia entre los dos apartados aludidos, pues mientras que en el supuesto de hecho del tercero el trabajador no tiene un lugar de trabajo «al uso» y se ofrece una respuesta que se aparta de la regla porque alguna respuesta aceptable hay que dar, en este sí realiza actividades ejecutivas

presa; para el segundo, el lugar de ejecución se encuentra en España, porque es donde entrena. En un litigio similar, en clave conflictual, el TSJ Castilla La Mancha (sentencia de 22 de julio de 2009) llega a la misma conclusión que el madrileño, pero porque descubre un supuesto de elección de ley. Si se acepta que el del deportista es un trabajo volcado en el espectáculo, parece diáfano que la posición del tribunal de Valencia recoge mejor la realidad.

³⁰ Que la propia Comisión se felicite al presentar la propuesta de reglamento de que una norma no excepcional (el actual art. 8.3 RRI) va a ser aplicada más raramente gracias a la nueva redacción del apartado segundo es una patología: Si no le gusta, lo que tiene que hacer –pudiendo hacerlo– es eliminarla.

sustantivas y por ello no hay motivos para no aplicar la norma general.

Por consiguiente, para que pueda entrar en funcionamiento, lo que se haga en ese lugar debe tener alguna entidad en el conjunto de la prestación, ya sea de planificación y control ya de ejecución. No interesa sólo el criterio cuantitativo (el tiempo pasado en él): Regresar a un sitio, pasar mucho tiempo allí o usarlo como punto de partida para el trabajo no es relevante si no va acompañado de actividad laboral. El sitio al que uno va a dormir o la residencia familiar no son base en el sentido del art. 8; si lo es el despacho desde el que alguien viaja de vez en cuando para visitar a un cliente o los locales del empleador en donde se localizan los instrumentos usados en el trabajo y/o se imparten las instrucciones sobre los viajes a realizar, o donde el personal empleado por una aerolínea desarrolla tareas en tierra y desde donde eventualmente realiza algún viaje, por poner un par de ejemplos³¹. Sólo si existen más de un lugar que cumpla estas características se puede atender presuntivamente a aquel en el que se pase más tiempo³². No es una cuestión de la voluntad de la parte, sino de simple constatación de las evidencias. Si existe un centro de actividades a partir del cual se cumple lo esencial de sus obligaciones, estaremos en el art. 8.2 RRI; si no, tiene que ser un caso del art. 8.3. En estas condiciones, no existe riesgo de inseguridad³³.

³¹ Si, como resulta diáfano, la norma se inspira en las soluciones en materia de competencia judicial internacional en las que se ha entendido que existe un lugar de ejecución en el que constituye la base de las actividades (sentencias del TJ de 9 de enero de 1997, doctrina reiterada en la de 27 de febrero de 2002) y si hemos de creer el considerando séptimo del RRI, que habla de garantizar la coherencia con el reglamento Bruselas I, tendremos que poner el acento en los mismos datos recogidos en esas resoluciones como índices de reconstrucción del concepto «lugar a partir del cual se ejecuta la prestación laboral».

³² J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo», en *Diario La Ley*, N° 7662, 29 Jun. 2011, p. 11.

³³ Crítico con el concepto, M. V. POLAK, «Laborum dulce lenimen»?..., *op. cit.*, p. 330.

3.3. (Sigue): La necesaria interpretación amplia del *locus executionis*

Probablemente esta contención no ha quedado del todo clara en la jurisprudencia del TJ (a propósito del CR pero trasladable al RRI), en la medida en que se termina en un desplazamiento empecinado y artificial desde las hipótesis de inexistencia de un lugar de ejecución a las de *base rule*. La sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2011 afrontaba el caso de un conductor contratado por una sociedad luxemburguesa para conducir un camión desde Odenza (Dinamarca) a otros destinos situados en su mayor parte en Alemania³⁴. Cuando se trata de individualizar el término de comparación en presencia de *electio iuris* se interroga cuál es el lugar de ejecución, a lo que el Tribunal responde, después del usual introito sobre la necesidad de proteger al trabajador y el juego en este punto del criterio lugar de ejecución (en tanto que evita aplicar la ley del Estado en el que está establecido el empresario), termina afirmando que «...en caso de que el trabajador ejerza su actividad en varios Estados contratantes, el país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo con arreglo a la citada disposición [art. 6.2.a CR], es aquél en el cual o a partir del cual, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario». Será el órgano judicial estatal el que deba determinar en qué Estado está situado el tan mencionado lugar de ejecución del contrato, acudiendo a índices como aquel a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, dónde recibe las instrucciones y organiza su trabajo, aquel en el que se encuentran las he-

³⁴ En el contrato se preveía la aplicación de la ley de Luxemburgo. Los camiones estaban estacionados en diversos lugares de Alemania, y matriculados en Luxemburgo, país de cuya seguridad social eran beneficiarios los conductores. La ley elegida y la alemana otorgaban diferente tutela en caso de despido del trabajador miembro del órgano de representación de los trabajadores.

rramientas de trabajo, los lugares en que se efectúa principalmente el transporte, los de descarga de la mercancía y el espacio al que regresa una vez finalizadas aquéllas³⁵. O sea, que el Tribunal reclama una interpretación amplia del concepto lugar de ejecución, hasta el punto de confundirlo con el de los vínculos más estrechos³⁶, y todo ello –asevera– para proteger al trabajador³⁷.

La sentencia de 15 de diciembre del mismo año completa la interpretación de la norma: Contrato de trabajo concluido con una sociedad luxemburguesa y sometido a la ley luxemburguesa, y en ejecución del cual el trabajador desarrolló su actividad como ingeniero de motores a bordo de dos buques propiedad de tal mercantil, en la zona del Mar del Norte. El elemento diferencial en este caso es que el contrato había sido concluido en la sede de una sociedad belga. Despedido, la duda era si se aplicaba el Derecho belga (a Bélgica regresaba después de cada viaje y allí recibía instrucciones) o el luxemburgués (con diferentes plazos de prescripción)³⁸. El TJ ubica el litigio en el marco de la conexión *locus laboris* y, en coherencia con su precedente, sienta la regla según la cual basta una mayor vinculación con un determinado lugar para concluir que éste es el lugar de ejecución a los efectos del art. 6.2.a CR: «...el criterio de vinculación del contrato

³⁵ Considerando 49.

³⁶ Considerando 44: «...el criterio contenido en el artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma ha de aplicarse asimismo en un caso como el del litigio principal, en que el trabajador ejerce su actividad en más de un Estado contratante, cuando el órgano jurisdiccional que conoce del asunto pueda determinar con qué Estado tiene el trabajo un vínculo significativo».

³⁷ La equiparación protección adecuada del trabajador-ley del Estado de ejecución (considerando 42) es un mantra no demostrado. Sí parece convencido J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Prestación laboral...», *op. cit.*, p. 9.

³⁸ Nótese que la Corte de casación había formulado su cuestión partiendo de la base de que resultaba aplicable el ordenamiento de la sociedad por medio de la cual fue contratado el trabajador. Es al preguntar si es lugar de desempeño efectivo aquel en el que debe presentarse el trabajador y donde recibe las órdenes e instrucciones cuando se abre la puerta a un reenfoque de la cuestión prejudicial, corrigiendo el punto de partida del órgano remitente.

de trabajo de que se trata en el asunto principal al lugar en el que el trabajador realiza habitualmente sus funciones debe tomarse en consideración de modo prioritario y su aplicación excluye la toma en consideración del criterio subsidiario del lugar de la sede del establecimiento que contrató al trabajador». Se da un paso más y se termina aseverando que en la disposición controvertida existe una jerarquía de criterios de conexión, de modo que el lugar de ejecución debe desplazar siempre que sea posible al establecimiento del empresario. Así las cosas, el objetivo de protección adecuada del trabajador exige una interpretación amplia del concepto lugar de ejecución habitual, bastando para aplicar la *lex loci laboris* que el trabajo tenga un vínculo significativo con un Estado, y sólo en su defecto la ley del lugar donde se encuentre el establecimiento que contrató al trabajador. Sentado esto, se ofrecen orientaciones para individualizar el lugar preponderante de ejecución del trabajo: El Estado en el que o desde el se realiza la actividad profesional y en su defecto aquel en el que se realice la mayor parte del trabajo³⁹, lo que en el sector del trabajo marítimo significa atender al lugar a partir del cual lleva a cabo sus misiones, donde recibe las instrucciones y organiza el trabajo, y aquel en el que se encuentran las herramientas de trabajo⁴⁰. El juez debe determinar si existe un lugar de ejecución habitual del trabajo, que es «aquel a partir del que, habida cuenta del conjunto de los elementos que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte esencial de sus obligaciones respecto de su empleador»; sólo si no puede individualizarse éste, se está a la ley del establecimiento que contrató al trabajador.

La búsqueda de un lugar de ejecución (incluso en el caso de trabajo a bordo de buques, paradigma del trabajo en multitud de países) acudiendo a conceptos tan amplios como el lugar donde se realice una parte esencial o sustantiva del contrato incita a la maleabili-

dad. Así, mientras que la regla de la base no debería generar incertidumbre, la interpretación judicial de lugar de ejecución habilita cualquier solución⁴¹.

3.4. Perspectiva conflictual del desplazamiento temporal de trabajadores⁴²

Es sabido que para evitar la irrestricta aplicación de la *lex loci executionis* en los casos de desplazamiento temporal de trabajadores dentro de Europa fue necesario elaborar la directiva 96/71/CE (transpuesta con la ley 45/1999) que, sin alterar la solución general –lo que resulta coherente con un objetivo de estabilidad y la regla de que lo accesorio sigue lo principal– garantiza condiciones de concurrencia aceptables a las empresas locales y a las que actúan más allá de las propias fronteras nacionales, con el consiguiente reforzamiento del mercado interior⁴³. El objetivo no era elevar los niveles de protección, ni homogenizarlos, siendo su única preocupación que

⁴¹ Justo porque se ha confiado tal poder de apreciación al juez en la individualización del lugar de ejecución, que no puede ser calificado como cuestión de hecho, debe ser controlable en los recursos extraordinarios (art. 207 LJS; será de particular utilidad la casación para unificación de doctrina, permitiendo construir grupos de casos). En Francia triunfa una calificación fáctica, que nunca llega a la casación. Más aun, el alto tribunal no da orientaciones al respecto: F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge...», *op. cit.*, p. 266.

⁴² Un estudio de la normativa sustantiva en el tema 5 de esta misma Revista.

⁴³ Bien desarrollado el tema del fundamento y objetivo de la directiva en el clásico de P. DAVIES, «Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?», en *CMLR*, 1997, pp. 572-574. Para un repaso general del sistema remitimos a M. FREELAND/J. PRASSL, *Viking, Laval and Beyond*, Oxford, 2015, *passim*; para un estudio de la jurisprudencia del TJ y de la idea de proporcionalidad en particular es fundamental M. FALLON, «Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes», en *RCDIP*, 2008, pp. 781 ss. El gran problema de la solución arbitrada estriba de todas formas en que la estricta aplicación de la ley y la exclusión de los convenios colectivos desemboca en una protección muy débil: *Cfr.* G. ORLANDINI, «Desplazamiento transnacional y *dumping* salarial en la Unión Europea», en *Revista de Derecho Social*, 78, 2017, pp. 139 ss.

³⁹ Considerando nº 37.

⁴⁰ Considerandos nº 38 y nº 40.

las condiciones básicas de salario, vacaciones, seguridad e higiene y no discriminación (es decir, las que determinan en mayor medida el coste laboral) fueran idénticas para los que operan dentro de un determinado mercado. No es baladí que se imponga la aplicación de la ley del Estado de destino sólo en el marco europeo, descartando la idoneidad de extender idéntica solución hacia el exterior y permitir al trabajador beneficiarse de eventuales condiciones laborales más beneficiosas presentes en la ley de un Estado tercero (en tales casos sigue siendo íntegramente aplicable la *lex loci laboris*, sin posibles correcciones vía normas imperativas): Una preocupación laboral nunca existió, y por eso no necesitaba incorporar una norma de conflicto especial⁴⁴.

Interesa insistir en la importancia de distinguir lo temporal de lo definitivo, crucial para que se verifique un cambio de ley aplicable. De los considerandos del RRI, el 34 se limita a dejar a salvo el nivel de protección de la ley del Estado de destino sin imponer su aplicación global, como aclara el art. 3.7 de la directiva, y el 36 equipara temporalidad con previsión de regreso⁴⁵:

1. Qué se entiende por temporal ha quedado abierto. Ni la Directiva 96/71/CE ni la 2014/67/UE lo definen. Descartando su tipificación⁴⁶, se adopta una técnica bastante habitual en el Reglamento, que es llevar a los

⁴⁴ Por eso pone de relieve S. FRANCO la necesidad de delimitar a las empresas destinatarias de la norma en función del ámbito de aplicación subjetivo de la libertad de prestación de servicios, evidenciando las consecuencias indeseables, al tratar mejor a las empresas procedentes de terceros Estados, y la necesidad de ponderar el art. 1.4 de la directiva que impide dar mejor tratamiento a éstos: *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruselas, 2005, pp. 366 ss.

⁴⁵ Adviértase que el referente de comparación no es siempre la *lex loci laboris*, porque el art. 8.3 no vale sólo para los trabajadores itinerantes.

⁴⁶ La Resolución del Parlamento europeo sobre la propuesta, de 26 de agosto de 2006, sugería que si el desplazamiento duraba menos de un año se trataría presumiblemente de algo temporal; entre 1 y 2 años, se presumiría la no temporalidad; más de 2 años, el desplazamiento no sería temporal. La experiencia demuestra que los Estados no renuncian a que

considerandos (el 36) lo que no ha gozado de consenso suficiente como para figurar en el articulado⁴⁷, de forma que, al margen de que se concluya o no un nuevo contrato en el país del desplazamiento, el intérprete tiene plena libertad para decidir en cada caso, a partir de los indicios que hagan pensar que se pretende regresar, sin vinculación alguna⁴⁸. Lo único que hay que controlar es que se haya trabajado en el país de origen y que exista desde el primer momento la previsión de regreso⁴⁹. Leído en negativo quiere decir que si el desplazamiento se pacta como indefinido, se produce el cambio de ley aplicable desde el primer momento⁵⁰.

2. En el marco territorial en el que coinciden, existe discordancia entre la directiva y el RRI: Mientras que para aquella la firma de un nuevo contrato en el país de destino comporta ruptura de relación con la empresa de procedencia y por tanto su no aplicación (art. 1.3), el considerando 36 del RRI sigue calificando tal hipótesis –sea suscrito con el empleador original sea con otro del mismo grupo– como desplazamiento temporal. Las consecuencias para la disciplina conflictual son evidentes. La solución del reglamento parece más acer-

sus tribunales descubran temporalidades de varios años, que les permitan aplicar indefinidamente su propia ley.

⁴⁷ Cfr. S. LEMAIRE, «Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I», en *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2160.

⁴⁸ Son relevantes la naturaleza de la prestación y los antecedentes respecto a otros trabajadores de la empresa, a diferencia de los indicios referidos en el art. 4.3 de la directiva 2014/67/UE, no limitados al propio horizonte temporal definido por las partes.

⁴⁹ No hay que sacar demasiadas conclusiones porque en las diferentes versiones lingüísticas se configure el retorno como obligación jurídica o previsión: Lo único importante es la intención de las partes. Vid. G. VENTURINI, «Alcune osservazioni sui contratti individuali di lavoro nella proposta di regolamento Roma I», en P. FRANZINA (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I*, Padua, 2006, pp. 74 ss. Asimismo, P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles», en *RCDIP*, 2006, p. 343.

⁵⁰ STSJ Madrid de 3 de junio de 1999: atención a lo causal, la existencia o no de transferencia de la residencia (con su carga volitiva) más que a la duración.

tada (contrato nuevo no excluye que el desplazamiento sea temporal), porque: a. Desde un punto de vista económico, el hecho de que se firme o no un nuevo contrato no tiene demasiada relevancia⁵¹, ya que obedece con frecuencia a meras exigencias administrativas (obtener un permiso de residencia, por ejemplo); b. El considerando 36 no puede tener por efecto alterar la amplitud de una norma, y el art. 8 RRI opta por la aplicación de la misma ley que viniera rigiendo el contrato; c. Si la directiva no quiere ser aplicada en las presentes situaciones, excluidas de su ámbito de aplicación, no queda más remedio que aplicar la misma ley sin matices. Eventuales efectos anticoncurrenciales podrán ser combatidos con la normativa específica.

3. Como se apuntaba *supra*, subsiste la cuestión del límite entre desplazamiento y traslado: Lo que inicialmente fue previsto como temporal puede transformarse en definitivo, sea porque se desconoce la fecha final sea porque se van extendiendo los plazos de duración del traslado⁵². Confiar el mantenimiento del estándar de protección a la normativa sobre desplazamiento temporal de trabajadores tiene una eficacia relativa, porque ni funciona cuando se trate de un traslado al territorio de un Estado tercero ni asegura al trabajador ser destinatario del Derecho eventualmente más protector del país de destino⁵³. El art. 8 RRI obliga a seguir aplicando la ley de origen en su

integridad, y sólo cuando, pasado el tiempo, se compruebe el carácter definitivo del traslado se revelará que el cambio de lugar de ejecución tenía que haber implicado una modificación del Derecho competente. El problema es tanto para el futuro —a falta de una noción de temporal, ¿cuándo se produce el cambio de régimen aplicable?⁵⁴— cuanto para lo que se ha consolidado. Aceptemos que se puede acudir a un tribunal o a la instancia administrativa competente para que pueda constatar que el desplazamiento no es temporal y que ha existido cambio de lugar de ejecución. Sin duda esta modificación tiene vocación de cara al porvenir, pero se impone también revisitar el pasado, con la congruente necesidad de revisar las condiciones laborales que se han venido aplicando, siendo la voluntad del legislador que se esté a tal ordenamiento (cualquier otra solución la frustra y debe ser descartada): Existe un derecho subjetivo a quedar sometido a la *lex loci executionis*. Debe quedar expedita la opción de revisar lo ya hecho, incluyendo ahí lo pagado de más o de menos en concepto de salario, e indemnizando por aquellos conceptos en los que no quepa marcha atrás⁵⁵. Al fin y al cabo, cuando se aplica la directiva sobre desplazamiento se produce un cambio de régimen desde el primer día: Se vincula automáticamente lugar de trabajo y ley aplicable, por tanto. En nuestro sistema, a efectos de plazos de prescripción, parece razonable quedarse con el de un año del art. 59.1 ET, porque lo que se cuestiona no es un aspecto aislado sino el tratamiento jurídico global de la relación.

Hay otra cuestión relevante, que es la dimensión imperatividad: No ha sido extraño

⁵¹ Cfr. P. MANKOWSKI, que se pregunta el por qué de la referencia a empresas del mismo grupo y no a empresas sin vinculación jurídica. Mejor será, en efecto, entender que se trata de un simple ejemplo. Con ulteriores reflexiones en cuanto al concepto de grupo (problema éste resuelto en España en el art. 2.1.b de la ley de trasposición), *vid.* «Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation», en F. FERRARI/S. LEIBLÉ eds., *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, p. 186.

⁵² Hablamos de supuestos en los que no se aplica la exigencia de precisión temporal contenida en el art. 4 de la mencionada directiva 91/553 (ni el RD 1659/98, claro).

⁵³ Los países que desplazan trabajadores no tienen por qué ser los más ricos precisamente: Véanse los datos por países recogidos por la Comisión europea en <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?pager.offset=0&langId=en&mode=advancedSubmit&advSearchKey=PostWork>

⁵⁴ Es razonable la sugerencia de trasladar el art. 14 del reglamento 1408/71 en materia de seguridad social, de modo que a partir del año el desplazamiento deja de ser temporal y automáticamente habría que aplicar la ley del nuevo lugar de ejecución, salvo conexión más estrecha con otro sistema: M. V. POLAK, «Laborum dulce lenimen»?, *op. cit.*, p. 329.

⁵⁵ Los criterios de competencia judicial establecidos en el art. 18.2 y 19 del reglamento 44/2001 deberían ser suficientes para que un tribunal europeo pueda conocer de una controversia como la apuntada en el texto, esto es, en asuntos seriamente vinculados con nuestro espacio judicial.

calificar las normas reclamadas en el art. 3 de la directiva 96/71/CE como reglas de policía (así en el considerando décimo de la propia directiva, el Libro verde⁵⁶ o el considerando 11 de la propuesta de reglamento de 2005)⁵⁷, lo que implicaría que tales normas habrían de ser aplicadas en todo caso, usando el cauce del art. 9 RRI.

Sin embargo, nada en el RRI permite sostener esa opinión⁵⁸: Ninguna norma reglamentaria la avala, y cuando el art. 9 define qué se entiende por disposiciones de policía lo que hace es circunscribirlas a materias de Derecho público (considerando 37); recuérdese además que la efectividad de la norma depende de las normas de competencia judicial internacional, y que sólo podrían entrar en juego las normas imperativas del propio foro. Dentro de la directiva, el propio art. 3.7 deja a salvo la aplicación de las normas del país de origen si son más favorables para el trabajador (art. 3.7). En consecuencia:

1. Cuando se trate de movimientos dentro de la UE o del EEE, de lo que se trata es de salvaguardar el derecho a prestar servicios en otro mercado, manteniendo las condiciones de competencia. No es cuestión de libre circulación de trabajadores, porque el trabajador no tiene intención de inmiscuirse en el mercado del país de destino⁵⁹, sino de atender a las exigencias derivadas del ejercicio de esa libertad,

y por ello la protección de los asalariados pasa a un segundo plano, relegada a un núcleo duro, donde no se aspira a la uniformidad de soluciones sino a alcanzar un mínimo, y mediatizada por la regla de proporcionalidad, la supresión de una eventual duplicación de controles y la realización del principio de confianza recíproca⁶⁰. Ello comporta: a. El respeto de las normativas laborales extranjeras, que en principio gozan de la presunción de fungibilidad respecto a las propias. Por consiguiente, las posibilidades de los Estados miembros de imponer sus propias concepciones por la vía del orden público quedan restringidas, y más si se tiene en cuenta que, salvo salario y cesión de trabajadores, las materias de núcleo duro están armonizadas mediante directivas⁶¹. La mera constatación de que las regulaciones son diferentes no legitima para aplicar el ordenamiento propio: En la sentencia *Laval*⁶² queda claro que pueden coexistir diferentes sistemas de negociación colectiva y en concreto no pasa nada porque en un país no se prevea la existencia de un salario mínimo⁶³; b. No se puede imponer libremente la propia normativa relativa a las materias ajenas al mencionado núcleo duro como si fuera de orden público o normas de policía (cuestiones tan delicadas como el despido). «Los Estados miembros no son libres de imponer las disposiciones obligatorias de su Derecho del trabajo a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro»⁶⁴. El catálogo es un máxi-

⁵⁶ «La Directiva debe, pues, considerarse como una prolongación del artículo 7 del Convenio, relativo a las leyes de policía».

⁵⁷ Ya en DAVIES, «Posted Workers...», *op. cit.*, p. 579. La comunicación de la Comisión sobre La aplicación de la directiva 96/71/CE en los Estados miembros (de 25 de julio de 2003) participaba de la idea de que constituía una especificación a nivel comunitario de las disposiciones imperativas del art. 7 CR. Recientemente, M. GUZMÁN ZAPATER, «El reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo», en *Aranzadi civil*, 2009, nº 12, p. 16.

⁵⁸ Cfr. M. V. POLAK: «Laborum dulce lenimen?...», *op. cit.*, p. 328.

⁵⁹ SSTJCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst*, y de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*.

⁶⁰ Además, un núcleo duro cuya disciplina sea fácilmente accesible para los empresarios extranjeros, lo que en principio la limita a la de fuente legal, no a los pactos. A propósito de la sentencia *Laval*, C. KILPATRICK en «*Laval's Regulatory Conundrum: Collective Standard-setting and the Court's new Approach to Posted Workers*», en *ELR*, 2009, p. 856 en particular.

⁶¹ Los argumentos expuestos por el TJ en la sentencia de 14 de diciembre de 2006 (Comisión c. Austria) ofrecen un buen resumen de la doctrina europea sobre prestación de servicios, con reflexiones trasladables al tema estudiado. A ellos reenviamos.

⁶² STJCE de 18 de diciembre de 2007.

⁶³ La sentencia del TJ de 12 de febrero de 2015 deja este tema en manos de los Estados miembros.

⁶⁴ Comunicación de la Comisión sobre La aplicación de la directiva..., *cit.*, p. 13, con referencias a la jurisprudencia del TJ. Insiste en esta idea la sentencia Comisión c. Luxemburgo,

mo; c. No se prohíbe la imposición de normas locales: Puede justificarse en función de la tutela de los trabajadores, siempre que cumpla la fórmula *Gebhard*⁶⁵; d. Por supuesto, las partes pueden pactar lo que gusten sobre ley aplicable (esto es, pueden pactar la aplicación de una ley ultraprotectora durante el desplazamiento), pero la idea es que en los sectores ajenos al núcleo duro del art. 3 de la directiva prima la competencia y aprovechamiento de la ventaja competitiva que da el propio sistema jurídico⁶⁶.

Así las cosas, el TJCE ha tenido oportunidad de restringir la aplicación del ordenamiento jurídico del Estado de desplazamiento básicamente a obligaciones de información, insistiendo en que, como regla, sus normas – incluidas las laborales – se imponen sólo cuando los objetivos lícitos que persigan no pueden ser alcanzados aplicando aquellas a las que esté sujeta la empresa en el de origen⁶⁷.

2. Cuando se trate de desplazamientos ajenos a la directiva 96/71 (por el sector, la duración, el origen de la empresa que desplaza al trabajador o el destino del desplazamiento), funciona sin más matiz la regla de la *lex loci laboris*⁶⁸. El reglamento (la referencia a las normas de policía) no viene a colmar los

donde el Tribunal maneja una interpretación restrictiva, por ser una derogación del principio fundamental de libre prestación de servicios (sentencia de 19 de junio de 2008).

⁶⁵ O sea, perseguir un objetivo legítimo compatible con el Tratado (que suponga una ventaja para el trabajador), que esté justificado por intereses supremos de interés público, adecuación al objetivo y que los efectos restrictivos no vayan más allá de lo imprescindible.

⁶⁶ J. MALMBERG/T. SIGEMAN, «Industrial Actions end EU Economic Freedoms: The Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice», en *CMLR*, 2008, p. 1137; con un mayor desarrollo, N. REICH, «Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union. The Laval and Viking Cases before the ECJ», en *German Law Journal*, 2008, pp. 140 ss.

⁶⁷ Por ejemplo la de 23 de noviembre de 1999 o la de 3 de abril de 2008; es muy útil la Comunicación de la Comisión de 4 de abril de 2006, «Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios».

⁶⁸ Un buen ejemplo dentro de la escasa práctica española lo aporta la STS de 20 de julio de 2007 (pilotos de aviones; se trataba de una cuestión de competencia judicial).

déficits conscientemente dejados por la directiva⁶⁹.

3.5. Cuando no pueda identificarse un lugar de ejecución del trabajo

Cuando no pueda determinarse la ley aplicable acudiendo al criterio lugar de ejecución y sucedáneos, el art. 8.3 incorpora una norma de cierre exhaustiva, que no deja lagunas, ordenando que se aplique «la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador». La regla abarca, además de los casos consabidos de trabajadores marítimos⁷⁰ y aéreos cuando no tengan una base estable de trabajo, a los empleados de compañías petrolíferas destinados a plataformas ubicadas en lugares no sometidos a soberanía estatal, representantes, agentes comerciales, corresponsales de medios de comunicación sin establecimiento permanente⁷¹, algunos empleados de empresas turísticas, chóferes o conductores de autobuses y en general todos aquellos itinerantes que carezcan de una base en la que trabajen u organicen su actividad y quienes prestan sus servicios en territorios no sometidos a soberanía estatal.

Más allá de lo correcto o incorrecto de la solución en términos de justicia conflictual o de objetivo tuitivo (ausente), tener una norma clara aporta la ventaja de la seguridad jurídica. El TJ en su sentencia de 15 de diciembre de 2011 evidencia las razones del criterio: a) Su lógica sustantiva: En el asunto *Mulox* se afirmaba categóricamente para defender la competencia judicial internacional del tribunal del establecimiento contratante que el

⁶⁹ Cfr. en relación con el CR, E. JAYME/Ch. KOHLER, *L'interaction des règles de conflits contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome*, en *RCDIP*, 1995, p. 34, sugiriendo el recurso al art. 7 CR.

⁷⁰ No hace falta una regla específica para marineros: Esta vale, y el legislador es consciente de ello. En contra, P. MANKOWSKI, «Employment Contracts...», *op. cit.*, p. 199.

⁷¹ Por ejemplo, sentencia de la *Corte di cassazione* de 23 de febrero de 2006 (en *RDIPP* 2007, p. 157).

contrato de trabajo crea «un vínculo duradero que integra al trabajador dentro del marco de una organización de la actividad económica del empresario». Por mucho que la actividad laboral caracterice el contrato, se necesita un factor centralizador –racionalizador– que catalice sus elementos de hecho, porque aisladamente carece de sentido económico; b) Lógica conflictual: Previsibilidad, inalterabilidad, continuidad⁷². Añádase que es fácilmente aplicable, idónea para unificar el régimen laboral de cuantos realizan una actividad homologable con independencia de los lugares donde trabajen, expresiva de un vínculo permanente y estable entre el trabajador y la empresa, funciona sin depender de complejas operaciones jurídicas previas (en particular, esquivando cualquier referencia al lugar de conclusión del contrato⁷³) y da una respuesta generalmente automática a la cuestión conflictual: En fin, lo que se pierde en proximidad se gana en atención a las expectativas de los contratantes mínimamente diligentes. Por supuesto que el único fin tuitivo estriba en la seguridad jurídica. No hay duda de que en el proceso de reglamentarización del CR el legislador no pudo ignorar las críticas que concitó esa norma⁷⁴, ni la existencia de alternativas, pero si optó por mantenerla, no vale ahora una vanificación por vía jurisprudencial.

Tres son las dudas principales que suscita: El propio concepto de establecimiento contratante, la eventual consideración de elementos propios de la ejecución y su relación con el *locus executionis*.

a) La expresión «establecimiento a través del cual haya sido contratado» puede referirse sólo al establecimiento que recluta y por medio del que se firma el contrato o puede implicar una dimensión orgánica (donde se integra el trabajador)⁷⁵. Parece razonable defender esta segunda interpretación, acorde con el objetivo conflictual de aplicar una ley estrechamente vinculada con el caso⁷⁶: De este modo, el juego del art. 8.3 RRI permitiría individualizar el centro más estrechamente vinculado con el empleado (sin perjuicio de que el art. 8.4 RRI permita después matizar las conclusiones y conduzca a la aplicación de la ley mayormente vinculada), sin confusión con el criterio del lugar de ejecución (se trata de dos conexiones que aparecen en diferentes apartados, de manera que si en uno se habla de lugar de ejecución el del párrafo siguiente no puede ser una forma de volver a hablar de lo mismo⁷⁷) ni con la ley rectora de la sociedad⁷⁸.

El TJ interpreta la expresión «establecimiento» en su sentencia de 15 de diciembre de 2011 como referida «exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquel al que está vinculado», salvo si la sociedad actuó «realmente en nombre y por cuenta de otra empresa», caso en el que puede considerarse que el establecimiento de esta última a los efectos de la aplicación del criterio del art. 8.3⁷⁹; de otro lado,

⁷⁵ REITHMANN/MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, Colonia, 2004, nº 1891.

⁷⁶ P. MANKOWSKI, «Employment contracts...», *op. cit.*, p. 195; U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation, p. 30.

⁷⁷ Conclusiones del AG en el asunto C-384/10.

⁷⁸ Contra, a partir de una lectura desmesurada de la sentencia Centros, S. DEAKIN, «La concurrencia fra ordinamenti in Europa dopo *Laval*», en *Lavoro e diritto*, 2011, p. 494.

⁷⁹ Relevante por ejemplo en la contratación de los trabajadores del mar por medio de agencias especializadas (así en el asunto C384/10) Con frecuencia los marinos son reclutados por las *hire agencies* o *crewling companies* establecidas en Estados con unos *standards* de protección mínimos reducidos en materia laboral y bajos salarios. En esas circunstancias, como el criterio de conexión apunta a la agencia de contratación y no

⁷² Conclusiones de la AG en el asunto C-384/10, párrafo 68.

⁷³ No tienen por qué coincidir. En contra, O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Cizur Menor, 2006, p. 99 y p. 123.

⁷⁴ Como recuerda BOSKOVIC («La protection de la partie faible dans le règlement Rome I», en *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2176), la jurisprudencia del TJ siempre ha mostrado hostilidad hacia el criterio de conexión del establecimiento que hubiera contratado al trabajador. Ejemplo reciente, en materia de competencia judicial, la sentencia de 14 de septiembre de 2017, para trabajadores del sector aéreo.

no se exige que tengan personalidad jurídica propia, bastando *en principio*⁸⁰ con que se trate de un ente vinculado a la empresa contratante con presencia no meramente transitoria en un país: No es necesario, en fin, que tenga la consideración de sucursal o filial, sino que vale cualquier estructura que actúe como prolongación al servicio del empleador, incluyendo las empresas de trabajo temporal⁸¹ (el TJ por lo demás admite como establecimiento al agente que viaja a otro Estado a captar trabajadores). Tampoco hace falta que se le haya asignado la facultad de dirección, que es sólo uno de los elementos a tener en cuenta para concluir que el trabajador fue en realidad contratado por una sociedad distinta de la que figura como empleador.

b) La interpretación del TJ es literal: «Conclusión» hace referencia al nacimiento de la relación laboral –con contrato o no– y no a las modalidades de ejecución. No se pueden tomar en consideración elementos ajenos a la aquélla. A tales efectos, es necesario atender a datos como los anuncios del proceso de contratación o quién hizo las entrevistas.

Añádanse tres consideraciones adicionales:

– El temor de fraude: A veces se expresa el temor a que este criterio incentive la creación *ad hoc* de un centro de reclutamiento para hacer aplicable un sistema jurídico particularmente ventajoso⁸². Lo mismo vale para

la utilización artificial de centros a los que se les subcontrata la selección y contratación de personal. No obstante, resultan infundados por dos motivos: En relación con lo primero, los costes que genera (aunque sea un mero agente que se desplaza⁸³); en ambas situaciones el juego de la cláusula de excepción que no condena al juez a aplicar un ordenamiento eventualmente infraprotector⁸⁴. De hecho, no existe un solo caso en la jurisprudencia europea en el que se describa una hipótesis de ese género. Si se utiliza una filial para reclutar a los trabajadores no hay por qué indagar sobre las razones para ello o sospechar un fraude siempre costoso de probar. En esta fase del razonamiento basta con individualizar un establecimiento al que imputar el contrato, dejando para el momento de cerrar el círculo (entrada en juego de la cláusula de escape) el esfuerzo argumental⁸⁵.

– La desaparición sobrevenida del establecimiento: Durante la elaboración se sugirió que la fórmula «*place of business which engaged the employee is situated*» fuera sustituida por un «*is or was situated*». Es razonable pensar que si en el momento del litigio ese establecimiento ha desaparecido habrá que seguir estando –en la primera fase del razonamiento– a la ley concretada en el momento de la conclusión del contrato, por una pura razón de necesidad de tener definidos los derechos y obligaciones derivados del mismo desde ese instante, lo que a la larga no obliga a nada, dando por descontado que se tratará de una

a la naviera, existe el peligro de elusión de las normas mínimas tuitivas.

⁸⁰ Nada excluye la posibilidad de trasladar a este ámbito las afirmaciones relativas a la protección de la apariencia generada en los terceros como consecuencia de la actuación coordinada de una matriz y su filial, contenidas en la STJCE de 9 de diciembre de 1987. Según parece, en el asunto *Voogsgeerd* (considerando 60) existía esta confusión de directivos. Del mismo modo, aquí sí que encaja, *mutatis mutandis*, la doctrina *Pugliese* (STJCE de 10 de abril de 2003).

⁸¹ En un sentido muy próximo, M. GARDEÑES, «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: Una oportunidad perdida», en *AEDRPr*, 2008, p. 413.

⁸² V. gr., F. JAULT SESEKE, Nota a la sentencia del TJ de 15 de marzo de 2011, en *RCDIP*, 2011, p. 459.

⁸³ De otra parte, saber cómo se cohonesta el considerando 55 de la sentencia *Navimer* cuando dice que no vale un establecimiento transitorio con la admisión de un simple agente que se desplaza es un misterio.

⁸⁴ Cfr. F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», en *Revue de Droit du Travail*, 2012, p. 118.

⁸⁵ En el asunto resuelto por la Cour de Cassation francesa el 29 de abril de 2003 se enfrentaban los trabajadores que querían que su contrato se sometiera a la ley francesa de la matriz y el planteamiento de la *Cour d'appel* que había aplicado la ley de la filial por medio de las cuales habían sido contratados (Suiza e Inglaterra). La *Cour de Cassation* descarta la ley de la matriz.

hipótesis típica de operatividad de la cláusula de excepción.

– Provisionalidad de resultados y versiones lingüísticas: La ley del establecimiento que de hecho contrató al trabajador no necesariamente expresa bien la integración en el entramado empresarial, y de ahí sus críticas desde el prisma del derecho internacional privado de contratos⁸⁶. Ahora bien, permítase insistir en que en las dos fases en que necesariamente se estructura el razonamiento se trata primero de imputar la fase genética del contrato a un determinado centro de la empresa, con un resultado provisional que debe pasar el filtro de la vinculación más estrecha. En este sentido, la interpretación que ha realizado el TJ tiene el mérito de alinearse con las versiones lingüísticas mayoritarias⁸⁷, centrando la atención en el establecimiento efectivamente contratante, que deja menos margen de discrecionalidad que las versiones española o inglesa cuando hablan de establecimiento a través del cual ha sido contratado el trabajador.

c) En cuanto a la forma de relacionarse de ambos criterios de conexión, todo parecía claro hasta que llegó el TJ: Se busca un lugar de ejecución y si no existe se pasa a este segundo criterio. Nada hay de anómalo en darle entrada, porque es la respuesta deseada del legislador a una situación extraña pero prevista. Pero la lectura del Tribunal ha ido en el sentido de la jibarización del art. 8.3 RRI, porque: a. Se invita a eliminar el criterio de conexión, insistiendo en que hay que identificar algo –lo que sea– capaz de desempeñar el papel de lugar de ejecución, exista o no: La sentencia de 15 de diciembre de 2011 es elocuente, tratándose como se trataba de un trabajador marítimo, hipótesis en la que es ontológicamente imposible alcanzar conclusión alguna alineada con ese objetivo; b. Se califica

la conexión *locus executionis* de prioritaria y se trata de reducir el alcance del segundo criterio en base a las presuntas exigencias de protección y previsibilidad; c. Se convierte en *lex loci executionis* al lugar de la vinculación más estrecha. Como asevera el TJ, «...el criterio contenido en el artículo 6, apartado 2, letra a), CR ha de aplicarse asimismo en un caso como el del litigio principal, en que el trabajador ejerce su actividad en más de un Estado contratante, cuando el órgano jurisdiccional que conoce del asunto pueda determinar con qué Estado tiene el trabajo un vínculo significativo»⁸⁸; además, «...los elementos que caracterizan la relación laboral (...), a saber el lugar de la ocupación efectiva, el lugar en el que el trabajador recibe las instrucciones o aquel en el que debe presentarse para cumplir sus misiones, son relevantes para determinar la ley aplicable a dicha relación laboral en el sentido de que, cuando dichos lugares están situados en el mismo país, el juez que conoce del asunto puede considerar que la situación entra en el ámbito de aplicación del artículo 6, apartado 2, letra a), CR»⁸⁹. La acumulación y ponderación de indicios se corresponde a la mecánica de funcionamiento habitual de la conexión vínculos más estrechos, por lo que las afirmaciones del TJ se podrían entender si se refirieran a la cláusula de escape, pero de ninguna manera pueden servir identificar el lugar de ejecución, cuya fijación es el resultado de una pura constatación empírica (atenta a los datos deducidos del contrato). La idea de vínculos más estrechos encierra por contra una evaluación jurídica, que sigue a un proceso argumentativo completamente diferente. Lo que ha hecho la Corte no ha sido interpretar ampliamente el tan mencionado criterio sino modificar su esencia, privando de sentido y espacio de actuación a la cláusula de escape; d. Se han jerarquizado los criterios, afirmando que hay una regla principal y otra subordinada, elevando a regla la simple frecuencia esta-

⁸⁶ MANKOWSKI, *Employment contracts...*, *op. cit.*, p. 195; MAGNUS/MANKOWSKI, *Joint Response...*, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁷ De las consultadas (alemana, francesa, italiana, portuguesa e inglesa), sólo esta última usa la misma fórmula que la española.

⁸⁸ Sentencia de 15 de marzo de 2011, considerando 34, reproducido nueve meses después en el 36.

⁸⁹ Sentencia de 15 de diciembre de 2011, considerando 40.

dística. Se podría incluso admitir una guía de interpretación en el sentido de que el operador jurídico debe individualizar un lugar de ejecución, en la medida de lo posible, sin sobrepasar las fronteras de la realidad y sin reducir a la marginalidad el criterio del art. 8.3, o sea, sin perder de vista que la relación entre los distintos párrafos no es de jerarquización sino de especialización: Distintos supuestos de hecho, distintas conexiones.

Consecuencia de todo lo anterior es la mayor incertidumbre: 1. En la medida en que siempre hay un lugar de ejecución, el art. 8.2 RRI se convierte en la única norma de conflicto; 2. Y como siempre existe un lugar de ejecución, la ley del establecimiento que contrató al trabajador corre peligro de quedar desplazada; 3. Y como ese lugar es identificado usando los indicios propios del razonamiento de determinación del ordenamiento más estrechamente vinculado al contrato, el recurso a la cláusula de escape va a ser innecesario; 4. Y como la forma de identificar el mentado *locus executionis* es la descrita, podría darse el caso de que la *lex loci laboris* que se aplica no sea la de algún lugar donde se realice actividad ejecutiva tal y como ha sido entendida tradicionalmente ésta.

3.6. La provisionalidad de las conclusiones: la sujeción a la ley de los vínculos más estrechos

Resulta en cierta medida paradójico que mientras que el objetivo confesado de la reforma del sistema de determinación de la ley aplicable en defecto de elección haya querido evolucionar hacia la rigidez (sin conseguirlo, es verdad)⁹⁰, en materia laboral se impone una

⁹⁰ Vid. F. FERRARI, «From Rome to Rome via Brussels: Remarks on the Law Applicable to Contractual Obligations Absent a Choice by the Parties (Art. 4 of the Rome I Regulation)», en *RobelsZ*, 2009, pp. 750 ss.; «Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (Art. 4 du règlement Rome I)», en *RCDIP*, 2009, pp.

lógica plenamente localizadora. No es que eso sea nocivo, pero se da la curiosa circunstancia de que siendo la inclusión en el contrato de un *pactum de lege utenda* incondicionado la forma más fácil y económica que tienen las partes para asegurarse la certeza a muy bajo coste, en materia laboral ello no es posible. Resulta al final que los únicos contratantes débiles que no pueden conocer desde el principio el contenido de sus derechos y obligaciones son los trabajadores, porque cualquier conclusión sobre término de comparación es provisional.

La raíz de esa incertidumbre se halla en la cláusula de escape del art. 8.4 RRI. Si todo el sistema, como hemos visto, ha colocado en su frontispicio el objetivo de justicia conflictual, lo normal es prever que cualquier resultado que no lo implemente de forma absoluta debe estar sujeto a posible corrección por el operador jurídico, obviando así los resultados ciegos a los que conduce la norma del lugar de ejecución o del establecimiento que asume al trabajador, compensando además las facultades unilaterales del empresario en la determinación del lugar de ejecución⁹¹. Las eventuales dudas de interpretación que pudieron suscitarse en cuanto a su alcance fueron respondidas por el TJ en su sentencia de 12 de septiembre de 2013⁹²: A un primer contrato entre la trabajadora y su empleadora en el que se especificaba que lugar de ejecución era Alemania, le sigue otro en virtud del cual se le asignaban responsabilidades para el territorio holandés; al cabo de diez años se le informa de que su puesto iba a ser suprimido y se le ofrece otro con condiciones laborales similares, en Alema-

475 ss. En sentido idéntico, U. MAGNUS, «Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the absence of Choice», en F. FERRARI y S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, p. 32.

⁹¹ Cfr. F. SEATZU, «La legge applicabile...», *op. cit.*, p. 352. En parecidos términos, P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Roma du 19 juin 1980», en *RCDIP*, 1991, pp. 320 ss.

⁹² En España las SSTs de 29 de septiembre de 1998 y de 20 de noviembre de 1998 ya habían subrayado la necesidad de determinar dónde se encuentra el centro de gravedad de la relación y aplicar tal ley.

nia. Tras distintas vicisitudes, se da de baja por enfermedad y empieza a cobrar la prestación del seguro. Es relevante hacer constar que durante el tiempo de vigencia del segundo contrato la trabajadora seguía manteniendo estrechos contactos con Alemania (el sueldo se le pagaba en marcos alemanes, el seguro de jubilación estaba suscrito con un asegurador alemán, pagaba sus cotizaciones sociales en Alemania y mantenía su residencia en este país, siendo el empleador el que pagaba sus desplazamientos a los Países Bajos; en el contrato de trabajo se hacía referencia a disposiciones imperativas del Derecho alemán). Se trataba de comprobar el nivel de resistencia del criterio de conexión lugar de ejecución cuando las demás circunstancias vinculan el contrato con otro país. Hay un dato previo que explica la decisión del Tribunal: La sentencia de 6 de octubre de 2009 a propósito del art. 4 CR sancionaba la no excepcionalidad de las cláusulas correctoras, y que las normas tienen que ser aplicadas⁹³. Así las cosas, en 2013 se insiste en que se trata de aplicar la ley del país que presenta los vínculos más estrechos, lo que necesariamente conduce a su juicio a la ley más favorable para el trabajador (*sic*): «Incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo en ejecución del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar, en virtud de la última frase de dicha disposición, la ley del país en que se realiza habitualmente el trabajo cuando del conjunto de las circunstancias resulte que dicho contrato presenta un vínculo más estrecho con otro país». Adviértase que la sentencia del TJ de 6 de octubre de 2009 expresaba su fallo en términos imperativos cuando de la operatividad de la cláusula de escape del art. 4 CR se hablaba; la de 12 de septiembre de 2013 usaba una fórmula más flexible («el juez nacional puede descartar...») que no debe llevar a confusión, desde el mo-

mento en que el art. 8.4 RRI también utiliza el imperativo, sin descuidar los riesgos de inseguridad ínsitos en una interpretación en clave de discrecionalidad judicial.

Lectura en positivo: Todas las normas de un artículo se aplican, los criterios de conexión funcionan como presunciones, el objetivo de proximidad no admite restricciones, se tiene que buscar la ley más estrechamente vinculada al contrato aunque suponga menor protección del trabajador⁹⁴. En negativo: No existe la más mínima traza de orientación material en una corrección de ese tipo, no puede ser usada para aplicar la ley del foro –ni ninguna otra– si es más beneficiosa (otra cosa es que la ley reclamada viole el orden público internacional) o para hacer coincidir disciplina contractual y disciplina jurídico pública, el juego de la cláusula de escape no puede ser confinado a ciertas especies negociales⁹⁵, no es una excepción⁹⁶, su funcionamiento no precisa la doble condición de vinculación no significativa con el ordenamiento primeramente reclamado y de mayor conexión con otro sistema (si así fuera, jamás entraría en juego, porque muy malamente se puede sostener

⁹⁴ En contra, sentencia de la Corte de apelación de París de 7 de junio de 1996 (*RCDIP*, 1997, pp. 55 ss., con nota de MOREAU), que aplica la ley francesa evocando explícitamente la mayor protección que brindaba. La aplicación de la ley nacional si la *lex contractus* no ofrece suficiente protección es una constante en Francia: E. PATAUT/P. RODIÈRE, «Conflit de lois en droit du travail», en *Jurisclasseur droit international*, 2008, fasc. 573-10, par. 21. Que la norma puede tener como consecuencia desfavorecer los intereses del trabajadorlo asumen las sentencias del BAG de 24 de agosto de 1989 y 3 de mayo de 1995. S. CARNELOUP propone la sustitución de la referencia a los vínculos más estrechos por la de más significativos, para poder aplicar la ley más *conveniente*: Vid. «Comentario a la sentencia de la *Cour de Cassation* de 28 de marzo de 2012», en *RCDIP*, 2012, p. 598.

⁹⁵ R. CLERICI por ejemplo defiende limitar la al trabajo marítimo y aéreo, a los grupos de sociedades y al teletrabajo: «Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I?», en G. VENTURINI/S. BARIATTI (eds.), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milán, 2009, p. 221.

⁹⁶ La cláusula equivalente del art. 4 RRI sí que usa la palabra manifiestamente, tratando de restringir su uso. Nada así hay en el art. 8.

⁹³ Asunto C-133/08. No es baladí que en sus conclusiones el AG descartara la expresión cláusula de excepción, prefiriendo «cláusula de escape».

que el lugar de ejecución o la sede de la empresa no expresan vinculación). Y, en general, tampoco se puede pretender que perjudica en mayor medida al trabajador como parte menos sofisticada del contrato⁹⁷: A priori ni perjudica ni beneficia a ninguno de los litigantes, porque ambos cuentan con asistencia letrada –inclúyase el beneficio de justicia gratuita del que gozan los trabajadores– en condiciones de prever el desarrollo del silogismo judicial; si acaso, admitamos que la aplicación del Derecho extranjero es más cara en su conjunto, pero para el sistema judicial.

Dicho con todas las reservas, y siempre a salvo las peculiaridades del caso concreto, parece razonable que hay supuestos tipo sobre los que el art. 8.4 RRI debe proyectar su eficacia: 1. Desaparición sobrevenida del elemento de hecho utilizado en el criterio de conexión, esto es, cuando ya no exista en la misma unidad territorial la sede de la empresa que contrató al trabajador, o cuando el lugar de trabajo haya pasado a depender de otra soberanía estatal; 2. Aislamiento extremo del lugar de trabajo, o sea, cuando la negociación del contrato, formación del trabajador, absoluta dependencia orgánica y resultados converjan en un Estado diferente al de ejecución⁹⁸, o cuando se trabaje en el extranjero pero en instalaciones sometidas a otro ordenamiento (en un colegio dependiente de

otro Estado⁹⁹, en una base militar¹⁰⁰, para las fuerzas armadas desplegadas en el extranjero¹⁰¹, embajadas¹⁰²). 3. Cuando por razón de las relaciones intrasocietarias sea muy difícil determinar cuál es de verdad la empresa contratante y por lo tanto haya que pasar a una evaluación directa de índices. 4. Como se apuntaba, creación de un establecimiento ficticio con el único fin de contratar trabajadores itinerantes. 5. Cesión de trabajadores¹⁰³ (si es una operación legal o no y en qué condiciones debe ser determinado a la luz de la ley de la vinculación más estrecha, sin que haya razones para pensar que el art. 43 ET se aplica en todo caso); 6. Para los trabajadores de buques y aeronaves¹⁰⁴, la jurisprudencia parece dar

⁹⁹ En este sentido, sentencia de la *Cour de Cassation* de 23 de marzo de 2005: Trabajo en un colegio francés en Zaire sometido a la ley francesa. Igualmente, sentencia de la *House of Lords* de 26 de enero de 2006 y de la *Supreme Court* de 15 de julio de 2011, *Duncombe and others v Secretary of State for Children, Schools and Families*.

¹⁰⁰ Para los corresponsales, sentencia de la *House of Lords* en *Financial Times Ltd. v. Bishop*, 2003; del mismo tribunal, para el personal civil de una base militar en Alemania, *Botham v. Ministry of Defence*: Citados por R. MORSE, «Choice of Law, Territoriality and National Law: The case of Employment», en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet Tallon*, París, 2008, pp. 763 ss.

¹⁰¹ Traductores e intérpretes al servicio del ejército español: La STSJ Madrid de 3 de febrero de 2012 usa el régimen de prueba del Derecho extranjero con funciones propias de la cláusula de escape.

¹⁰² Habría que distinguir no obstante según se haya captado al trabajador en el Estado de acogida (caso en el que su implicación con el mercado local es total) o en el del titular de la legación, con una mayor dependencia del ordenamiento de este último.

¹⁰³ La sentencia del TSJ Canarias de 29 de junio de 2012, con amplio respaldo jurisprudencial, lo explica muy bien en relación con la cesión de trabajadores a sociedades mixtas en el sector de la pesca.

¹⁰⁴ Sobre esta cuestión han corrido ríos de tinta. Reenviamos a O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Cizur Menor, 2006; *El Contrato de trabajo de la gente de mar: estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Comares, Granada, 2008. Un tratamiento muy conciso en Instituto Max Planck, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)», en *RabelsZ*, 2007, p. 294 ss. y en la respuesta al Libro verde so-

⁹⁷ Limitadamente (el Derecho es sólo un elemento más de la formación del precio), de forma indirecta perjudica al mercado de trabajo, porque no ayuda a la planificación de los recursos humanos por parte del dador de trabajo: M. DI FILIPPO, «La legge applicabile al contratto di lavoro subordinato tra la Convenzione di Roma e la proposta di Regolamento presentata dalla Commissione nel 2005», en VVAA, *Hacia un Derecho conflictual europeo: Realizaciones y perspectivas*, Sevilla, 2008, p. 88.

⁹⁸ Tal vez sea el caso de la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de abril de 2013, que aplica Derecho español a dos contratos de trabajo a ejecutar en Inglaterra pero que implicaban viajes a España para realizar la tarea más importante de las comprometidas, vender inmuebles en territorio español (la decisión tiene muchos más matices).

por descontada la competencia de la ley del pabellón como *lex loci laboris*¹⁰⁵, para pasar acto seguido –trámite la regla de los vínculos más estrechos– a aplicar la de la sede de la empresa contratante¹⁰⁶. Dejando aparte el caso en el que exista un lugar de ejecución (*v. gr.*, barco que desarrolla una ruta nacional, estribando la internacionalidad del contrato en la sede de la empresa contratante o el pabellón), parece que lo normal es que se trate de un supuesto del art. 8.3 RRI (ley del establecimiento contratante), y dejando siempre a salvo la determinación de la ley que presenta los vínculos más estrechos, no limitada a la existencia de pabellones de complacencia o de trate de segundos registros¹⁰⁷.

bre la reglamentarización del CR de U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, p. 29.

¹⁰⁵ Sentencias del TSJ Baleares de 4 de noviembre de 2015, TS de 19 de febrero de 1990, TSJ Galicia de 26 de abril de 2004, TSJ Canarias de 9 de noviembre de 2006 o TSJ País Vasco de 15 de enero de 2008. En ese mismo sentido van la sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2007 (asunto *Viking*) y la directiva 1999/63/CE sobre tiempo de trabajo de la gente de mar. Sin embargo, en *Lopes de Veiga* se dice que es uno más de los criterios a considerar, y en *De Paep* (sentencia de 4 de octubre de 1991) se prefiere el Derecho de la sede; el *Budesarbeitsgericht* de Kassel, en sentencia de 24 de agosto de 1989 (trabajo a bordo de un barco con bandera alemana), aplica Derecho inglés como consecuencia de un contar y pesar índices: *Vid.* en *Der Betrieb*, 1990, pp. 1666 ss. Los argumentos a favor de esta solución vienen bien recogidos en P. CHAUMETTE, «Loi du pavillon ou statut personnel. Du navire comme lieu habituel de travail?», en *Droit social*, 1995, pp. 897 ss.

El art. 1.5 ET vale de elemento de interpretación al señalar al buque como centro de trabajo. Ni el Real Decreto 357/2015, de 8 de mayo, sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo de la OIT ni el propio Convenio imponen esta solución, porque sólo se refieren a la autoridad competente (la del Estado del pabellón, es cierto) para inspeccionar el cumplimiento de sus disposiciones. Pero ni rastro de normas de conflicto. Conviene separar bien obligaciones de inspección y ley aplicable al contrato.

¹⁰⁶ Sentencias del TSJ Canarias de 21 de marzo de 2003, TSJ Galicia de 26 de abril de 2004, TSJ Canarias de 9 de noviembre de 2006, TSJ Canarias 26 de febrero de 2009.

¹⁰⁷ En la jurisprudencia española, en presencia de pabellones de complacencia, buscan los vínculos más estrechos, *v. gr.*, las sentencias del TSJ Baleares de 4 de noviembre de 2015, Juzgado de lo Social de Bilbao de 29 de septiembre de 2014, TSJ Canarias de 9 de noviembre de 2006, TS de 9 de febrero de 1987, TSJ Canarias de 7 de marzo de 2005. Igualmente, Corte

No tienen por qué entrar en esta norma los supuestos de trabajo itinerante para distintas empresas de un mismo grupo¹⁰⁸ o cuando el trabajo se preste por mitades idénticas en dos Estados¹⁰⁹ (sería un caso más del párrafo 3; cuando exista un lugar preponderante el TJ impondría volver a la *base rule*) o el hecho de que el contrato litigioso haya estado precedido de otro con el que existe cierta continuidad o relación económica y/o jurídica o que el trabajador haya sido contratado para ir después a trabajar al extranjero¹¹⁰ (salvo que se trate de la hipótesis segunda) o los despazamientos prolongados al extranjero, porque en principio de lo que se trata es de un simple cambio de lugar de ejecución y por ello de ley rectora. Y de la misma manera que no es posible elaborar un catálogo cerrado tampoco cabe concretar los índices a los que debe hacer referencia el operador jurídico para emitir su conclusión sobre esos vínculos más estrechos, siempre que la selección se mueva dentro de los deducidos de la propia relación negocial y que hayan tenido relevancia en ella (negociaciones, conclusión, ejecución, residencias, ley rectora de la sociedad...; el *ius variandi* empresarial es un dato que no pudo ser desconocido. La nacionalidad, en cambio, no suele ser relevante). El TJ manda valorar también elementos jurídicos públicos como el régimen de seguridad social al que se está afiliado, los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invali-

de apelación de Pireo, en sentencias nº 308/1999 y 455/2000 (en *Revue hellénique de droit international*, 2001, pp. 567 ss.).

En el caso del REBECA, como se dijo, la norma de conflicto rígida de la DA 16 de la Ley de puertos no puede desplazar la investigación caso por caso deseada por el RRI.

¹⁰⁸ Si están situadas en diversos territorios, habrá que entender que se aplica el art. 8.3 RRI, y estar a la ley del Estado de la que asumiera al trabajador, no necesariamente la matriz.

¹⁰⁹ Sentencia de la *Supreme Court* de 8 de febrero de 2012 (*Ravat v Halliburton Manufacturing and Services Ltd*). No obstante, el factor ejecución del trabajo en uno de los Estados (Libia) queda aislado y se opta por el ordenamiento inglés de la vinculación más estrecha.

¹¹⁰ Así, J. DÉPREZ, *Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international*, en *Droit social*, 1995, p. 327.

dez o dónde se pagan impuestos¹¹¹. Al menos en nuestro ámbito jurídico los datos esenciales sobre la relación son conocidos desde el primer momento, merced a la directiva sobre información de las condiciones de trabajo.

La cláusula de escape evoca un modo particular de razonar y argumentar. A la hora de justificar el por qué de la aplicación de tal ordenamiento distinto al reclamado *prima facie* se tendrá que identificar los elementos de hecho que integran la norma de conflicto, pronunciarse sobre su potencia localizadora y explicar por qué deben ser descartados si es el caso (aunque sea para explicar por qué entiendo que no existen)¹¹².

La imperatividad de la aplicación de la ley más estrechamente vinculada al contrato nos coloca en el plano de saber cómo se introduce en el proceso. Se puede asignar esa tarea al juzgador o a la parte que tenga interés en que se aplique un sistema jurídico diferente del *prima facie* reclamado. Asumiendo que no se haya elegido tácitamente el Derecho rector del contrato, parece claro que la falta de excepcionalidad antes aludida impone estar al de la vinculación más estrecha al margen de la iniciativa y del impulso de los litigantes¹¹³, en el bien entendido que en todo caso hay que darles la posibilidad de hacer alegaciones y aportar prueba en relación con las conclusiones del tribunal (a nadie se le puede aplicar un ordenamiento con el que no podía contar). Antes incluso de la sentencia, la cláusula de escape impone un esfuerzo de argumentación plasmado en una resolución interlocutoria en la que necesariamente se identifique cuál es el *locus executionis* –o el establecimiento contratante– y las razones por las que podría preferirse otra ley. El momento procesal lo determi-

naré cada sistema nacional; en España el acto de conciliación podría servir para ello (es poco probable), o bien después, una vez conocidos los hechos y aportadas las pruebas, abocando a la suspensión del acto de juicio si resultare oportuno para que las partes puedan recabar ulteriores informaciones y alegar lo que les convenga¹¹⁴. Va de suyo que la decisión es netamente jurídica (tanto la selección de indicios –no su identificación– como su ponderación), y por ello recurrible en suplicación (letra c del art. 193 LJS).

4. LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO

4.1. La regla

Nada impide la introducción en el contrato de trabajo de una cláusula de elección de ley. Sería un error pensar que el *pactum de lege utenda* es el instrumento jurídico adecuado para la desprotección del trabajador, inidóneo para elevar su bienestar; antes bien, como regla general, el ejercicio de la autonomía de la voluntad es el mejor medio para alcanzar seguridad jurídica, previsibilidad, certeza y ahorro (derivado de la standardización y del conocimiento previo del sistema legal). Si además permite eludir la aplicación de ordenamientos menos desarrollados¹¹⁵, la conclusión es clara, y por ello se abre el abanico de ordenamientos

¹¹⁴ Lo que quiere decir que el art. 35 LCJIMC debe ser entendido como obligación de informarse del Derecho extranjero –en su caso– a cargo del órgano judicial. Sobre estos temas, con mayor detalle, permítaseme reenviar a mi estudio «El Derecho extranjero en el proceso de trabajo», en *Revista del Ministerio de trabajo y Seguridad Social*, 2006, número 62, pp. 13-57.

¹¹⁵ La experiencia francesa es elocuente, que se abre a las posibilidades de elección de ley justamente cuando se ve ante la necesidad de aplicar las leyes de Ghana y Nigeria (contrarias a la autonomía, sentencias de la *Cour de Cassation* de 25 de mayo de 1977 y 31 de marzo de 1978; la evolución en las de 6 de noviembre de 1985 y de 7 de mayo de 1987): *Vid.* P. LAGARDE, «Sur le contrat de travail international: Analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée», en *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon Caen*, París, 1989, pp. 83 ss. y D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé, parte especial, tomo II*, París, 2014, p. 346.

¹¹¹ Considerando 41 de la sentencia de 2013.

¹¹² Sentencia de la *Cour de Cassation* de 19 de diciembre de 2006, incidiendo muy bien en la cuestión de motivación judicial. *Vid.* en *RCDIP*, 2007, pp. 592 ss., con nota de P. LAGARDE.

¹¹³ *Cfr.* F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge...», *op. cit.*, pp. 273 ss. En contra, sentencia de la *Cour de cassation* de 18 de mayo de 1999, que exige su activación por las partes.

potencialmente elegibles¹¹⁶, de forma expresa o tácita¹¹⁷, antes o después de la conclusión del contrato, vinculados o no a sus circunstancias fácticas¹¹⁸, rudimentario o desarrollado. Y dentro de ese ordenamiento se despliega la autonomía material (por ejemplo, condiciones laborales, un pacto de estabilización,...). Puede darse en consecuencia que en un mismo centro de trabajo haya trabajadores que gozan de distintos niveles de protección derivada de la inclusión de cláusulas heterogéneas de elección de leyes (por supuesto, siempre que no se constate la existencia de discriminación; si se suscitare contienda sobre este tema parece inevitable afirmar que el art. 17 ET integra el orden público del foro, lo mismo que el 96

¹¹⁶ Por el contrario, el Derecho suizo limita los elegibles a los de residencia habitual del trabajador, establecimiento, domicilio o residencia habitual del empresario (art. 121.3 de la Ley de Dopr).

¹¹⁷ Sentencia del TSJ Madrid nº 765/2002 de 11 diciembre.

La cláusula de prorrogación de la competencia aislada no debería servir como indicio de elección de ley en el ámbito territorial del RBI bis, porque o es demasiado tardía o escasamente explícita de las intenciones de las partes, sin perjuicio de la escasa homogeneidad en cuanto a sus fines de los arts. 20 RBI bis y 8 RRI: Cfr. E. DE GÖTZEN, «Contratto di lavoro, criteri di collegamento e legge applicabile: luci e ombre del regolamento (CE) n. 593/2008», en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 547.

F. SEATZU sostiene que no debe valer la elección tácita sobrevenida si se elige una ley diferente a la *lex loci executionis*, teniendo en cuenta la finalidad de protección: «La legge applicabile...», *op. cit.*, p. 345. No hay dato normativo alguno para apoyar esa afirmación, sin contar con que elegir la ley del lugar de ejecución más que una verdadera elección es un mecanismo de protección frente a la apreciación discrecional del juez de la vinculación más estrecha. Más tajante es G. VENTURINI, para quien no vale la elección tácita, porque es descubierta a partir de presupuestos demasiado amplios y discretionales y debe desarrollarse una norma jurisprudencial que la restrinja: «Alcune osservazioni...», *op. cit.*, pp. 66-69. Claro que discrecionalidad similar existe en el art. 8.4 RRI y no por ello es rechazado. Lo que no es óbice para que se denuncie la tendencia de los tribunales a descubrir elecciones de ley a partir de datos irrelevantes, con la intención de aplicar la más protectora del trabajador: Cfr. F. JAULT-SESEKE, *L'office du juge...*, *op. cit.*, pp. 261 ss. Hay precedentes de esto en la sentencia de la *Cour de Cassation* de 31 de marzo de 1978, que apoya la *electio legis* en lo que se consideraba expectativas de las partes.

¹¹⁸ Vid. al respecto A. ZANOBETTI, «Employment Contracts and the Rome Convention: The Koelzsch Ruling of the European Court of Justice», en *CDT*, 2011, p. 348.

LJS, desde el momento en que si se prescinde de la regla sobre carga de la prueba la eficacia de ese principio queda seriamente comprometida¹¹⁹. Única condición es que la elección no comporte el efecto de rebajar la protección a la que se tiene derecho, o sea, la dispensada por las normas imperativas de tutela del sistema jurídico del lugar de ejecución. No existe ningún otro límite a la facultad de elegir, ni otras normas imperativas de orden privado que puedan interferir en la disciplina negocial.

La finalidad tuitiva se agota en este punto. No compareciendo en los sucesivos números del art. 8 RRI¹²⁰, no es obligatorio elegir una determinada ley por mucho que la objetivamente aplicable sea infraprotectora¹²¹. Tampoco puede considerarse la utilización estricta de los instrumentos normativos una vulneración de las normas sobre competencia en el mercado. Así las cosas, el núcleo del problema se traslada a la comparación entre niveles de protección, donde el órgano judicial se convierte en garante de que la protección mínima no sea vanificada como consecuencia de la elección (son de sobra conocidos los pronunciamientos del TJ sobre activismo judicial en la promoción de los intereses del contratante débil¹²²).

4.2. Los términos de la comparación

¿En qué nivel se desarrolla la comparación del Derecho elegido y el objetivamente aplicable? Si lo que tuviera que compararse es entre magnitudes cualitativamente homogéneas –o sea, permaneciendo todo lo demás

¹¹⁹ STCo 34/2004 de 8 de marzo. Téngase presente que la Admsitración pública como empleadora no dispone de idéntico margen.

¹²⁰ R. CLERICI, «Quale favor...», *op. cit.*, p. 225.

¹²¹ Un (mal) ejemplo extremo: Sentencia de la *Corte di cassazione* de 6 de septiembre de 1980: Elección por los jueces de la ley más beneficiosa para los intereses del trabajador con base en el carácter social del Estado.

¹²² Bien expuesto en M. SERRANO MASIP, «Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno», en *Revista de Estudios Europeos*, n. 68, julio-diciembre, 2016, 5-32.

inalterado—, la respuesta sería muy sencilla: Una indemnización de 20 días es peor que una de 45 días, está claro. Pero si lo que hay que comparar no son simples cantidades y hay que valorar, la tarea es ardua: ¿Qué protege más, la readmisión de un despedido o una generosa indemnización? Como primera providencia podemos estar de acuerdo en que en estos casos no hay debate si el propio interesado invoca el sistema elegido, porque nadie es mejor juez de sus propios intereses que uno mismo.

La duda es si se compara ordenamientos institución por institución o norma por norma (*v. gr.*, salarios, vacaciones, formación,...), o si se compara globalmente sistemas, pensando ventajas y desventajas de los Derechos puestos en la balanza. En el primer caso la elección puede tener validez segmentada, limitada a aquellos aspectos en los que el sistema elegido mejora al objetivamente aplicable, mientras que en el segundo la respuesta es de sí o de no en su conjunto. Ni que decir tiene que lo poco equitativo de la primera fórmula (comporta acumulación de ventajas), los inconvenientes derivados de la aplicación al contrato de más de un ordenamiento, y las propias dificultades inherentes en el troceamiento del sistema —con la evidente pérdida de perspectiva de la trabazón lógica de los elementos que justifican, explican y dotan de sentido a su fisonomía—, el mero hecho de que no todas las instituciones tengan su equivalente en los demás ordenamientos, comportan ineludiblemente la preferencia de una visión de conjunto y un juicio, en definitiva, de ponderación. Por supuesto ello obliga a realizar tantas operaciones como leyes objetivamente aplicables se hayan sucedido a lo largo de la vida del contrato (caso de contrato único sometido al mismo ordenamiento con cambio del lugar de trabajo). Tal ha sido la fórmula amparada por el TJ en la sentencia de 15 de marzo de 2000 (asunto *Mazzoleni*), donde se opera una comparación global, no limitada al asunto controvertido (salarios por hora de los ordenamientos belga y francés implicados), dando entrada a otros elementos valorativos como, por ejemplo, el nivel de impuestos. En nuestro sistema se

dice que la idea es articular la comparación en torno a la cuestión litigiosa¹²³, como no podía ser de otro modo en honor al principio de congruencia, pero ello no despeja la duda sobre el qué se compara. La afirmación repetida en la doctrina patria en el sentido de que tal operación se hace de una forma u otra no se funda en el análisis de las —pocas— sentencias que sobre el argumento tratan¹²⁴, de modo que —a juicio de quien esto firma— mal se puede afirmar que a día de hoy existe una solución

¹²³ La más completa recopilación de jurisprudencia en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 1163.

¹²⁴ Comparación global huérfana de análisis detallado, en cualquier caso. Las sentencias citadas en apoyo de una u otra reconstrucción no son concluyentes: La del TS de 9 de mayo de 2017 ni entra en el tema (ley italiana). La del TSJ Galicia de 20 de octubre de 2005 agota el tema constatando la falta de prueba de la ley alemana elegida. Lo mismo ocurre en la del TSJ Madrid 14 de febrero de 2007, Cataluña de 25 de junio de 2015 con la ley irlandesa y con la de Castilla y León de 9 de diciembre de 2015 con la chilena. La sentencia del TSJ Madrid de 14 de mayo de 2007 confiesa la «dificultad de dicha determinación» (se supone que habla de la comparación de ordenamientos), y a ella se remite la del mismo órgano de 30 de enero de 2015, que sin más asevera que «debe aplicarse en este caso al actor la normativa laboral española en materia de extinción del contrato de trabajo, en cuanto más favorable para él que la legislación norteamericana»: Cómo se llega a esa conclusión permanece en sombras. La del de Cataluña de 25 de junio de 2014 descarta la aplicación de la ley italiana no se sabe si por remisión a la sentencia de instancia que mezcla territorialidad con mayor beneficio en materia de conciliación o porque «a partir del citado registro de hechos, no podemos sino descartar la aplicabilidad siquiera de las normas legales italianas a las que pretenden acogerse las recurrentes»: De nuevo estamos entre tinieblas. La de Madrid de 9 de diciembre de 2014 es idéntica. La del mismo órgano de 30 de junio de 2011 no entra por causa de óbices procesales.

Habrà que remontarse a la STSJ Madrid de 11 de diciembre de 2003 para encontrar algo calificable como verdadera argumentación: «...el contrato laboral en cuanto a la normativa reguladora no es fraccionable ni permite el «espiguelo» entre los preceptos de ley extranjera y de la ley nacional para seleccionar lo más favorable de una y otra. Se aplicará la normativa (la una o la otra) en bloque». A ella se remite la del TSJ Asturias de 1 de febrero de 2013, cuya doctrina respalda, pero se centra sin embargo en la averiguación del carácter imperativo o no de la disciplina de un concreto concepto salarial. Es llamativo que la STS de 22 de diciembre de 2014 utilice la misma expresión (no procede el espiguelo), lo que vendría a dar carta de naturaleza a la interpretación que aquí se postula, si bien la sentencia se centra en la cuestión de la prueba de la ley extranjera.

consolidada y bien construida. Si acaso, alguna sentencia de cariz impresionista parece preferir una comparación global.

Ulterior precisión se exige como consecuencia del cambio legislativo: Por exigencias de seguridad jurídica, las partes han de poder conocer si la elección de ley es plenamente válida y eficaz en el momento de su redacción, y ello comporta que en caso de conflicto la tan mencionada confrontación se debe realizar tomando como referencia el sistema jurídico elegido y el objetivamente aplicable tal como eran en ese momento. No basta estar a su tenor actual con las correspondientes disposiciones de Derecho transitorio, porque si éstas no salvaguardan la ley vigente en su versión del momento de la conclusión del contrato de nuevo estaríamos condenados a la sorpresa. Ni siquiera en la eventualidad de que se hubiera producido un cambio en la ley elegida como consecuencia del cual se alcancen los umbrales de protección garantizados por la *lex loci laboris* debería admitirse su validez, porque los –difíciles– ajustes *a posteriori* no pueden quedar compensados por la privación de derechos¹²⁵.

4.3. Coordinación con la normativa sobre prueba del contenido de la ley extranjera

Lo anterior no vale de nada si en el momento de la controversia nadie prueba el contenido del Derecho objetivamente aplicable (y más si se litiga en el foro correspondiente al ordenamiento elegido, caso en el cual es más que probable que las operaciones exigidas por el art. 8.1 RRI no sean llevadas a efecto): Si la eficacia de la *electio iuris* pasa por la superación del control referido en el art. 8.1 RRI, habrá que concluir que debe operarse un cam-

bio en el papel tradicional del juez a la hora de poner en funcionamiento una norma de conflicto¹²⁶, superando la pasividad que imputa a quien quiera beneficiarse de la aplicación de la ley extranjera la carga de alegarla y probarla.

Hay tres datos previos a considerar: 1. Puede ser necesario consultar el Derecho extranjero, pero no para aplicarlo –no de forma inmediata al menos– sino sólo para conocerlo, y por ello resulta arduo traspasar a este ámbito sin más las conclusiones propias del régimen de prueba previsto –en particular– en los arts. 33.3 y 35 LCJIMC; más en concreto, habrá que rebajar el nivel de exigencia en punto a exhaustividad de la prueba; 2. El mero acuerdo de las partes en cuanto al contenido de esa ley no debe ser suficiente para darlo por probado, porque se trata de una materia sustraída a su control, en la que existen poderosos intereses públicos implicados que actúan por encima de ellas, imponiéndose¹²⁷; 3. Si la comparación de sistemas jurídicos es global, la prueba debe ser completa, no basando la de las normas correspondientes a la institución controvertida.

Dicho lo anterior, se presentan (en el foro español) las siguientes combinaciones:

- Ley objetivamente aplicable extranjera y elección de la ley del foro. Aquí ya no vale la regla de que si los litigantes no despliegan actividad probatoria alguna o si el juez no se considera satisfecho con el conocimiento que le han aportado se aplique la ley del foro; el art. 33.3 LCJIMC no vale ni siquiera en casos extremos: es absurdo comparar el Derecho español con el Derecho español. Así las cosas, siendo lícita la posibilidad de elegir, obligatoria la comparación como emanación de políticas sociales públicas y careciendo las partes de interés y/o de medios en realizar

¹²⁵ Repárese en la distancia que separa esta situación creada por las partes y manifiestamente ilegal desde su inicio con la aludida *supra* de desplazamiento temporal que deviene permanente, donde no existe ningún comportamiento conflictual digno de reproche.

¹²⁶ F. JAULT-SESEKE, L'office du juge..., *op. cit.*, p. 277.

¹²⁷ A. L. CALVO CARAVACA, «Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas», en *REDI*, 2016, p. 146.

inversiones sobre el contenido de la ley extranjera¹²⁸, parece razonable que sea el órgano judicial el que se encargue de la tarea de investigación. Si no lo hace él, se termina convirtiendo la especial forma de elección del ámbito laboral en una elección de ley normal, tan incondicionada como las del art. 3 RRI, con consiguiente riesgo de privación de derechos. Se ajusta además a la lógica del legislador la idea de que pague por la adquisición de ese conocimiento quien tiene interés en ello, y aquí no cabe duda de que es la sociedad quien tiene ese interés preponderante: Es excesivo obligarle a suministrar informaciones relativas a un producto que no quiere «comprar», deseado sólo por la norma de conflicto. Dicho lo anterior, el art. 35 LCJIMC ofrece el cauce procesal para ello, con el único matiz de que será obligatorio explorar una vía gratuita. Va de suyo que si resultara imposible aprehender ese conocimiento sólo queda estar al Derecho español sin más: Al fin y al cabo, por definición, no cabe afirmar que sea un ordenamiento infraprotector, como acredita la Directiva sobre desplazamiento temporal de trabajadores.

– Ley objetivamente aplicable extranjera y elegida una ley extranjera. A similares conclusiones podemos llegar cuando ambas leyes sean extranjeras: No hay razón para no trasladar a esta hipótesis los argumentos esbozados más arriba, con la única diferencia de que aquí sí que se impone a las partes una actuación diligente en cuanto a la prueba de la ley elegida, pero también con el agravante de que si se carga a un particular con la tarea de probar además el contenido del Derecho objetivamente aplicable se aboca a la desproporción de exigirle la duplicación de inversiones en ordenamientos extranjeros,

con lo que el incentivo para realizar elecciones eficientes queda comprometido. Si no se consigue conocer ese término de comparación y sin embargo los contratantes sí prueban el contenido de la ley elegida, no quedará más remedio que estar a las soluciones previstas en ésta, con el único límite del orden público y sin que haya nada que legitime para poder utilizar el Derecho español como solución de reemplazo.

Adviértase que tanto en un caso como en otro, para que el secretario judicial pueda dar adecuado cumplimiento al mandato del art. 84.1 LJS, será necesario que previamente el órgano judicial haya desarrollado las tareas que permitan a los litigantes conocer derechos y obligaciones respectivos; o sea, se debe saber de antemano cuál es y qué dispone el Derecho objetivamente aplicable. Mas nada impone que en esa fase el demandante –ni por supuesto el demandado– haya tenido que aportarle informaciones jurídicas (art. 80 LJS), de suerte que la única posibilidad sería –si a partir del conjunto de hechos alegados en la demanda se constata la internacionalidad de la relación y la presencia de un *pactum de lege utenda*– abrir la vía de la suspensión del acto (art. 83 LJS) y dejar un tiempo para recabar informaciones, que serán útiles para el juicio sucesivo.

– Ley objetivamente aplicable la del foro y elección de ley extranjera: El incentivo para las partes juega en favor de la inversión en aportar la prueba de la ley elegida, que ha sido elegida porque comporta ventajas. Será la situación normal de la empresa que incluye *pacta de lege utenda* en todos sus contratos, para homogeneizar el tratamiento jurídico de sus relaciones laborales y abaratar el correspondiente coste. En la normalidad de los casos se dispone de un exhaustivo conocimiento de ese Derecho y será probado sin sombra de duda. A falta de prueba de la ley elegida, retoma su vigor la solución jurisprudencial española y habrá que estar a la del foro, que es al fin y al cabo la tradicional y que previsiblemente se generalizará a partir del art. 33 LCJIMC.

¹²⁸ La jurisprudencia francesa establece una regla combinatoria, diferenciando la respuesta en función de a quién interese la comparación: El trabajador no tiene que demostrar el carácter más favorable de las normas cuya aplicación reclama; el empleador debe acreditar la preferente aplicación de las normas elegidas. Esa construcción no tiene cabida en el art. 8 RRI, porque parte de un presupuesto indemostrado.

Al final lo que resulta es una norma de conflicto muy cara de administrar. Cualquier elección de ley comporta tres tipos de costes (búsqueda de posibles ordenamientos, de negociación de la cláusula y de contratación sobre ella), habiéndose incentivado esos pactos mediante la aligeración de sus requisitos de validez, en el convencimiento de que si la determinación de la ley se hace *ex post* los costes de búsqueda sólo se retrasan en el tiempo, y crecen los de error, cuando la decisión no maximiza el valor del intercambio (sin descontar el riesgo de posible uso oportunista del litigio y la mayor duración de éste¹²⁹). Pues bien, de nuevo la paradoja surge con el contrato de trabajo, donde los incentivos van en el sentido opuesto, con tantas trabas que al final si se hiciera lo que la norma de conflicto ordena las elecciones de ley serían mayormente una fuente de problemas. Se podría al menos avanzar una solución parcial que aligere las obligaciones de las que venimos hablando: Cuando sea el trabajador –con asistencia letrada– el que invoque en la demanda –o no cuestione en el acto procesal que valga como contestación– la ley elegida, se puede presumir que conoce la ley con la que concurre y que a su juicio es superior¹³⁰.

4.4. Elección de ley y convenios colectivos

Sin perjuicio de lo que se dirá en el trabajo relativo a las relaciones colectivas de trabajo, conviene detenerse un momento en la habilidad del contrato individual para elegir la ley rectora y desplazar en consecuencia el convenio colectivo que de otro modo sería aplicable. La sentencia del pleno del TC 8/15 de 22 de enero ha reiterado la idea consolidada de que la autonomía colectiva prevalece sobre la in-

dividual¹³¹, y en ese sentido se puede objetar a todo lo anterior recordando que la doctrina constitucional no deja espacio real a los pactos en contrato cuando supongan algo distinto –o desplacen– de los convenios colectivos o de empresa que resulten aplicables¹³², que es precisamente lo que vendría a provocar un *pactum de lege utenda*. Desde esta perspectiva, sólo cuando no exista convenio estatutario podría elegirse el Derecho aplicable^{133, 134}. Más aún: El convenio colectivo definiría su propio ámbito de aplicación territorial y personal de forma imperativa, eliminando la autonomía conflictual para cualquier relación laboral incluida en él, ni siquiera para introducir mejoras. Así las cosas, no quedaría más remedio que hacerlo entrar en juego *ex art. 9 RRI*, y el 8.1 sería papel mojado.

Este conjunto de ideas no son extrapolables al plano internacional privatístico, porque priva al trabajador que ejecute su trabajo

¹³¹ La STC 119/2014 de 16 de julio recordaba igualmente que los convenios no pueden quedar modificados ni siquiera con el consentimiento de los trabajadores individuales.

¹³² Sentencia de 1 de julio de 1992 o de 28 de junio de 1993: «...no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes individuales». Igualmente, sobre la idoneidad complementadora del contrato, STS de 21 de junio de 1994.

¹³³ STC 238/2005 de 26 de septiembre (por citar una sola): «La autonomía individual –o la decisión unilateral de la empresa– no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio».

¹³⁴ A. BLASCO PELLICER habla de la eliminación del papel del contrato: *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid, 1995, pp. 225 ss.: «La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral», en *Aranzadi social*, 2004 (versión *on line*). *Vid.* igualmente F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «Uso antisindical de la autonomía individual en masa», en ALONSO OLEA/MONTOYA MELGAR (eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Madrid, 2001, p. 400. Para J. GARCÍA MURCIA estaría prohibida toda individualización por vía contractual: «De nuevo sobre la libertad sindical y su conexión con la negociación colectiva. (Comentario a la STCo 225/2001, de 26 de noviembre)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4, 2002, *passim*.

¹²⁹ *Cfr.* M. WHINCOP/M. KEYES, «Putting the «private» back into private international law: Default rules and the proper law of the contract», en *Melbourne University Law Review*, 1997, p. 532.

¹³⁰ *Vid.* M. V. POLAK, «Laborum dulce lenimen»?...», *op. cit.*, p. 335.

en España de un instrumento como la autonomía de la voluntad, idóneo para mejorar el nivel de protección legalmente reconocido. Si, como reconoce el propio TC, el derecho a la negociación colectiva es de configuración legal, parece evidente la consecuencia de que no es absoluto, sino que vive en la forma dispuesta por la normativa laboral, que en todo caso es de rango jerárquico inferior al del reglamento europeo, y cuyo efecto útil no puede quedar anulado por una construcción como la reseñada, y más cuando resulta que el Tribunal nunca ha afrontado un caso con elementos de internacionalidad. El rechazo de la individualización masiva vale para los contratos sometidos al Derecho español, mas no con carácter general, ya que los instrumentos de protección del contratante débil los fija cada sistema de forma autónoma y –salvo prueba en contrario– son fungibles. Único límite es la interdicción de la discriminación. Jamás ha dicho el TC que esté prohibida la facultad de elegir, colocándose bajo otro paraguas normativo. Si esto es así, el convenio español queda desplazado y deviene inaplicable (y probablemente no habrá un convenio colectivo aplicable, visto que su eficacia suele ser *inter partes*), siendo esa ley elegida la que determina la validez de la elección (art. 10.1 RRI) y el propio sistema de fuentes de la relación laboral. Caben, pues, varias hipótesis: 1. La ley elegida sigue un modelo como el español, en el que el contrato no puede disciplinar la relación laboral de forma distinta al convenio colectivo: La elección no es válida y hay que estar a la del lugar de ejecución, según lo visto más arriba. 2. El *locus executionis* está en España y en el contrato se elige un ordenamiento distinto al español. En presencia de un convenio colectivo en principio aplicable, la virtud de la cláusula es excluirlo y colocar la relación bajo otra cobertura, siempre que dispense una protección igual o superior a la del entramado de normas españolas. 3. Con lugar de ejecución en el extranjero y con un convenio español que quiere ser aplicado también a esas relaciones laborales (por ejemplo, el de los trabajadores al servicio de la administración en el exterior): Debe valer la elección, y el convenio español no funciona ni

siquiera como umbral de protección mínima. 4. Con lugar de ejecución en el extranjero y sin convenio español aplicable: Es el caso fácil. La elección es perfectamente válida.

5. APUNTE SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO RECTOR DEL CONTRATO. EL PAPEL DE LAS NORMAS IMPERATIVAS

Dentro de los limitados márgenes de este estudio, sí considero necesario llamar la atención sobre los dos aspectos apuntados.

– En relación con los convenios hay dos posturas bien definidas, una que sostiene que deben recibir un tratamiento conflictual simple (esto es, son aplicables dentro de la ley normalmente competente) y otra partidaria de una conexión independiente (se aplican como leyes de policía)¹³⁵. Supondría ello la aplicación imperativa de todos que aquellos en cuyo ámbito territorial de aplicación se disponga que tienen eficacia en España. Superando jurisprudencia titubeante, la STS de 20 de enero de 2015 zanja el debate subrayando que se debe estar a sus propias condiciones personales y territoriales, no aplicándose a quien no lo haya suscrito.

En consecuencia, si se llega a la conclusión de que el ordenamiento de los vínculos más estrechos es distinto al del *locus laboris* español, no hay nada que pueda configurarlos como norma absolutamente imperativa del art. 9 RRI (en el marco europeo, doctrina del TJ en *Laval*). En caso de desplazamiento temporal, la directiva 96/71/CE no exige la aplicación de los convenios españoles del mismo sector y ámbito de aplicación, sino que en todo caso hay que contar con la definición de sus parámetros aplicativos. Si se diera un caso de concurrencia de convenios, no valen las normas del art. 8.4 RRI (es decir, no se aplica el «con-

¹³⁵ LABORDE, «Les rapports collectifs de travail en droit international privé», en *Travaux Comité fr dr int privé*, 1996-97, pp. 159 ss.

venio más vinculado con el contrato»). Esta es una norma sobre conflicto de leyes. En caso de duda sobre cuál es el aplicable por motivos territoriales (no debería ser frecuente, art. 85.3 ET), se habrá de estar al del lugar de ejecución (ex art. 10.6 CC), entendido en sentido estricto (el contrato se ejecuta donde se realiza la prestación materialmente, no en el lugar hacia donde se destina: SSTS de 24 de febrero de 2011, 13 de junio de 2012 y jurisprudencia citada en ellas).

De la misma manera, el juez español no puede dar eficacia general a los convenios colectivos extranjeros de eficacia personal *inter partes*¹³⁶: Si no quieren ser aplicados a una determinada relación, no se les puede alterar la propia esencia. Por ello, si se les ha dado carácter normativo general (vía acto administrativo –v. gr., Alemania–, pacto entre las partes –Italia: Relaciones laborales en el extranjero entre italianos– o por la fuerza de la práctica –v. gr., Portugal–) y se pretende que sean aplicados al caso, habrá que probar tal acto, pacto o práctica, como parte de la prueba del Derecho extranjero. A falta de prueba se está a la ley estricta¹³⁷.

– La ley reclamada por la norma de conflicto tiende a disciplinar el contrato en su práctica totalidad, como es sabido (art. 12 RRI), a salvo capacidad y forma, objeto de conexiones especiales (arts. 13 y 11 respectivamente). Las políticas públicas pueden ser atendidas por la vía del art. 9. Así las cosas, hay que recordar lo siguiente:

a. Los requisitos administrativos para trabajar (permisos de residencia y de trabajo) no se refieren a las condiciones personales del trabajador sino a la ordenación del mercado.

No son, pues, una cuestión de capacidad. En consecuencia quedarán sometidos al ordenamiento de cada uno de los lugares donde se desarrolle el trabajo; es sólo un problema de calificación. Disponga lo que disponga la *lex contractus*, su falta no provoca la nulidad del negocio (en España, art. 36.5 de la ley orgánica 4/2000; STS de 16 de noviembre de 2016: La extinción de la relación laboral de ciudadanos de Estados terceros es calificada en tales casos como despido improcedente)¹³⁸.

b. Conviene ser muy cautos en cuanto a los requisitos de forma, porque algunas normas sobre este tema imponen consecuencias respecto al fondo. Piénsese en la hipótesis de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero (*lex loci laboris* extranjera), que las partes hayan querido acomodar su comportamiento a la ley del lugar de celebración o de aquel en el que actúen o residan (art. 11 apartados 1 y 2), que esta ley prevea unas consecuencias desconocidas en la *lex causae* (así, art. 8.2 ET: el celebrado en forma verbal es válido pero se presume indefinido) y que el contrato no sea formalmente válido según ésta (por ejemplo porque exige forma escrita como requisito de validez). O la hipótesis contraria, en la que un trabajador contratado para realizar un servicio determinado que celebra su contrato en un país escasamente rigorista en lo formal (en nuestro entorno, Bélgica, Holanda o Gran Bretaña, por ejemplo, donde basta con entregarle por escrito al trabajador algunos particulares de la relación laboral) pero ejecuta su actividad en España. Las cuestiones sustantivas deben quedar a la *lex contractus*, sin interferencias de aquellos ordenamientos que agotan su función en la afirmación de la validez formal del negocio, sin que puedan aspirar a disciplinar nada más de la dinámica de la relación, en justa correspondencia a la imposibilidad de que la ley rectora del fondo

¹³⁶ Las informaciones sobre este tema las encontramos en T. SALA FRANCO/J. M. GOERLICH PESET (eds.), *Negociación y conflicto colectivo en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

¹³⁷ Sobre aspectos conflictuales de los convenios colectivos, véase la sentencia de la *Cour de Cassation* de 29 de septiembre de 2010 (en *RCDIP*, 2011, pp. 74 ss.), que rechaza su aplicación territorial.

¹³⁸ Desde la perspectiva de extranjería, competencia desleal, social y penal, vid. C. FARALDO CABANA, «Emplear a ciudadanos extranjeros o menores sin permiso de trabajo: ¿un nuevo delito contra los derechos de los trabajadores?», en *Revista de derecho social*, 2017, pp. 127 ss.

imponga sus concepciones y decrete la nulidad del contrato. A nivel de principios el reparto de funciones es claro, mas no es descartable que al juez del lugar de conclusión se le susciten dudas de calificación e intente imponer las concepciones de su propio sistema en aspectos no sólo formales. Parece razonable por ello salvaguardar la unidad de disciplinas y estar en todo lo posible a la ley del fondo.

c. Para ofrecer un cuadro más completo de la disciplina, permítaseme sólo referir la transcendencia del art. 9 RRI como vía de entrada de todas aquellas disposiciones de

ordenación de la economía que tienen vocación de ser aplicadas y que no son reclamadas por la norma de conflicto del art. 8 RRI¹³⁹: Hablamos de las relativas a ordenación de la libre concurrencia en el mercado, las de carácter administrativo sobre acceso e inspección del mercado de trabajo, las estrictamente laborales sobre conflictos colectivos, las que imperativamente fijan condiciones laborales (STJUE de 18 de octubre de 2016),...: Como mínimo, constituirán un dato a tomar en cuenta a la hora de dar contenido a los conceptos utilizados en la *lex contractus*, sin que ello comporte su aplicación¹⁴⁰.

¹³⁹ Sobre las normas imperativas, capítulo 7.

¹⁴⁰ Como demuestra el asunto C-135/15 y la respuesta final del Tribunal federal de trabajo de 26 de abril de 2017, que no concede relevancia alguna a las normas imperativas extranjeras.

RESUMEN

No hay duda de que el legislador europeo ha querido reequilibrar las posiciones negociales de las partes en algunos tipos de contratos en los que existe una parte con déficit de información. Es este el caso de la relación laboral. Se ha dado a luz una norma materialmente orientada que intenta salvaguardar un mínimo de protección, pero no se puede afirmar que la norma de conflicto del art. 8 del Reglamento Roma I sirva para garantizar en todo caso el mayor nivel de protección al trabajador implicado en un contrato con elementos de internacionalidad. Hay elementos de técnica legislativa (la incertidumbre en cuanto a los resultados), otros propios del derecho internacional privado (el peso tradicionalmente asignado a la autonomía de la voluntad como criterio de conexión, por ejemplo) y circunstancias económicas (la necesidad de salvaguardar la competencia en un mercado global, la paz laboral) que lo justifican. Se trata por ello de afrontar el estudio de la disciplina conflictual estructurando las diferentes situaciones reales que el Reglamento contempla, sin perder de vista la trascendencia de la doctrina sentada por el TJUE en las contadas ocasiones en las que ha podido pronunciarse sobre el tema.

Era necesario partir de tres pilares: 1. El art. 8 RRI contiene la normativa conflictual básica en la materia, desplazando cualquier norma nacional. 2. Para saber qué se entienda por trabajador disponemos de una amplia batería de sentencias en las que el TJUE se pronuncia a propósito de la norma del art. 45 TFUE y en base al art. 18 RBI (actual art. 20 RBI bis); a partir de la idea de subordinación el legislador nacional es libre para disciplinar las concretas especies negociales. 3. El sistema de protección se construye tomando como eje la referencia ofrecida por la ley del lugar donde se trabaja –dicho en términos generales-, y ello con independencia de que exista o no *pactum de lege utenda*.

Dicho lo anterior, se estudian las posibles situaciones típicas:

La hipótesis sencilla es aquella en la que existe un solo lugar habitual de trabajo, aun cuando el trabajador fuera desplazado con carácter temporal a otro sitio. Las ventajas de esta conexión son conocidas, y se resumen en su sencillez y cognoscibilidad por todos los implicados: basta estar al texto del contrato. Entra en esta categoría de un solo lugar de ejecución la hipótesis del teletrabajo o del trabajo a distancia.

Cuando un trabajador realiza su actividad a partir de un determinado lugar se eleva a categoría de norma las conclusiones alcanzadas por el TJ en materia de competencia judicial internacional. Parecía evidente que, para que pudiera entrar en funcionamiento y tener relevancia localizadora, lo que se haga en ese lugar debería tener alguna entidad en el conjunto de la prestación, ya sea de planificación y control ya de ejecución, sin atender sólo al criterio cuantitativo (el tiempo pasado en él): Regresar a un sitio, pasar mucho tiempo allí o usarlo como punto de partida para el trabajo no es relevante si no va acompañado de actividad laboral. Ocurre sin embargo que el mismo TJ ha expandido el juego del criterio hasta convertir en marginal el subsidiario de la empresa contratante (sentencias de 15 de marzo de 2011 y de 15 de diciembre de 2011). Más aún: se ha elaborado un concepto de *lex loci executionis* que termina por confundirse con la ley que presenta los vínculos más estrechos con el contrato.

Los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores precisan una referencia desde la perspectiva conflictual: El tema es objeto de otro capítulo de esta obra, pero conviene reiterar la idea de que la directiva 96/71 no pretende sustituir a la norma general del art. 8 RRI, y que su idea inspiradora no es la tutela del trabajador sino la protección de las condiciones de competencia en el mercado. En consecuencia, la referencia a las normas imperativas del art. 9 RRI no vale para colmar eventuales déficits de protección que voluntariamente haya dejado el legislador.

Tanto en los supuestos de inexistencia de un lugar físico sometido a soberanía estatal como en los de pluralidad de lugares de trabajo la respuesta del legislador europeo ha ido en la dirección de la facilidad, prefiriendo la ley del establecimiento por medio del cual fuera asumido el trabajador. La sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 2011 interpreta los conceptos de establecimiento y de conclusión empleados en el art. 8.3 RRI, y lo hace ateniéndose a la estricta literalidad.

En todo caso, todas estas conclusiones sobre ley objetivamente aplicable son provisionales: la sentencia del TJ de 12 de septiembre de 2013, sobre la huella de la de 6 de octubre de 2009, deja bien claro que la consideración y operatividad de la cláusula de escape no admite excepciones. Es norma tan imperativa como cualquier otra. A partir de ahí corresponde a los tribunales ir delineando grupos de casos en los que típicamente deba funcionar, partiendo del supuesto básico de aislamiento extremo del *locus executionis*.

En otro orden de cosas, la inserción en el contrato de un pacto de elección de ley no convierte en innecesario el razonamiento anterior, como es sabido: Sólo vale lo que protege por encima del standard objetivo. El gran problema es saber con certeza qué debe ser comparado. Hay tres niveles posibles (disposiciones aisladas, institutos, ordenamientos), y más allá de asunciones acriticas lo cierto es que en el sistema español no hay una respuesta (jurisprudencial) clara al problema, salvo un par de sentencias que realmente no entran a fondo en el problema. Sea como sea, las ventajas de una comparación de amplio alcance merecen ser subrayadas y debía ser esta la fórmula que se consolide.

Está igualmente abierta la cuestión de la coordinación de este modelo en dos fases con el sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero, en la medida en que, si bien es cierto que se impone la aplicación de un mínimo protector sin condicionamientos, no se puede dar entrada en el proceso a un ordenamiento sin dar a las partes la oportunidad de alegar y discutir sobre él. En este panorama, la aplicación de la ley del foro en casos de crisis de prueba de la ley extranjera cuenta con apoyos legales y jurisprudenciales, pero no está resuelta la cuestión de qué hacer cuando se trata no ya de aplicar el Derecho extranjero sino de usarlo como mero término de comparación. Se aboga en tal hipótesis por fortalecer la iniciativa del tribunal.

Palabras clave: Contrato de trabajo, conflicto de leyes, vínculos más estrechos, elección de ley, convenios colectivos.

ABSTRACT

There is no doubt that the European legislator has wanted to rebalance the negotiating positions of the parties in some types of contracts in which there is a lack of information for one of them. This is the case of labour relations. A materially oriented rule has been passed in order to try to safeguard a minimum of protection, but it cannot be said that the rule of conflict of art. 8 of Rome I Regulation serves to guarantee in all cases the highest level of protection for the worker involved in a contract with elements of internationality. There are elements of legislative technique (uncertainty in terms of results), some others of private international law (the weight traditionally assigned to the autonomy of will as a connection criterion, for example) and economic circumstances (the need to safeguard competition in a global market, labour peace) that justify it. Therefore, it is a question of facing the study of conflict discipline by structuring different real situations within the scope of the Regulation, without losing sight of the transcendence of the doctrine set by the CJEU in the few occasions in which it has been able to pronounce on the subject.

It was necessary to start from three pillars: 1. Art.8 of Rome I Regulation contains the basic regulations on conflicts, setting aside any national law. 2. In order to know what is understood by worker, we have a wide battery of sentences in which the CJEU decides on the rule of art.45 TFEU and based on art. 18 of Brussels I Regulation (current art. 20 of Brussels I bis Regulation); from the idea of subordination the national legislator is free to discipline the specific negotiating species. 3. The protection system is built by focusing on the reference provided by regulations of the workplace, generally speaking, and regardless of the existence of *pactum de lege utenda*.

According to the aforementioned, the possible typical situations are studied:

The simple hypothesis is the one in which there is only a habitual workplace, even when the worker is temporarily relocated to another one. The advantages of this connection are known, and are summarized by its simplicity and acknowledgement by all involved: knowing the text of the contract is just enough. This category of a single place of execution includes the hypothesis of teleworking.

When workers carry out their activity from a certain place, the conclusions reached by the CJ regarding international jurisdiction are raised to regulation status. In order to come into force and have localizing relevance, it was clear that whatever is done in that place should have some entity in the whole of the provision, either planning and control or execution, without only addressing the quantitative criterion (the time spent on it): Returning to a place, spending a lot of time there or using it as a starting point for employment is not relevant without any work activity. However, the CJ itself has expanded the criterion focus to the point of becoming marginal the subsidiary of the contracting company (judgements of March 15, 2011 and December 15, 2011). But also: a concept of *lex loci executionis* has been developed that ends up being blended with the law that has the closest links with the contract.

The cases of temporary mobility of workers require a reference from the conflictual perspective: The topic is the subject of another chapter of this work, but it is worth insisting on the idea that Directive 96/71 is not intended to replace the general rule of art.8 of Rome I Regulation, and that its inspiring idea is not the protection of the worker but the protection of the conditions of competition in the market. Consequently, the reference to the peremptory rules of art. 9 of Rome I Regulation is not enough to cover any protection deficits that the legislator has left voluntarily.

Both in the case of absence of a physical place subject to state sovereignty and in those of plurality of workplaces, the response of the European legislator has gone in the direction of simplicity, preferring the law of establishment by means of which the worker was assumed. The decision of the CJEU of December 15, 2011 interprets the concepts of establishment and conclusion used in art.8.3 of Rome I Regulation, and does so by literally speaking.

In any case, all these conclusions to apply the law in an objective way are temporary: the decision of the CJ of September 12, 2013, on the footprint of the one of October 6, 2009, makes it clear that the consideration and operation of the escape clause does not admit any exception. This rule is as obligatory as any other one. From this point on, it is up to the courts to outline groups of cases in which they typically must work, starting from the basic assumption of extreme isolation of *locus executionis*.

Apart from that, the insertion in the contract of a pact of choice of law does not make the previous reasoning unnecessary, as it is known: what protects over the objective standard is the only thing that is worth it. The big problem is knowing with certainty what should be compared. There are three possible levels (isolated dispositions, institutes, codes), and beyond uncritical assumptions the truth is that in the Spanish system there is no clear (jurisprudential) response to the problem, except for a couple of decisions that do not really go deeply into the problem. In any case, the advantages of a wide-range comparison deserve to be underlined and this should be the formula to be consolidated.

The question of the coordination of this model in two phases with the system of allegation and proof of foreign law is also open, insofar as, although it is true that the application of a protective minimum without conditions is imposed, the entrance in the process cannot be given to an order without giving the parties the opportunity to argue and discuss about it. In this scenario, the implementation of the law of the forum in cases of crisis of proof of the foreign law has legal and jurisprudential support, but there is no answer for the question of what to do when it is not about applying foreign law but about using it as a mere comparison term. This hypothesis is recommended because it strengthens the initiative of the court.

Keywords: Labour contract, conflict of laws, closest connection test, freedom of choice, collective agreements.

Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo

Peremptory Law and international employment contract

MIGUEL GARDEÑES SANTIAGO*

INTRODUCCIÓN

El Derecho laboral se ha caracterizado tradicionalmente por una importante producción normativa de carácter imperativo, y en buena parte esta característica se mantiene. En un contexto internacional, cuando el contrato de trabajo presenta vínculos con más de un Estado, la cuestión de la imperatividad de las normas laborales plantea dificultades específicas, derivadas del contexto de entrecruzamiento de ordenamientos jurídicos. Para empezar, será necesario determinar qué ordenamiento, de entre los relacionados con el caso, rige la relación laboral o, *rectius*, qué ordenamientos pueden regir los distintos aspectos de la relación, debido a la posibilidad de que algunos aspectos de la misma puedan regirse por conexiones autónomas o separadas, como por ejemplo la capacidad para contratar o la forma del contrato. Una vez determinado el Derecho sustantivo aplicable al contrato, una cuestión ulterior que puede plantearse en un contexto transnacional es la de si existen disposiciones de carácter imperativo que, pese a no pertenecer al ordenamiento rector del contrato, tengan vocación de aplicarse al caso, en atención a los

intereses en juego. Sería el caso, por ejemplo, de determinadas normas de policía del Estado al que el trabajador fuera temporalmente desplazado. Por último, cabe la posibilidad de que determinadas normas del ordenamiento rector del contrato, a pesar de ser las que en principio debieran aplicarse, no puedan aplicarse por ser contrarias a los principios fundamentales del Derecho del foro. Puede verse, por tanto, que la cuestión de la imperatividad de las normas en un contexto transnacional plantea una problemática específica, que en este trabajo intentaré abordar, distinguiendo los distintos supuestos. Vaya por delante que no me ocuparé específicamente de la cuestión de los límites que pueden plantear las libertades de circulación en el seno del mercado interior europeo a la aplicabilidad del Derecho imperativo laboral de los Estados miembros, cuestión a la que ya he dedicado trabajos anteriores¹.

¹ GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999; «Leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la UE», *La Ley*, 2001-1, D-30, pp. 1797-1801; «Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo: sus problemas de aplicación en el espacio intracomunitario de relaciones laborales», en MIRANDA, J., DE LIMA PINHEIRO, L. y MOURA VICENTE, D. (coord.), *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Al-

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona.

NORMAS SIMPLEMENTE IMPERATIVAS

En los supuestos internos o desprovistos de carácter internacional, la cuestión de la imperatividad o no de la norma se resuelve de manera relativamente sencilla. La distinción básica estaría entre las normas de carácter dispositivo, que admiten que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puedan pactar otra cosa, y las de carácter imperativo, que no admiten pacto en contra. Las partes no pueden derogarlas mediante el uso de su autonomía material. En los supuestos internacionales, dichas normas simplemente imperativas, o imperativas en sentido interno, se aplicarían únicamente en la medida en que resulte aplicable el ordenamiento en el que se inserten, y no cuando el ordenamiento aplicable (la *lex causae*) sea otro ordenamiento. Ahora bien, aquí es preciso hacer una importante puntualización: cuando la *lex causae* haya sido determinada en virtud de la elección de las partes (*pactum de lege utenda*), las normas imperativas del ordenamiento que normalmente resultaría aplicable, de no haber mediado la elección de una ley distinta, constituirán un límite a la autonomía conflictual de las partes, y por tanto a la eficacia del pacto de elección de ley. En este sentido, el Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Reglamento Roma I), encomienda a dichas normas imperativas dos funciones: una es la de limitar el pacto de elección de ley en aquellos contratos sin elementos relevantes de internacionalidad, y la otra es la de imponer un límite material a la autonomía de las partes por razones de protección de la parte débil, en este caso el trabajador.

La primera de las funciones reseñadas se halla en el artículo 3.3, que dice: «Cuando todos los demás elementos pertinentes de la si-

medina, Coimbra, 2005, vol. I, pp. 381-413 y «Le détachement transnational de travailleurs dans le cadre des prestations de services: un sujet spécialement difficile pour le marché intérieur», en *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, Paris, 2012, pp. 255-278.

tuación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.» Dicha disposición se refiere al ordenamiento con el que el contrato presente todas sus vinculaciones objetivas², impidiendo que la elección por las partes de una ley distinta produzca el efecto de esquivar la aplicación de las normas imperativas (inderogables por acuerdo de las partes) del sistema que resultaría aplicable a falta de tal elección, y en el que se localizarían todos los elementos objetivos del contrato. Dicho de otro modo, se trataría de un contrato en principio «interno» –no se daría, por tanto, una situación de conflicto de leyes–, pero que devendría internacional por el solo hecho de que las partes hubieran escogido una ley distinta para regirlo³. Pero aquí puede plantearse una duda: el artículo 3.3 ¿se refiere a los contratos puramente internos, sin elemento objetivo alguno de internacionalidad, o podría incluir también aquellos contratos en que hubiera algún elemento de internacionalidad aun cuando fuera marginal o poco importante? El propio texto del Reglamento puede alimentar esta duda: así, mientras que la versión francesa se refiere a «*tous les autres éléments de la situation*», la versión inglesa alude a «*all other elements relevant to the situation*» y la española a «*todos los demás elementos pertinentes de la situación*»⁴. En

² En este sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Thomson Reuters / Civitas / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 597.

³ En este sentido, BOUZA VIDAL, N., señala que habría que entender por «contrato interno» aquél cuyos elementos (partes, objeto, circunstancias de celebración y ejecución...) se vinculan con un único ordenamiento jurídico, y que también se incluirían en este concepto los contratos cuyo único elemento extranjero fuera la elección por las partes de una ley extranjera («La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo», *InDret*, abril de 2017, p. 74).

⁴ El destacado en las versiones inglesa y española es mío; sobre esta diferencia terminológica, en relación con las versiones francesa en inglesa, MUIR WATT, H., «Les limites du choix: dispositions impératives et internationalité du contrat», en CORNELOUP, S. y JOUBERT, N. (Dir.), *Le règlement communautaire*

mi opinión, resulta preferible una interpretación sustancial y no puramente formalista al respecto, y por tanto un elemento de internacionalidad puramente irrelevante no debiera impedir la aplicación del artículo 3.3⁵. Una lógica similar se hallaría en el artículo 3.4 del Reglamento Roma I, aunque la situación aquí contemplada no sería «interna» a un Estado, sino auténticamente internacional, aunque «intraeuropea». Según el citado apartado 4 del artículo 3: «Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.» En el caso del contrato de trabajo, esta previsión podría resultar útil en aquellos supuestos en que el contrato se vinculara objetivamente con más de un Estado de la Unión Europea, aunque solo con Estados de la Unión, y a pesar de ello las partes lo hubieran sometido a la ley de un Estado tercero. En tal caso, el artículo 3.4 obligaría a respetar las normas imperativas contenidas en las disposiciones de la UE relativas al contrato de trabajo, tal como se aplicaran en el foro de la UE ante el que se hubiera planteado el litigio⁶.

La segunda función de las normas imperativas examinadas sería, como antes se ha indicado, la de constituir un límite a los efectos de los acuerdos de elección del Derecho aplicable cuando en el contrato concurra una parte débil, como es el caso del contrato de trabajo. Así, el artículo 8.1 del Reglamento establece que «El contrato individual de trabajo se regirá

por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.» De este modo, no se excluye la posibilidad de elegir la ley aplicable, pero las disposiciones imperativas de la ley que resultaría aplicable a falta de elección –normalmente las de la *lex loci laboris*– constituirían el umbral o mínimo de protección a respetar en cualquier caso⁷, sin perjuicio de la posibilidad de que la ley elegida por las partes (o, de hecho, cualquier otro instrumento jurídico, como un convenio colectivo o el propio contrato) ofrezca un nivel de protección mayor⁸. Con ello se evita que el pacto de elección de la ley aplicable pueda convertirse en un instrumento que permita esquivar la aplicación de las normas imperativas o inderogables por contrato que normalmente resultarían aplicables al caso⁹. Al mismo tiem-

⁷ En este sentido, BOUZA VIDAL, N., *loc. cit.*, p. 75.

⁸ Entonces, lo dispuesto en el artículo 8.1 puede implicar la necesidad de una comparación de leyes, para apreciar cuál de ellas –la elegida o la que resultaría aplicable a falta de elección– fuera más favorable al trabajador. A pesar de las críticas que algún autor ha dirigido a este mecanismo (por ejemplo, GAMILLSCHLEG, F., «Rules of Public Order in Private International Labour Law», *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, t. 181, 1983-III, pp. 306-320), entiendo que resulta apropiado y practicable, en la medida en que se entienda que la comparación debe referirse únicamente al aspecto concreto que en cada caso esté en juego –por ejemplo, las condiciones para un despido, o la cuantía de la remuneración– y no se exija que la comparación tenga un carácter «global», en el sentido de que deban sopesarse en su totalidad las ventajas que cada uno de los ordenamientos laborales ofrezca, para apreciar si la menor protección en un determinado aspecto pudiera compensarse con la mejor protección en otro. Semejante exigencia resultaría desproporcionada y convertiría la labor de comparación en prácticamente imposible, porque el juez difícilmente podría llegar a tener un conocimiento «global» o completo de un ordenamiento extranjero (al respecto, véase mi anterior trabajo «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida», *AEDIPR*, t. VIII, 2008, pp. 403-407).

⁹ Aunque dictados a propósito del artículo 6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, antecedente del actual

«Rome I» et le choix de loi dans les contrats internationaux, Litec, Paris, 2011, p. 343.

⁵ En favor de esta interpretación, MUIR WATT, H., quien también la preconiza en caso de «falso conflicto» (*loc. cit.*, pp. 343-345).

⁶ En este sentido, BARIATTI, S., «Les limites au choix de la loi applicable dans les contrats impliquant une partie faible», en CORNELOUP, S. y JOUBERT, N. (Dir.), *op. cit.*, pp. 335-336.

po, en el marco de la norma de conflicto en materia de contrato individual de trabajo que establece el artículo 8 del Reglamento Roma I –deudor en este punto de su antecedente, el artículo 6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980– la elección de ley se convierte en un instrumento que permite mejorar el régimen aplicable al trabajador, puesto que permite que las partes acuerden la aplicación de una ley más protectora del trabajador que la que normalmente resultaría aplicable. Este podría ser el supuesto, por ejemplo, del personal técnico o directivo trasladado por su empresa a países con estándares laborales bajos, caso en el que podría resultar útil acordar la aplicación al contrato de la ley de un Estado distinto al del lugar habitual de trabajo¹⁰.

Reglamento Roma I, la jurisprudencia del TJUE nos ofrece ejemplos en los que los trabajadores demandantes pretendían beneficiarse de disposiciones imperativas relativas a la protección frente al despido de la ley que entendían que resultaría aplicable a falta de elección, en situaciones en que en los respectivos contratos se habían incluido cláusulas mediante las que se elegía una ley distinta: asuntos *Koelzsch*, de 15 de marzo de 2011 (as. C-29/10) y *Voogsgerd*, de 15 de diciembre de 2011 (as. C-384/10). En la jurisprudencia española, también pueden encontrarse precedentes interesantes: así, por ejemplo, el de la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de julio de 2004, Sala de lo Social, Sección 2ª (JUR 2004/271378). El caso se refería a un trabajador español contratado en Londres para trabajar en España, habiéndose pactado que el contrato quedara sometido a las leyes británicas y que tuviera una duración de cuatro años. Finalizado el plazo fijado, el trabajador planteó una reclamación en España, y el TSJ consideró que, como la actividad laboral se llevaba a cabo en el territorio español, el ordenamiento que se hubiera aplicado a falta de elección de ley sería el español. Entonces, aplicando el Derecho laboral español, llegó a la conclusión de que la limitación del tiempo del contrato a cuatro años era improcedente, ya que no podía ampararse en ninguna de las modalidades de contratación temporal entonces previstas en la ley española.

¹⁰ En este sentido, NORD, N. ha puesto de relieve que, en el marco de la norma de conflicto del artículo 8 del Reglamento Roma I –deudora en este punto de su antecedente, el artículo 6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980– la única posibilidad de mejorar el régimen legal aplicable al trabajador sería precisamente mediante el ejercicio de la facultad de elegir la ley aplicable que prevé el art. 8.1, dado que la cláusula de excepción que prevé el artículo 8.4 estaría guiada exclusivamente por criterios de «proximidad» entre el contrato y un determinado Estado, pero no por consideraciones materiales o de aplicación del régimen más favorable al trabajador. A su juicio, ello explicaría que en algunos supuestos los Tribunales hayan

En definitiva, en el marco del planteamiento conflictual que deriva del artículo 8.1 del Reglamento, la ley que resultaría aplicable a falta de elección constituiría el auténtico régimen regulador del contrato, y no la ley elegida por las partes, que sólo podría desplegar su eficacia en el terreno que la primera de las leyes indicadas concediera a la autonomía material de las partes¹¹. A diferencia del supuesto contemplado en el artículo 3.3 del Reglamento, aquí podría tratarse perfectamente de un auténtico contrato internacional, por sus vínculos con más de un Estado, y la limitación de la posibilidad de elegir el Derecho aplicable –el *pactum de lege utenda*– se justifica, no porque el contrato presente todos sus vínculos relevantes

visto de manera algo forzada elecciones de ley implícitas, presuntamente deducidas de la voluntad de las partes, para así asegurar la aplicación de una ley más favorable al trabajador, planteamiento que ilustra con ejemplos de la jurisprudencia francesa («La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international», *Revue Critique de Droit International Privé*, abril-junio de 2016, pp. 310-314). Por mi parte, coincido con la valoración de este autor, aun cuando entiendo que el expediente de escoger la ley aplicable al contrato no sería la única manera posible de mejorar el régimen que le resulte aplicable; tales mejoras podrían establecerse no únicamente ejerciendo la autonomía «conflictual» (eligiendo la ley aplicable), sino también mediante el ejercicio de la autonomía «material», en el momento de pactar las estipulaciones contractuales.

¹¹ Por ello, MOURA RAMOS, R.M. habría afirmado, en relación con el entonces aplicable art. 6.2 del Convenio de Roma –equivalente al actual artículo 8 del Reglamento, apartados 2 a 4– que el ordenamiento designado por la primera de las disposiciones citadas sería el que verdaderamente dominaría el contrato de trabajo («El contrato individual de trabajo», en CALVO CARAVACA, A.-L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (Dir.), BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Coord.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 1894. Según MUIR WATT, H., incluso podría dudarse de la utilidad de distinguir entre normas imperativas en sentido interno y normas internacionalmente imperativas o «superimperativas» –que analizaré en el apartado siguiente–, puesto que, partiendo de una aproximación «funcionalista», a juicio de esta autora la única cuestión relevante sería la de saber si la política legislativa que en cada caso estuviera en juego exige o no la aplicación de las disposiciones consideradas, en función de los vínculos entre tales disposiciones y la situación (*loc. cit.*, p. 347). Desde este punto de vista, bien puede explicarse la aplicación de las normas imperativas a que alude el artículo 8.1, a pesar de la existencia de un acuerdo de elección en favor de un ordenamiento distinto.

con un único país, sino porque concurre una parte débil merecedora de especial protección, y a la que el Reglamento pretende dispensar un tratamiento conflictual privilegiado. Llegados a este punto, conviene analizar la relación entre los artículos 3.3 y 8.1 del Reglamento Roma I, puesto que, en el supuesto concreto de los contratos de trabajo, la previsión del artículo 3.3 del Reglamento resultaría en cierto modo superflua, ya que en los casos en que pudiera resultar aplicable esta disposición, también lo sería el artículo 8.1¹²: en efecto, en el supuesto en que la totalidad de los elementos de un contrato de trabajo estuvieran vinculados con un único país, con toda probabilidad se regiría por la ley de dicho país, en virtud de la designación efectuada bien por el artículo 8.2, o por el 8.3, si el anterior no pudiera aplicarse; en consecuencia, en materia de contrato de trabajo, el artículo 3.3 no añadiría un *plus* de protección con respecto a lo que ya se deriva del artículo 8.1.

LEYES DE POLICÍA O NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS

En las breves consideraciones que seguirán no se podrá hacer justicia completamente al rico debate doctrinal y jurisprudencial sobre esta categoría de normas, que ha recibido diversas denominaciones, tales como normas internacionalmente imperativas, leyes de policía, normas de aplicación inmediata, normas de aplicación necesaria o leyes de orden público¹³. En apretada síntesis, se trataría de normas que, por razón de intereses públicos o sociales de carácter preemi-

nente, exigirían su aplicación en todas aquellas situaciones contempladas en su ámbito de aplicación, aun cuando concurrieran en el caso elementos de extranjería, o incluso aunque la relación jurídica de base –por lo que aquí interesa, el contrato laboral– se regulara por un Derecho extranjero. De este modo, existiría una relación indisociable entre la finalidad de interés público o social de la norma y la exigencia de su aplicación al caso, esto es, la delimitación de su ámbito de aplicación en el espacio. En consecuencia, el rasgo característico que permite diferenciar tales normas es el de su voluntad de aplicación sea cual fuere la ley que rija el contrato. Se diferencian, entonces, de las normas simplemente imperativas, o imperativas en sentido interno, por el hecho de pretender aplicarse a todos los casos que contemplen, aun cuando la *lex causae* fuera un Derecho extranjero (o, *rectius*, prescindiendo de los posibles elementos de internacionalidad que puedan concurrir en el supuesto)¹⁴.

La regulación de los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional nos ofrece un ejemplo muy claro al respecto: normalmente a tales trabajadores les re-

¹⁴ Esta característica me conduce a discrepar en parte de la tesis sostenida por BONOMI, A. Para este autor, la noción de normas de policía o de aplicación necesaria presupondría que la materia de que se tratara estuviera regulada por normas de conflicto de leyes que determinarían la aplicación de un Derecho extranjero; por el contrario, no habría lugar a hablar de tales normas cuando la materia estuviera íntegramente regida por el Derecho del foro (*op. cit.*, pp. 199 y 417). Por el contrario, pienso que lo característico de las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía es el hecho de reclamar su aplicación a pesar de que en el supuesto concreto pueda haber elementos foráneos, en atención a los objetivos preeminentes de interés público o social que persiguen. Dicho de otro modo, la consecuencia de la aplicación de una ley de policía es precisamente que tiende a equiparar las situaciones Internacionales a las internas; así por ejemplo, es obvio que las normas que regulan el salario mínimo producen el efecto de homogeneizar las situaciones puramente internas (por ejemplo, trabajador español que trabaje en España para una empresa española) y aquellas en las que concorra algún elemento de internacionalidad, como por ejemplo pudiera ser, en un supuesto como el anterior, la nacionalidad extranjera del trabajador.

¹² En este sentido, BARIATTI, S., *loc. cit.*, p. 335.

¹³ Sobre esta categoría de normas, pueden consultarse, entre otros trabajos, los de MARQUES DOS SANTOS, A., *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado (Esboço de uma Teoria Geral)*, Almedina, Coimbra, 1991; GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Barcelona, Bosch, 1992; BONOMI, A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998, y mi antes citada monografía *La aplicación...*, esp. el capítulo segundo, pp. 103-176.

sultará aplicable la ley del Estado en el que –o desde el que– el empleado trabaje habitualmente, y la ley aplicable al contrato no cambiará por el hecho de que el trabajador sea desplazado temporalmente a otro país (artículo 8.2 del Reglamento Roma I). Pues bien, el hecho de que la ley del país de trabajo habitual sea la ley aplicable al contrato no impedirá la aplicación de determinadas normas de policía –por ejemplo, las relativas al salario mínimo– del país al que el trabajador haya sido desplazado temporalmente. Así se desprende claramente de la Directiva 96/71, de 16 de diciembre de 1996¹⁵, cuando su artículo 3.1 establece que «*cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral*» los Estados miembros receptores de los trabajadores desplazados velarán para que se respeten las normas vigentes en su territorio relativas a determinadas condiciones de empleo, como por ejemplo las que se refieren a períodos máximos de trabajo, salario mínimo o salud, seguridad en higiene en el trabajo¹⁶.

Otro ejemplo de ley de policía en materia laboral se encontraría en el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros (en adelante, LOEX), cuando afirma que «*los extranjeros mayores de dieciséis años*» que deseen llevar a cabo cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional precisarán de una autorización administrativa para residir

y trabajar¹⁷. La exigencia de una autorización administrativa para trabajar es, obviamente, una norma de policía. Pero no es este el aspecto en el que quiero detenerme ahora, sino el de la edad mínima necesaria para trabajar: el legislador la establece de manera uniforme, en los dieciséis años, independientemente de lo que al respecto pueda decir la ley nacional del trabajador extranjero, por la que en principio se regiría su capacidad para contratar, si nos atenemos al artículo 9.1 del Código civil, norma de conflicto de leyes que, con carácter general, regula la capacidad de las personas. Resulta claro que en este caso existen evidentes razones de interés público, encaminadas a la prohibición del trabajo infantil y a la protección de los jóvenes, que justifican sobradamente que el legislador establezca una determinada edad mínima para trabajar en España, prescindiendo de cuál sea la nacionalidad del trabajador y de lo que al respecto puedan decir las leyes de otros Estados¹⁸.

En definitiva, lo que distinguiría las leyes de policía o normas internacionalmente imperativas del resto de normas imperativas (las simplemente imperativas) es que las primeras gozarían de una imperatividad «reforzada» o, en palabras de H. Muir Watt, se trataría de normas «superimperativas»¹⁹. Ahora bien,

¹⁵ DOCE L 18, de 21 de enero de 1997.

¹⁶ En aplicación de lo que dispone la Directiva, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre (BOE del 30), establece en su artículo 3.1 que los empresarios que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizarles «*cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo*» las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española relativas a los aspectos que el propio artículo enumera. La bibliografía sobre la problemática de los desplazamientos temporales de trabajadores es muy abundante. Entre otros, puede consultarse el trabajo de LLOBERA VILA, M., *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. Téngase en cuenta que la Ley 45/1999 ha sido objeto de una importante reforma mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo (BOE del 27; corr. err. BOE de 8 de junio).

¹⁷ La redacción vigente del citado art. 36 se debe a la LO 2/2009, de 11 de diciembre (BOE del 12).

¹⁸ Por ello, la edad de 16 años establecida para los trabajadores extranjeros en el artículo 36.1 LOEX coincide con la edad mínima establecida con carácter general en los artículos 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores (ET). A mi juicio, esta voluntad de regulación homogénea y uniforme del trabajo de los menores también tendría otra consecuencia, que es que se aplicarían las mismas excepciones que prevé el ET –participación de menores en espectáculos públicos– tanto a los menores españoles como a los extranjeros, y también las mismas limitaciones en cuanto a los tipos y formas de trabajo prohibidos a menores de 18 años. Por idénticas razones, entiendo que tampoco podría aplicarse una ley extranjera que pudiera establecer una edad mínima de acceso al empleo superior a la establecida en España; en general, sobre el indiscutible carácter de ley de policía de las normas reguladoras del trabajo de menores, BARIATTI, S., *loc. cit.*, p. 337.

¹⁹ *Loc. cit.*, p. 342.

tales normas plantean el problema de su identificación, es decir, el de determinar los criterios para discernir si efectivamente nos hallamos ante una norma de este tipo o ante una norma simplemente imperativa. Se trata de una cuestión que ha sido objeto de cierta controversia. En mi opinión, esencialmente existirían dos posibilidades para identificar que una norma imperativa es efectivamente una ley de policía o norma internacionalmente imperativa. La primera es que en el propio texto el legislador incluya alguna indicación sobre la aplicabilidad espacial de la norma, de la cual se desprenda la voluntad de que la disposición se aplique sea cual fuere la ley aplicable al contrato o relación jurídica de base. Así, en el antes citado ejemplo de la regulación de los desplazamientos temporales de trabajadores, cuando la Ley 45/1999 regula los desplazamientos temporales hacia España, queda claro tanto el ámbito de aplicación de aplicación territorial previsto –desplazamientos al territorio español– como la voluntad de que la regulación prevista en su artículo 3 se aplique independientemente de cuál sea la ley por la que se rijan los contratos del trabajo (aunque, obviamente, sin perjuicio de las disposiciones más favorables para el trabajador que dicha ley pudiera prever). En otras ocasiones, las precisiones aportadas por el legislador en el texto de la norma pueden verse complementadas por lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 8.1 del Código civil, a cuyo tenor *«Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español»²⁰*, o bien por alguna otra disposición de carácter más específico. Así, por

ejemplo, en el artículo 36.1 LOEX se establece con carácter expreso que los extranjeros mayores de 16 años podrán trabajar, con sujeción a ciertas condiciones. Dado el contexto y finalidad de la ley, cabe deducir que la regla se aplicaría en el territorio español, conclusión que también se alcanzaría si complementamos el artículo 36.1 LOEX con lo dispuesto en el artículo 8.1 del Código civil, dado el inequívoco carácter de «ley de policía» que cabe atribuir a la disposición citada en primer lugar. Es más, en este caso concreto, encontraríamos un indicador espacial de aplicación todavía más específico en otro texto legal relacionado con esta materia, como es el Convenio número 138 de la OIT, de 26 de junio de 1973, sobre edad mínima, del que es parte el Estado español. En concreto, su artículo 2.1 establece que todo Estado miembro que ratifique el Convenio deberá especificar, en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al trabajo *«en su territorio y en los medios de transporte matriculados en su territorio»²¹*.

La segunda posibilidad, por lo que se refiere a la identificación de las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía, sería aquella en que, pese a no existir una indicación expresa del legislador sobre los supuestos en que deba aplicarse, de su objetivo o finalidad de interés público se deduzca su voluntad de aplicación en tanto que ley de policía. En el fondo, se trataría de recurrir a la interpretación teleológica o finalista de la norma, para desvelar su carácter de ley de policía o no. No cabe ignorar, sin embargo, que esta posibilidad de deducir el carácter de ley de policía de la norma de su finalidad y objetivos, en ausencia de una indicación expresa del legislador en cuanto a sus criterios de aplicabilidad en el espacio, ha sido objeto de crítica. En esencia, se

²⁰ Desde este punto de vista, el citado art. 8.1 del Código civil podría considerarse, como lo hace GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., como una norma de carácter complementario, que ayudaría a determinar el ámbito de aplicación territorial del tipo de normas que enumera, siempre y cuando estas últimas no definan expresamente su propio ámbito de aplicación (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1995, tomo I, vol. 2º, pp. 100-105); en un sentido parecido, CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. sostienen que el art. 8.1 del Código civil cumpliría efectivamente una función delimitadora del ámbito de aplicación espacial de determinadas normas, aunque lo circunscriben a las normas

españolas de Derecho público (*Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2016, vol. I, pp. 411-416).

²¹ Sobre los criterios de aplicación espacial de las normas sobre trabajo de menores, mi anterior contribución «Aspectes internacionals del treball infantil i de menors», en SOLÉ, J. (Coord.), *Treball infantil i de menors*, Cálamo, Mataró (Barcelona), 2005, pp. 36-38.

arguye que este proceder provoca inseguridad jurídica, porque potencialmente, y por vía de interpretación, cualquier norma podría llegar a considerarse una ley de policía o, dicho de otro modo, se corre el riesgo de atribuir tal carácter a disposiciones a las que el legislador no habría querido atribuírselo²². Ciertamente, tales argumentos críticos llevan razón cuando ponen de manifiesto la incertidumbre que al respecto pueda existir *ex ante*, y no faltan precedentes jurisprudenciales que ponen de relieve tales dudas²³. Por ello, habrá que reconocer que el método de las leyes de policía adolece de un cierto grado de inseguridad. Ahora bien, en mi opinión, se trata de un inconveniente que tampoco es insalvable, y que en definitiva no hay más remedio que aceptar. En el fondo, cabe reconducirlo a la interpretación teleológica o finalista de las normas. Además, en mi opinión, existiría otro criterio de tipo pragmático: idealmente, podría suponerse que al redactar las normas el legislador tuviera siempre en cuenta los supuestos internacionales que pudieran llegar a plantearse y que, en previsión de tales supuestos, diseñara normas de delimitación del ámbito de aplicación espacial técnicamente perfectas, ajustadas a los intereses en presencia; sin embargo, muchas veces tales normas no existen, o son técnicamente

imperfectas, y por tanto la correcta aplicación de la ley puede requerir una valoración de conjunto de su finalidad y objetivos. Por ejemplo, sería un resultado insatisfactorio negar el carácter de ley de policía a las normas sobre salario mínimo por el solo hecho de que el texto de la norma no lo hubiera hecho constar así de modo expreso. Por el contrario, aun en ausencia de dicha mención expresa, entiendo que la finalidad de las disposiciones sobre salario mínimo, como aspecto básico o estructural del mercado de trabajo, tendente a garantizar la supervivencia del trabajador y a evitar la explotación laboral, justificaría de sobras que se deduzca su carácter de normas de policía, y así lo ha hecho en reiteradas ocasiones la jurisprudencia²⁴. Por otro lado, tampoco hay que olvidar que pueden existir otros elementos que ayuden a desvelar el carácter de leyes de policía de determinadas disposiciones: en ocasiones, el legislador habría intentado asegurar su cumplimiento mediante el establecimiento de sanciones de carácter administrativo o incluso penal. Tal sería el caso, por ejemplo, de la prohibición de que los empresarios contraten trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, cuyo incumplimiento constituye infracción muy grave en los términos establecidos por el artículo 54.1.d) de la LOEX, a no ser que el hecho constituyera delito. Semejante aparato sancionador revelaría claramente la rigurosa imperatividad de la prohibición descrita, incluso en presencia de elementos de extranjería en el supuesto de hecho (en este caso, necesariamente se dará al menos uno de tales elementos, consistente en la nacionalidad extranjera del trabajador, pero podría haber otros, como por ejemplo que las partes escogieran una ley extranjera como ley rectora del contrato).

Otro aspecto relevante, en el marco de los criterios de identificación de las leyes de

²² En la doctrina española, sostienen esta postura CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.* pp. 420-421.

²³ Fuera del ámbito del contrato de trabajo, un ejemplo conocido es el de determinadas normas de protección del agente comercial contenidas en la Directiva europea 86/653, de 18 de diciembre de 1986, relativa al contrato de agencia. Como es bien sabido, en el caso *Ingmar*, de 9 de noviembre de 2000 (as. C-381/98), en ausencia de indicaciones expresas de la Directiva en cuanto a su ámbito de aplicación territorial, el TJUE dedujo del objetivo de determinadas disposiciones protectoras del agente, y en particular de su relación con las condiciones de competencia en el mercado interior europeo, su carácter de leyes de policía, mientras que en decisiones coetáneas jurisdicciones de los Estados miembros habían entendido que tales disposiciones era imperativas únicamente en la medida de que el contrato de agencia estuviera regulado por la ley de un Estado miembro, es decir, que serían disposiciones simplemente imperativas, pero no internacionalmente imperativas (por ejemplo, sentencia de la *Cour de cassation* francesa de 28 de noviembre de 2000, nota de JACQUET, J.M. en *Journal de droit international*, núm. 2 de 2001, pp. 511-523).

²⁴ Por ejemplo, el propio TJUE, en los asuntos *Seco*, de 3 de febrero de 1982 (as. 62/81 y 63/81) y *Arblade*, de 23 de noviembre de 1999 (as. C-369/96 y C-376/96); *vid.*, especialmente, párrafos 41 y 42 de esta última.

policía, sería el de discernir, en los supuestos concretos que puedan plantearse, si una determinada norma se aplica a título de ley de policía, o bien como norma imperativa inserta en el marco de la ley que resulte aplicable al contrato. Particularmente en lo que concierne al contrato de trabajo, en muchos casos el resultado será el mismo, puesto que, tanto por una vía como por la otra, la norma llegaría a aplicarse. Ello se debe a que, como destacan Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, la solución en cuanto a la ley aplicable que deriva de la norma de conflicto contenida en el artículo 8.2 del Reglamento Roma I –aplicación de la *lex loci laboris*– conduce a la aplicación «natural» del bloque de Derecho imperativo del país en el que se lleve a cabo la actividad laboral –ya se trate de sus disposiciones simplemente imperativas o de verdaderas leyes de policía.²⁵ Así, por ejemplo, en el caso de un trabajador que lleve a cabo su labor habitualmente en España, y a no ser que pudiera aplicarse la cláusula de excepción del artículo 8.4, el Derecho aplicable a su contrato sería el español, Derecho que incluiría, por ejemplo, las disposiciones sobre salario mínimo. En tal caso, como la regulación del salario es una cuestión fuertemente imbricada en la dinámica contractual, no debiera existir inconveniente en que las normas españolas que regulan unos derechos económicos mínimos en favor del trabajador se apliquen en tanto que parte de la *lex causae*²⁶ y, desde este punto de vista, en un supuesto como este no tendría mucho sentido intentar discernir si las normas en cuestión son simple o internacionalmente imperativas, puesto que lo único que contaría sería que su aplicación fuera ordenada en el supuesto con-

creto por la norma de conflicto²⁷. En ocasiones, ello puede conducir a que pueda dudarse de si determinadas disposiciones de carácter imperativo pueden llegar a aplicarse como leyes de policía, cuando la ley aplicable al contrato sea un ordenamiento distinto al que pertenecen dichas normas. En mi opinión, un ejemplo podría ser el de las normas españolas reguladoras del despido. Hay precedentes en la jurisprudencia de los que se deduce su consideración como leyes de policía: así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1990²⁸ tal consideración podría apoyarse en la alusión por parte del TS, entre otras disposiciones, al artículo 8.1 del Código civil, que, como antes se ha explicado, se refiere a las leyes de policía y seguridad. Ahora bien, el hecho de que en el supuesto enjuiciado la actividad laboral se llevara a cabo en España, y que el Tribunal considerara aplicable al contrato el Derecho español, podría plantear la duda de cuál era en el caso concreto el fundamento de la aplicación de las normas españolas sobre despido²⁹.

Un último aspecto relativo a las leyes de policía laboral sería que, en ocasiones, podrían tener un carácter relativo, en el sentido de que su aplicación se supeditara a que la ley normalmente aplicable al contrato no ofreciera como mínimo el mismo nivel de protección. En mi opinión, aquí cabría distinguir entre las normas de Derecho público, que normalmente gozarían de una aplicación uniforme dentro de su ámbito de aplicación (sería el caso, por ejemplo, de las normas de seguridad en los

²⁷ En este sentido, mi anterior trabajo «Normas materiales imperativas o leyes de policía...», *cit.*, p. 385.

²⁸ RAJ 9762.

²⁹ De la argumentación de la sentencia se deduciría que el TS consideró aplicable el Derecho español, puesto que los servicios se prestaban en España al tiempo de producirse los hechos. Sin embargo, cree oportuno añadir, a mayor abundamiento que «además, tales hechos, por referirse a un supuesto de despido, reclamarían para sí, igualmente, las normas del derecho español por aplicación de lo dispuesto en el art. 8.1 del Código Civil en relación con el 12.3 del mismo cuerpo legal que consagran, con carácter general, el principio de territorialidad para determinadas materias, entre ellas las afectantes al orden público» (FJ 5, ap. 2, letra c).

²⁵ *Op. cit.*, p. 617.

²⁶ En mi opinión, distinto sería el caso de otras las leyes de policía que versaran sobre aspectos claramente separables de la relación contractual, que obedecerían únicamente a sus propios criterios de aplicabilidad en el espacio, desvinculados del régimen aplicable a la relación jurídico-privada o contractual. Sería el caso, por ejemplo de aspectos regulados por normas de Derecho público, como por ejemplo las que establecen los requisitos de seguridad en los establecimientos industriales.

centros de trabajo), sin que llegue a plantearse la posibilidad de aplicar una ley distinta, y las normas que esencialmente otorgan una especial protección a la parte débil en un marco contractual, como serían las relativas al salario mínimo. Estas últimas normas se limitan a establecer unos mínimos de protección, que por supuesto pueden mejorarse por acuerdo entre las partes. Por tanto, a pesar de su carácter de leyes de policía, no impedirán la posible aplicación de una ley extranjera, en la medida en que esta última ofrezca una protección igual o mayor a la persona del trabajador. Aun así, cabe decir que, en sentido estricto, en estos casos la ley de policía no quedaría desplazada o descartada por una ley extranjera, ya que también se le daría cumplimiento. Por ejemplo, supongamos que un trabajador cuyo contrato se rigiera por una ley extranjera fuera enviado a trabajar a España. El salario mínimo legal español para 2017 sería de 9.907,80 euros anuales³⁰; supongamos que según la ley extranjera el salario mínimo se fijara en 15.000 euros al año, y que a dicho trabajador se le pagaran efectivamente 15.000 euros, o una cantidad superior, en cumplimiento de la ley aplicable al contrato. Pues bien, realmente no podría decirse que en este caso la normativa española sobre salario mínimo quedara descartada por la ley extranjera, porque es obvio que si al trabajador se le pagaran 15.000 euros, la norma española sobre salario mínimo también se estaría cumpliendo.

LEYES DE POLICÍA Y EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

Como anteriormente he señalado, una de las denominaciones habitualmente empleadas para designar a las leyes de policía es la de leyes de orden público³¹. Ahora bien, esta noción no debe confundirse con la excepción

de orden público, recogida en el artículo 21 del Reglamento Roma I, a cuyo tenor: «*Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.*» Tal excepción entraría en juego, entonces, cuando la norma de conflicto de leyes designara un ordenamiento extranjero como Derecho aplicable y, a pesar de ello, no pudiera aplicarse por contradecir dicho ordenamiento principios básicos del Derecho del foro. Para ser más exactos, lo que desencadenaría la aplicación de la excepción de orden público sería el resultado manifiestamente contrario a los principios esenciales del foro al que conduciría la aplicación de la ley extranjera en el caso concreto³²; es decir, no se trataría de juzgar en abstracto la mayor o menor bondad de una ley extranjera, sino de determinar cuál sería el resultado de su aplicación al caso y, si tal resultado fuera inaceptable desde la perspectiva de los principios fundamentales del foro, descartar la aplicación de la ley extranjera (o, *rectius*, de aquellas de sus disposiciones que efectivamente produjeran semejantes resultado). En nuestro ordenamiento, en esencia cabría reconducir los principios básicos del foro a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución y en los convenios internacionales en materia de derechos humanos aplicables en España, así como a determinados principios fundamentales del ordenamiento de la Unión Europea, como el de no discriminación por razón de nacionalidad entre los ciudadanos de los Estados miembros³³, y en particular la plasmación del mismo en las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la UE sobre la libre circulación de trabajadores³⁴.

Actualmente, la mayor parte de los casos en que se invoca la excepción de orden público

³⁰ Véase el RD 742/2016, de 30 de diciembre de 2016 (BOE del 31).

³¹ Así, por ejemplo, cuando el artículo 3.10, primer guión, de la antes citada Directiva 96/71, relativa a los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación

de servicios transnacional, alude a las «*disposiciones de orden público*».

³² Al respecto, BOUZA VIDAL, N., *loc. cit.*, pp. 79-80.

³³ Artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³⁴ Artículo 45 y siguientes del citado Tratado.

se sitúan en el ámbito del estatuto personal, familiar o sucesorio³⁵, pero tampoco podemos excluir que pudiera invocarse en el ámbito de las relaciones laborales, aun cuando cabe suponer que esto no será muy frecuente. Por ejemplo, sería contraria al orden público español la ley o costumbre extranjera que permitiera el compromiso laboral vitalicio por parte del trabajador³⁶, puesto que ello equivaldría a entrar en una situación de servidumbre³⁷. Por idénticas razones, sería contraria al orden público cualquier ley o costumbre extranjera que avalara prácticas de servidumbre por deudas³⁸. También serían contrarias al orden

público español las leyes extranjeras que hipotéticamente reconocieran al empresario un poder disciplinario excesivo que incluyera, por ejemplo, la posibilidad de aplicar castigos físicos, privaciones de libertad, o tratos inhumanos o degradantes³⁹, sin perjuicio, por supuesto, de la relevancia penal que pudieran tener tales conductas. También resultarían contrarias al orden público, por ejemplo, las normas extranjeras que prohibieran de manera total y absoluta el ejercicio de los derechos de sindicación o huelga⁴⁰, o aquellas que limitaran la capacidad de convenir un contrato de trabajo por razones de tipo discriminatorio. También

³⁵ Cabe decir, sin embargo, que algunos de los casos de posible aplicación de la excepción de orden público relacionados con determinados estatus familiares han tenido que ser resueltos por la jurisdicción social. Tal sería el supuesto de los interesantes litigios sobre el derecho a obtener pensiones de viudedad planteados por las esposas de un causante polígamo, y que nuestros Tribunales no han resuelto siempre en el mismo sentido; a este respecto, entre otros, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «Matrimonio poligámico, orden público y extranjería», *Actualidad Laboral*, núm. 3 de 2003, pp. 581-601 y LEONÉS SALIDO, J.M., «Pensiones de viudedad y modelos familiares», *La Ley*, núm. 7453, de 26-7-2010.

³⁶ Al respecto, GAMILLSCHEG, *loc. cit.*, pp. 303-304. Según el citado autor, también serían contrarias al orden público las disposiciones extranjeras que limitaran de manera excesiva el derecho a cambiar de trabajo.

³⁷ El anclaje constitucional de tal prohibición se encontraría, sin duda, en el derecho a la libertad. Desde una perspectiva más general, resulta de gran interés la aportación del antropólogo GRAEBER, D., en su interesante ensayo sobre la deuda y la historia de las relaciones económicas. En el capítulo quinto («Breve tratado sobre las bases morales de las relaciones económicas») incluye la siguiente afirmación: «Un contrato de trabajo es, aparentemente, un contrato libre entre iguales... pero un acuerdo entre iguales por el que ambos acuerdan que en cuanto uno de ellos fíche en el reloj, ya no seguirán siendo iguales. Aquí la ley reconoce, en cierta manera, un problema; es por eso por lo que insiste en que no puedes vender tu igualdad permanentemente: no eres libre de venderte en esclavitud. Acuerdos así sólo son aceptables si el poder del jefe no es absoluto, si se limita al horario de trabajo, y si tienes el derecho legal a rescindir el contrato y regresar a la plena igualdad en cualquier momento.» (*En deuda. Una historia alternativa de la economía*, traducción al español de J. Andreano Weyland, Ariel, Barcelona, 2012, p. 157)

³⁸ Según afirma GRAEBER, D. tales prácticas no serían tan lejanas en el tiempo como podría parecer. Pone el ejemplo de la prostitución en Tailandia, en el que las mujeres que la practican frecuentemente se encuentran en una situación de servidumbre por deudas. Según afirma, el arreglo suele presentarse

como un préstamo a la familia de la mujer, o un pago por adelantado por los servicios que ésta vaya a prestar, servicios que habitualmente no se especificarían, o que serían falsos. Tales préstamos tendrían un tipo de interés elevado, y su cuantía podría aumentar con otras deudas, tales como gastos de manutención o servicios médicos (*op. cit.*, pp. 169-170, 544, nota 7 y referencias allí citadas).

³⁹ A decir verdad, es poco probable que la legislación de un determinado país previera expresamente semejantes posibilidades; aunque ello no quiere decir que no puedan darse, especialmente en contextos de trabajo clandestino o en actividades como la prostitución.

⁴⁰ A pesar de ello, cabe decir que no falta algún precedente jurisprudencial que considera justificado un despido cuando los trabajadores hubieran ido a la huelga contraviniendo la prohibición absoluta del derecho de huelga en el ordenamiento del Estado extranjero en el que habían trabajado; entre otros argumentos, se alegó la necesidad de respetar las disposiciones de orden público del Estado en cuestión, según lo previsto en el art. 1.4 ET. Resultan de interés a este respecto las STS de 26 de octubre y 27 de noviembre de 1982 (RAJ 6251 y 6899 respectivamente), en las que se trataba de trabajadores españoles que prestaban sus servicios para empresas españolas en la República Sudafricana, país que en aquel momento prohibía de manera absoluta el derecho de huelga (sobre estos casos, y algún otro parecido en la jurisprudencia extranjera, GUARDANS CAMBÓ, I., *op. cit.*, p. 442-443). En mi opinión, esta manera de ver las cosas resulta discutible, puesto que, cuando conocieran los Tribunales españoles, debieran tener en cuenta hasta qué punto las leyes de policía extranjeras del Estado donde se lleve a cabo la actividad son o no compatibles con los principios del orden público español, en el que se integraría el derecho fundamental a la huelga (art. 28.2 de la Constitución). Desde esta perspectiva, sería admisible que una ley extranjera impusiera determinadas condiciones al ejercicio del derecho de huelga, pero en cambio sería difícilmente compatible con el orden público español una disposición que prohibiera completamente el derecho de huelga, o bien que lo sometiera a condiciones injustificadamente restrictivas.

podría ser el caso de aquellas leyes extranjeras, incluso de algún Estado de la Unión Europea, que injustificadamente dificultaran que los trabajadores pudieran defender sus derechos ante los Tribunales de justicia⁴¹.

⁴¹ En este sentido, creo que es bastante ilustrativa la sentencia del TJUE dictada en el asunto *Sähköalojen ammattiliito*, de 12 de febrero de 2015 (as. C-396/13). En esencia, se trataba de un litigio entre un sindicato finlandés y una empresa polaca que, valiéndose de su derecho a la libre prestación de servicios en la UE, había desplazado temporalmente a un número considerable de trabajadores polacos a Finlandia, a los que había encomendado tareas de electrificación de una central nuclear en este último país. El salario mínimo de tales trabajadores debía determinarse, en virtud de lo que establecía la Directiva 96/71, sobre desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, por lo dispuesto en un convenio colectivo finlandés de aplicación general. Tras sostener los trabajadores que no se les habían pagado las remuneraciones mínimas que preveía el citado convenio, cedieron con carácter individual sus créditos salariales a un sindicato finlandés, que procedió a reclamarlos ante una jurisdicción finlandesa. La empresa polaca se opuso a la reclamación, alegando que el sindicato finlandés no estaba legitimado para actuar en nombre de los trabajadores desplazados, ya que el derecho polaco prohibía la cesión de créditos derivados de una relación laboral. El TJUE resuelve el caso concreto afirmando que la cuestión de la legitimación activa del sindicato en un procedimiento ante una jurisdicción finlandesa se regiría por el Derecho finlandés, por tratarse de una cuestión procesal gobernada por el Derecho del foro (par. 20); en definitiva, aplica la regla tradicional y común a los diversos sistemas jurídicos según la cual las cuestiones de carácter procesal se rigen por la ley del foro que conozca del caso (*lex fori regit processum*, en España recogida en el art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Aun siendo ello completamente cierto, por lo que no cabe censurar la decisión del TJUE, también lo es que una norma que tuviera por efecto impedir que el trabajador cediera su crédito salarial a un sindicato, para que este lo reclamara en el marco de una acción colectiva en representación de una pluralidad de trabajadores, supondría una restricción considerable a la posibilidad de reclamar sus derechos, puesto que no le dejaría más alternativa que una acción judicial de carácter individual, con los costes a ella inherentes. No en vano la jurisdicción finlandesa que planteó la cuestión prejudicial interrogó al TJUE sobre la compatibilidad de la disposición polaca controvertida con el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, precepto que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva (par. 18 de la sentencia, cuestión primera). En mi opinión, una ley extranjera que efectivamente tuviera por efecto impedir que el trabajador encomendara a un sindicato que reclamara en su nombre salarios adeudados sería contraria al orden público, puesto que efectivamente privaría al trabajador de un medio particularmente eficaz para ejercer sus derechos sin que existiera una justificación suficiente para semejante restricción.

Cabe decir, sin embargo, que una razón que puede explicar la escasa probabilidad de que lleguen a plantearse casos de este tipo ante los jueces españoles, y en los que estos se vieran abocados a aplicar la excepción de orden público, sería que, para poder encontrarnos en semejante escenario, sería necesario que la jurisdicción española hubiera podido asumir competencia judicial internacional para conocer del caso concreto. Esto sería poco probable cuando se tratara de prácticas laborales abusivas que mayormente pudieran producirse en países alejados de nuestro entorno, ni que fuera por las dificultades de todo tipo que en tales supuestos pudiera tener el trabajador para acceder a la justicia de un país distinto⁴².

Cabe decir, sin embargo, que las leyes de policía y la excepción de orden público guardan una estrecha relación, por cuanto ambas se asientan en un mismo fundamento de Derecho imperativo, hasta el punto de que haya autores que hayan puesto en tela de juicio la diferencia entre ambas. En la doctrina española, ha defendido claramente esta postura el profesor Sopena Monsalve. En su opinión, el

⁴² Con todo, no debiera excluirse la posibilidad de abrir las puertas de la jurisdicción española en supuestos en que el trabajador se encontrara ante la imposibilidad de ejercer acciones judiciales ante las jurisdicciones que normalmente serían competentes, o bien cuando dicho ejercicio fuera excesivamente difícil en la práctica, y ello a pesar de que en el caso concreto no hubiera una norma que expresamente atribuyera competencia judicial internacional a los Tribunales españoles. En definitiva, entiendo que en este tipo de casos la competencia de los Tribunales españoles se justificaría en virtud de la doctrina del *forum necessitatis*, cuyo fundamento último se hallaría en la necesidad de evitar situaciones de denegación de justicia, fundamento que cabe reconducir al derecho a la tutela judicial efectiva (sobre la doctrina del *forum necessitatis*, CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, vol. I, pp. 342-346). Podría ser el caso, por ejemplo, de un marinero extranjero contratado fuera de España por una empresa extranjera para trabajar en un buque con bandera también extranjera, y que fuera abandonado o despedido aprovechando una escala de dicho buque en un puerto español. En semejantes circunstancias, si el trabajador no tuviera una posibilidad practicable de acceder a la jurisdicción o jurisdicciones extranjeras que normalmente resultarían competentes, sería oportuno permitirle que pudiera accionar contra su empleador ante los órganos jurisdiccionales españoles, precisamente para evitar una situación de denegación de justicia.

planteamiento tradicional de la reserva de orden público como «excepción» se basaría en un error en cuanto a la determinación del ámbito de aplicación de las normas. As su juicio, cuando se planteara la aplicación del orden público del foro, no habría lugar para la aplicación de un Derecho extranjero, puesto que en tal caso resultaría clara la voluntad de aplicación de las normas del foro. En consecuencia, entendería que en este caso explicar la aplicación del Derecho del foro como una excepción a la aplicación de un Derecho extranjero constituiría un error, porque la norma de conflicto del foro que reclamara la aplicación de un Derecho extranjero habría resultado incorrectamente aplicada⁴³. Entonces, este planteamiento cuestionaría completamente la diferencia entre la vertiente «negativa» del orden público, consistente en la excepción a la aplicación de un Derecho extranjero, y la vertiente positiva, consistente en la aplicación directa de las leyes de policía del foro, puesto que en ambos casos –y no sólo en el último– se prescindiría de la intermediación de la norma de conflicto bilateral. Sin embargo, la mayor parte de los autores entienden, con la ayuda de criterios diversos, que semejante distinción tiene sentido. A. Bonomi, por ejemplo, recurre a la distinción entre «principios» y «reglas». A su juicio, en los supuestos en que se aplica la excepción de orden público se estaría recurriendo a principios fundamentales del Derecho del foro, que actuarían como límite a la aplicación de normas extranjeras que los vulneraran. En cambio, las leyes de policía o normas internacionalmente imperativas, por su mayor grado de concreción, constituirían «reglas» en sentido propio, susceptibles de una aplicación directa⁴⁴.

Un ejemplo de esta dificultad dogmática podría encontrarse en el antes citado ejemplo de la prohibición del compromiso laboral vitalicio por parte del trabajador: ¿se aplicaría

directamente como «regla» (ley de policía) o como «principio» que impediría, excepcionalmente, la aplicación del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto? La cuestión puede discutirse: ciertamente, tal prohibición encontraría su fundamento en principios constitucionales, y señaladamente en el de libertad, y desde este punto de vista podría decirse que se aplicaría por la vía de los principios fundamentales del Derecho del foro, como excepción a la ley extranjera que eventualmente pudiera ser aplicable. Sin embargo, también podría argüirse que existe una regla expresa en el ordenamiento español, el artículo 1583 del Código civil, que declara nulo el arrendamiento de servicios hecho por toda la vida, y que dicha regla obedecería a evidentes razones de interés público y sería susceptible de aplicación directa. En definitiva, en ocasiones la diferencia entre los principios y las reglas puede no ser del todo nítida. Por ello, entiendo que, como complemento al criterio anterior, es posible tener en cuenta otro, que a mi juicio tendría carácter determinante para discernir si el Derecho del foro se está aplicando a título de ley de policía o por la vía de la excepción de orden público. Dicho criterio sería el del contexto en el que se planteara la cuestión o, mejor dicho, si en el caso concreto la posibilidad de aplicar una ley extranjera llega a plantearse (lo que supondrá, obviamente, la aplicación de la norma de conflicto pertinente y que el Derecho extranjero haya sido objeto de prueba⁴⁵). En tal caso, el mecanismo utilizado para aplicar las disposiciones del foro sería el de la excepción de orden público. En cambio, cuando en lo relativo al problema específico que regule la disposición del foro no llegue a plantearse la eventualidad de la aplicación de un Derecho extranjero, en tal caso dicha disposición se aplicaría como ley de policía. Volvamos al ejemplo de la prohibición del compromiso laboral vitalicio: lo más probable es que, en un supuesto de carácter

⁴³ SOPEÑA MONSALVE, A., «Las «excepciones» de «orden público» y de «fraude a la ley»: una aproximación crítica», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1982-1, pp. 447-460.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 101-105.

⁴⁵ Sobre la prueba del Derecho extranjero, entre otros, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, pp. 173-196.

transnacional, el juez español sólo recurriera a la aplicación del artículo 1583 del Código civil en la medida en que, hipotéticamente, el Derecho extranjero aplicable permitiera semejante compromiso (lo cual, dicho sea de paso, sería muy poco probable, dado que la prohibición del compromiso laboral vitalicio constituiría un principio ampliamente compartido entre los distintos ordenamientos), por lo que la aplicación de la prohibición se plantearía como excepción a la aplicación de la ley extranjera que eventualmente permitiría validar tal compromiso. En cambio, en otros casos, es bastante más probable que la ley del foro se aplique directamente, como «regla», sin que llegue a plantearse la posibilidad de aplicar al aspecto regulado una ley foránea. Volvamos al ejemplo, antes citado, del artículo 36.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, en cuanto exige una edad mínima de 16 años para que los extranjeros puedan trabajar en España. A mi modo de ver, cuando las autoridades españolas aplican dicha disposición, no llegarían a plantearse si la ley del Estado del que el extranjero fuera nacional, que con carácter general regularía su capacidad (art. 9.1 Cc), dijera otra cosa. Sencillamente, en lo que se refiere al requisito de edad mínima para trabajar, sólo se tendría en cuenta la ley española, prescindiendo de lo que pudiera establecer cualquier otra. La disposición se aplicaría por tanto como «regla» o ley de policía.

APLICACIÓN O TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LAS LEYES DE POLICÍA EN MATERIA LABORAL SEGÚN EL ORDENAMIENTO EN EL QUE SE INSERTEN

En la actualidad, la disposición del Reglamento Roma I que específicamente se dedica a la aplicación de las leyes de policía es el artículo 9, precepto que se aparta en diversos aspectos de su predecesor, el artículo 7 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980. Mientras que este último precepto no definía lo que debiera entenderse por leyes de policía, el apartado primero del artículo 9 del Reglamento Roma

I incorpora una definición claramente inspirada en la jurisprudencia del TJUE: «Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento⁴⁶». El tenor de esta definición podría llevar a pensar que se estaría adoptando una concepción restrictiva de las leyes de policía, por la alusión a los «intereses públicos» vinculados a la organización política, social o económica de un país. Sin embargo, entiendo que semejante fórmula verbal no excluiría que pudieran entenderse comprendidas en ella normas con una finalidad protectora de la parte débil en un contrato, como pudieran ser las normas de trabajo⁴⁷. De hecho, y como ya tuve ocasión de señalar en otro lugar⁴⁸, tales normas tendrían una doble finalidad: la de proteger a la parte débil del contrato, para compensar una situación de desequilibrio en cuanto al poder negocial, y al mismo tiempo una finalidad «ordopolítica», encaminada a la organización general del mercado de trabajo, como aspecto básico de la organización social y económica.

Las posibilidades de aplicación o toma en consideración de las leyes de policía serían diversas. En primer lugar, estaría el caso de las leyes de policía del foro: el artículo 9.2

⁴⁶ Compárese esta fórmula con la empleada en el párrafo 30 de la antes citada sentencia *Arblade*, de 23 de noviembre de 1999; a su vez, la fórmula de la sentencia *Arblade* recuerda a la que empleó FRANCESCOAKIS, P. en su pionero trabajo «Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», *Revue critique de droit international privé*, núm. 1 de 1966, p. 13, nota 2.

⁴⁷ Buena prueba de ello es que, como ya se ha indicado, tal fórmula está claramente inspirada en el párrafo 30 de la sentencia *Arblade*, y, como es bien sabido, en el caso enjuiciado se trataba de normas de policía laboral del Derecho belga que regulaban tanto aspectos sustantivos (derechos económicos de los trabajadores) como obligaciones formales (llevar a determinada documentación y relaciones con la inspección de trabajo local).

⁴⁸ *La aplicación...*, cit., p. 130.

del Reglamento, al igual que antes hacía el artículo 7.2 del Convenio de Roma, establece que las disposiciones del Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía pertenecientes a la ley del foro, es decir, las del sistema del juez que conozca del asunto. Tales normas gozarán de una prioridad absoluta, porque, siempre que se cumplan los presupuestos para su aplicación, el juez del foro estará necesariamente obligado a aplicar aquellas normas que el legislador de su propio Estado haya considerado de carácter rigurosamente imperativo, por razones de interés público o social, cualquiera que sea la ley que rijan el contrato. El segundo caso sería el de las leyes de policía del ordenamiento rector del contrato, según las normas de conflicto del Reglamento. La cuestión que aquí se plantea es la de si la remisión hecha por la norma de conflicto a una determinada ley incluye o no las leyes de policía de dicho ordenamiento, y sobre ello ha habido bastante discusión. Algunos autores han entendido que las leyes de policía obedecerían únicamente a sus criterios específicos de aplicación y, por tanto, dicha aplicación no podría reconducirse al mandato de la norma general de conflicto de leyes, que no estaría diseñada para tener en cuenta la especificidad propia de las leyes de policía⁴⁹. Es cierto que, ante todo, deben tenerse en cuenta los criterios de aplicación que, de manera expresa o implícita, contenga la propia ley de policía o norma de aplicación necesaria, y que en muchos casos dicha aplicación operará absolutamente al margen de cuál sea la ley aplicable al contrato. Así ocurrirá, por ejemplo, en el caso de determinadas disposiciones de Derecho público o de carácter sancionador. En cambio, en mi opinión, y como ya he adelantado anteriormente, la respuesta debiera ser algo más matizada cuando se trate de leyes de policía que estén fuertemente implicadas en la relación contractual, como podrían ser las destinadas a establecer un mínimo de derechos económicos o a limitar

el tiempo de trabajo. Se trata de aspectos que claramente se insertan en el marco de la relación contractual *inter partes* y, por ello, cuando la norma de conflicto designa el ordenamiento aplicable a dicha relación contractual, debieran tenerse en cuenta el conjunto de normas que la regulan, y no creo que fuera oportuno entender excluidas de la remisión conflictual aquellas normas de dicho ordenamiento que pudieran considerarse leyes de policía, porque podrían producirse resultados inconvenientes. Supongamos, por ejemplo, el caso en que, en un contrato que debiera ejecutarse en España, las partes pactaran su sometimiento a un Derecho extranjero, en uso de la facultad que prevé el artículo 8.1 del Reglamento. Pues bien, debiera entenderse que, sin perjuicio de las normas imperativas del Derecho español *ex* artículo 8.1, la remisión que en tal caso hiciera la citada norma de conflicto al Derecho extranjero incluiría el conjunto de sus disposiciones reguladoras del contrato de trabajo⁵⁰, incluyendo por tanto las que regularan el salario. De esta manera, quedaría garantizada la aplicación de las normas de dicho ordenamiento sobre salario mínimo. En cambio, entender que en semejante supuesto la remisión por la norma de conflicto al Derecho extranjero excluyera las leyes de policía de este llevaría a considerar que los aspectos regulados por dichas leyes (salario mínimo, tiempo máximo de trabajo...) no estarían concernidos por la remisión conflictual, y que únicamente debiera atenderse a sus propios criterios de aplicación. Con ello se correría el riesgo de que, al menos en algunos casos, se produjera una aplicación desvirtuada del Derecho aplicable al contrato. Por ello, y en conclusión, entiendo que la remisión conflictual efectuada por el artículo 8 del Reglamento incluiría el conjunto de normas reguladoras de las obligaciones en-

⁴⁹ En este sentido, MARQUES DOS SANTOS, A., *op. cit.*, p. 890 y 979-1056.

⁵⁰ Ahora bien, en un supuesto como este tampoco cabe olvidar la posibilidad de que las partes pacten la aplicación de una determinada ley, no al conjunto del contrato, sino a alguno o algunos de sus aspectos, posibilidad que permite el art. 3.1 del Reglamento, cuya última frase dice: «Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.»

tre las partes, incluyendo entre ellas aquellas que pudieran considerarse leyes de policía. Tales normas en principio debieran aplicarse, a no ser que de sus criterios de aplicación específicos se dedujera claramente su no aplicabilidad al caso⁵¹ o, evidentemente, que fueran contrarias al orden público del foro (art. 21 del Reglamento) o incompatibles con las leyes de policía de este, en cuyo caso las del foro tendrían prioridad (art. 9.2).

El tercer supuesto que puede plantearse es el de la aplicación o toma en consideración de leyes de policía de terceros Estados, distintos al del foro o al de la ley reguladora del contrato. En este punto, cabe constatar que se ha

⁵¹ En este sentido, señalan FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., que las normas de intervención suelen contar con una expresa referencia a su ámbito de aplicación espacial, que señalaría los casos en que debieran aplicarse, en virtud de una vinculación estrecha del supuesto con dicha ley. Si el supuesto no entrara en ese ámbito de aplicación espacial diseñado por la *lex contractus*, no habría lugar a aplicar dicha norma de intervención (*op. cit.*, p. 598); en definitiva, podría ocurrir que la ley de policía tuviera un carácter expresamente «autolimitado», circunstancia que debiera tenerse en cuenta. A este respecto, es de gran interés el trabajo de GUARDANS CAMBÓ, I., en el que expone diversos ejemplos de la jurisprudencia comparada en los que los Tribunales apreciaron el carácter «autolimitado» de determinadas disposiciones laborales, tanto en supuesto en que el trabajo se llevaba a cabo en el Estado del foro como en el extranjero; entre otras, sería el caso de las resoluciones británicas que consideraron que la ley del Reino Unido de 1978 que prohibía el despido sin causa justificada no era aplicable cuando el trabajador desarrollara su actividad fuera del Reino Unido, aun cuando el contrato estuviera regido por el Derecho inglés, o la jurisprudencia holandesa que se negaba a aplicar determinadas normas de los Países Bajos de protección frente al despido en supuestos en que entendía que el mercado de trabajo nacional no quedaba afectado (*op. cit.*, pp. 424-426, 429-431 y 451-452). Por mi parte, creo que en este tipo de casos habría que actuar con bastante prudencia, para no perjudicar en exceso la posición del trabajador como parte débil. Es decir, es perfectamente posible que, en un determinado supuesto, el legislador haya querido limitar el alcance de una determinada disposición protectora (por ejemplo, limitándolo exclusivamente a los trabajadores que presten sus servicios en su territorio), y en tal caso es obvio que habrá que tener en cuenta semejante indicación del legislador. Más problemático es, en cambio, que la «autolimitación» de la norma se deduzca por vía de interpretación jurisprudencial, porque en tal caso se correría el peligro de privar al trabajador de la aplicación de determinadas disposiciones protectoras, sin que exista un fundamento claro para hacerlo.

producido un importante cambio entre la fórmula retenida por el artículo 7.1 del Convenio de Roma⁵² y la que aparece en el artículo 9.3 del Reglamento Roma I. Mientras que el artículo 7.1 del Convenio permitía «dar efecto» a la ley de policía de cualquier Estado que tuviera un vínculo estrecho con el contrato, dotando al juez de un importante margen de discrecionalidad para valorar la oportunidad o no de tener en cuenta la voluntad de aplicación de dicha ley⁵³, en función del resultado que produjera, la fórmula del artículo 9.3 del Reglamento es mucho más limitada. Dicha disposición establece que también pueda «darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.» Como puede fácilmente observarse, el precepto ya no se refiere a las leyes de policía de cualquier otro Estado vinculado con el supuesto,

⁵² Para un análisis de esta disposición, entre otros, GUARDANS CAMBÓ, I., *op. cit.*, pp. 548-562.

⁵³ El artículo 7.1 del Convenio de Roma fue considerado en su día una disposición novedosa y valiente, y fue objeto de gran atención por parte de la doctrina; sin embargo, también fue objeto de algunos recelos, que veían en ella una puerta abierta a las medidas intervencionistas de cualquier Estado, y una posible fuente de inseguridad jurídica (por ejemplo, KEGEL, G. afirmó que se trataba de una disposición excesivamente inconcreta, que no proporcionaba las pautas que necesariamente se requieren de una norma jurídica, «The Role of Public Law in Private International Law: German Report», en KLEIN, F.-E. (Ed.), *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle / Francfort-sur-le-Main, 1991, pp. 59-60); ello explicaría que el Convenio de Roma previera la posibilidad de que los Estados signatarios interpusieran una reserva mediante la que manifestaran su voluntad de no aplicar dicha disposición. En cambio, otros autores pusieron de relieve, a mi juicio acertadamente, que semejantes críticas no estaban justificadas, y que, dada la gran variedad de supuestos que pueden plantearse en la práctica, una fórmula abierta y flexible como la del artículo 7.1 del Convenio era lo máximo que se podía esperar, y que al menos dicha fórmula tenía el mérito de identificar el problema (entre otros, GUARDANS CAMBÓ, I., *op. cit.*, pp. 559-560).

sino únicamente a las del país en que deban ejecutarse las obligaciones derivadas del contrato, y en la medida en que dichas leyes conviertan en ilegal la ejecución del mismo. Los recelos frente a los supuestos «excesos» a que podría dar lugar una fórmula amplia como la del artículo 7.1 del Convenio de Roma habrían prevalecido en el momento de adoptarse el Reglamento, que retiene una solución más restrictiva en su artículo 9.3.

Obsérvese que tanto el actual artículo 9.3, como el anterior 7.1 del Convenio de Roma, se refieren a la posibilidad de «dar efecto» a la ley de policía extranjera, noción amplia y flexible que permitiría tanto la aplicación de la norma, en sentido estricto, como su simple toma en consideración. La diferencia entre ambas estaría en que la aplicación en sentido estricto significaría que al supuesto de hecho delimitado por la norma se le aplicaría la consecuencia jurídica que la misma previera, mientras que la toma en consideración supondría tener en cuenta la norma extranjera, aunque sin atribuir necesariamente al supuesto de hecho la consecuencia jurídica que la norma previera. No obstante, la diferencia entre aplicación y toma en consideración no siempre sería del todo nítida, y cabrían situaciones intermedias: así, por ejemplo, cabría una situación de aplicación parcial, en la medida en que, de las diversas consecuencias jurídicas que previera la norma, sólo pudiera aplicarse alguna de ellas⁵⁴. Incluso el concepto de «toma en consideración» admitiría grados diversos: cabría distinguir la toma en consideración de la norma extranjera en tanto que norma jurídica⁵⁵ de la toma en consideración de la norma

extranjera como simple hecho, hecho que se integraría en el supuesto previsto por la del ordenamiento que rigiera el contrato o por la del foro⁵⁶.

EL BANCO DE PRUEBAS: EL ASUNTO NIKIFORIDIS

Precisamente en un reciente e interesante caso planteado al TJUE el artículo 9.3 del Reglamento Roma I ha sido puesto a prueba. Se trata de la sentencia *Nikiforidis*, de 18 de octubre de 2016⁵⁷, dictada a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Trabajo alemán, en un litigio que enfrentaba a la República Helénica con uno de sus nacionales, que ejercía de profesor en una escuela griega en Alemania. En concreto, el Sr. Nikiforidis había sido contratado en 1996 para trabajar en una escuela primaria gestionada por el Estado griego situada en Nuremberg (Alemania). El salario del profesor se había establecido con arreglo a lo dispuesto en un convenio colectivo alemán, pero, para el período comprendido entre octubre de 2010 y diciembre de 2012, su salario bruto fue reducido en 20.262,32 euros (un 15 %), como consecuencia de la adopción en 2010 por el legislador griego de dos leyes encaminadas a la

del Derecho tributario que tienen en cuenta, en los supuestos de doble imposición, la normativa fiscal de un Estado extranjero que afecte al mismo hecho imponible («Le rôle du droit public en droit international privé», *Revue internationale de droit comparé*, nú. 2 de 1986, pp. 484-485).

⁵⁶ Así, por ejemplo, una determinada prohibición establecida en una ley extranjera podría ser considerada un caso de fuerza mayor, en el sentido que tenga esta expresión según la *lex contractus*.

⁵⁷ As.C-135/15; conclusiones del Abogado General SZPUNAR, M., de 20 de abril de 2016; véase, asimismo, el comentario de RAMMELLOO, S., «From Rome to Rome» - Cross-border employment contract. *European Private International Law: Intertemporal law and foreign overriding mandatory laws*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24(2), 2017, pp. 298-322; véase también el *post* de GÜNTHER, L., publicada a raíz de la cuestión prejudicial, y antes de que el TJUE dictada sentencia, «German Federal Labour Court on Foreign Mandatory Rules and the Principle of Cooperation among EU Member States» en *conflictoflaws.net*, 25 de abril de 2015.

⁵⁴ Así, por ejemplo, señala GUARDANS CAMBÓ, I. que, tratándose de normas extranjeras de carácter sancionador, el juez del foro difícilmente podría aplicar su consecuencia jurídica sancionadora; en cambio, le resultaría posible aplicar la consecuencia en el plano del Derecho privado: una prohibición extranjera podría constituir un motivo para apreciar la ilicitud de un contrato, aunque no llegara a aplicar la sanción administrativa o penal que acompañe a dicha prohibición en el ordenamiento extranjero (*op. cit.*, p. 561).

⁵⁵ En este sentido, MAYER, P. se refiere a la «toma en consideración específica». Sería el caso, por ejemplo, de las normas

reducción del gasto público, en aplicación de los acuerdos que Grecia había alcanzado con la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional. Tales leyes establecían una reducción del salario de todos los empleados del sector público griego, incluyendo a los contratados en régimen laboral, y tanto si desempeñaban sus funciones en Grecia o en el extranjero. El Sr. Nikiforidis reclamó ante los Tribunales alemanes el pago de la parte del salario que se le había dejado de pagar como consecuencia de dichas leyes de 2010. Al plantear la cuestión prejudicial al TJUE, el *Bundesarbeitsgericht* da por sentados dos datos: que el contrato se regía por el Derecho alemán y que la legislación griega controvertida constituía una ley de policía, al ser clara su voluntad de aplicación a todos los empleados públicos griegos, independientemente de la naturaleza de la relación jurídica que les uniera con el Estado empleador y de si ejercían su labor en Grecia o en el extranjero. En estas circunstancias, la máxima jurisdicción laboral germana se pregunta si, a tenor de lo dispuesto en el Reglamento Roma I, las referidas leyes de policía griegas podían aplicarse directamente o indirectamente a una relación laboral ejecutada en Alemania y sometida al Derecho alemán, Derecho que no permitiría una reducción salarial semejante sin una modificación del contrato o un «despido modificativo» (*Änderungskündigung*)⁵⁸.

Una primera cuestión, y no de menor importancia, era la de la propia aplicabilidad del Reglamento Roma I en el supuesto litigioso, dados sus criterios de aplicación *ratione temporis*. En efecto, su artículo 28 dispone que resulta aplicable a los contratos celebrados a partir del día 17 de diciembre de 2009 y, como ya se ha expuesto, el trabajador empezó a prestar sus servicios para la escuela griega de Nuremberg en 1996. En principio, ello debiera conducir a la conclusión de que el Reglamento Roma I no resultaría de aplicación, y que el texto aplicable sería su antecedente, el Con-

venio de Roma. Ahora bien, a pesar de ello el *Bundesarbeitsgericht* considera oportuno interrogar al TJUE, dado que podría plantearse la duda de si sería oportuno modular los estrictos términos del artículo 28 en el supuesto de los contratos que crearan vínculos duraderos entre las partes. Asimismo, se planteaba la duda de si las modificaciones contractuales producidas a partir de la fecha de referencia indicada en el artículo 28 del Reglamento podían producir el efecto de someter el contrato al régimen del nuevo Reglamento. De todas maneras, como constató el Abogado General Szpunar, en el caso del Sr. Nikiforidis parecía poco probable que se diera esta última circunstancia, porque su contrato, celebrado en 1996, no fue objeto de modificación alguna entre el 17 de diciembre de 2009 y el momento en que sufrió la reducción unilateral de su sueldo⁵⁹. A pesar de ello, el propio Abogado General y el TJUE estiman oportuno responder a la pregunta planteada por el Tribunal alemán. Sobre esta cuestión, sus puntos de vista difieren. El Abogado General entendió que una interpretación sistemática y teleológica del artículo 28 del Reglamento se opondría a una interpretación autónoma del concepto de «celebración del contrato», y por ello propuso que, para determinar el momento de celebración del contrato, se recurriera a lo dispuesto en la ley aplicable al mismo, y ello en virtud de lo establecido en el artículo 10 del propio Reglamento, del que se deriva que la apreciación de la existencia y validez del contrato se regiría por la ley que sería aplicable al mismo según el Reglamento en caso de que dicho contrato fuera válido. Entonces, siendo el Derecho alemán la ley rectora del contrato según el Tribunal remitente, correspondería a la ley germana determinar si en este caso podría considerarse que el contrato litigioso hubiera sido objeto de una modificación que pudiera considerarse como la celebración de un nuevo contrato, a partir del 17 de diciembre de 2009⁶⁰. Sin embargo, la sentencia del TJUE no sigue este camino.

⁵⁸ Para una exposición sucinta del Derecho griego y de los hechos del caso, véanse los párrafos 15 a 24 de la sentencia.

⁵⁹ Párrafo 48 de las conclusiones.

⁶⁰ Párrafos 31 a 52 de las conclusiones.

Por el contrario, entiende que el artículo 28, al no contener una remisión al Derecho de los Estados miembros, debe interpretarse de manera autónoma⁶¹, y que el Reglamento Roma I sólo sería aplicable a las relaciones contractuales surgidas del «*consentimiento mutuo*» de las partes contratantes, manifestado a partir del 17 de diciembre de 2009⁶². En cuanto a las relaciones contractuales surgidas antes de dicha fecha, entiende que el consentimiento manifestado por las partes con posterioridad en el sentido de proseguir con su relación contractual no podría dar lugar a la aplicación del nuevo Reglamento. Esto sólo ocurriría si se produjera, a partir de la citada fecha, una modificación acordada por las partes «*de tal envergadura*» que no pudiera considerarse una mera actualización o adaptación del contrato, sino la creación de «*una nueva relación jurídica*» entre los contratantes⁶³. Entonces, en la medida en que en el supuesto enjuiciado se hubiera producido una modificación de este tipo –cuestión que correspondería apreciar a la jurisdicción que planteó la cuestión prejudicial–, el Reglamento Roma I sería aplicable *ratione temporis*. Ahora bien, en mi opinión es preciso destacar un dato: en su razonamiento el TJUE insiste claramente en que la modificación debe producirse por acuerdo de las partes⁶⁴. Por tanto, una modificación que obedeciera a una decisión unilateral de una de ellas, o bien una modificación que obedeciera a la aplicación de una medida legislativa de carácter general, no cumpliría esta condición. Por tanto, en un supuesto como el que se planteó en este caso, entiendo que si el trabajador no hubiera manifestado su conformidad con la reducción salarial, no habría modificación de mutuo acuerdo, y por tanto no se darían las condiciones que el TJUE establece para que se produjera una novación contractual que

tuviera como consecuencia que el Reglamento Roma I fuera aplicable *ratione temporis*⁶⁵.

La segunda cuestión planteada por la jurisdicción germana era la de la posibilidad de tener en cuenta las leyes de policía griegas, cuando el Derecho aplicable al contrato era el alemán. A este respecto, el TJUE estima necesario proporcionar elementos de interpretación del artículo 9 del Reglamento, para el caso en que el Tribunal alemán lo considerara aplicable *ratione temporis*. Además, es de destacar que el TJUE se limita a aceptar la interpretación del Tribunal alemán en cuanto al Derecho aplicable al contrato, limitándose a contestar las preguntas específicamente planteadas en la cuestión prejudicial. Aunque ni en las conclusiones del Abogado General ni en la sentencia aparecen con claridad los motivos por los que la jurisdicción germana entendió que el Derecho de su país era el que se aplicaba al contrato, estos aparecen en la sentencia que el *Bundesarbeitsgericht* dictó el 26 de abril de 2017⁶⁶, tras la respuesta del TJUE. En concreto, de su párrafo 26 se deduce que, en primer lugar, consideró que el Derecho alemán había sido elegido por los contratantes, por el hecho de haberse sometido a un convenio colectivo alemán⁶⁷; en segundo lugar, y a mayor abundamiento, señala que el Derecho alemán sería igualmente aplicable porque el trabajo se llevaba a cabo habitualmente en Nuremberg. El hecho de considerar el Derecho alemán aplicable en virtud de la elección tácita de las partes permite a la

⁶⁵ Por otro lado, suponiendo que hubiera consentido, se plantearía la duda de si una reducción salarial del 15 % bastaría para considerar que se hubiera generado un nuevo contrato, si los demás elementos del mismo, y en particular las funciones del trabajador, permanecieran inalterados.

⁶⁶ 5 AZR 962/13, accesible en: <http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2017&anz=22&pos=0&nr=19412&linkid=urt>

⁶⁷ Recuérdese a este respecto que el artículo 3.1 del Reglamento Roma I prevé que la elección de ley pueda hacerse expresamente o «*resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*»; cabe suponer, por tanto, que del contenido del convenio colectivo en cuestión cabía deducir la aceptación o elección implícita por las partes del Derecho alemán.

⁶¹ Párrafos 29 y 30.

⁶² Párrafo 31.

⁶³ Párrafo 37.

⁶⁴ Párrafos 37, 38 y apartado primero de la parte dispositiva.

jurisdicción germana evitar tener que pronunciarse sobre una cuestión del máximo interés: si hubiera considerado el Derecho alemán aplicable exclusivamente en virtud del artículo 8.2 del Reglamento, en tanto que *lex loci laboris*, hubiera tenido que plantearse si existían vínculos más estrechos —en el sentido del apartado 4 del artículo 8— con Grecia, dado que se trataba de un contrato entre el Estado griego y uno de sus nacionales, en el marco de la prestación de un servicio público de la propia Administración griega⁶⁸. Además, como dijo el TJUE en el asunto *Schlecker*, de 12 de septiembre de 2013⁶⁹, el hecho de que el trabajador realice su actividad de manera continuada y por un período de tiempo prolongado en un determinado país, no impide que pueda aplicarse al contrato la ley de otro país, en la medida en que resulte del conjunto de circunstancias un vínculo más estrecho con este último país. Entonces, de haberse considerado aplicable la ley griega, las leyes de reducción salarial controvertidas habrían formado parte de la *lex contractus*, y ello habría obligado a los jueces alemanes a aplicarlas, a no ser que fueran contrarias al orden público alemán (artículo 21 del Reglamento).

Sin embargo, como se ha visto, el *Bundesarbeitsgericht* no tomó este camino. Consideró que el ordenamiento aplicable al contrato del Sr. Nikiforidis era el alemán, con la consecuencia de que las leyes de policía griegas no serían ni las del foro ni las de la ley aplicable al contrato. Así las cosas, quedaba por determinar si podrían tenerse en cuenta dichas leyes griegas en virtud de lo dispuesto en el

artículo 9.3, que permite «dar efecto» a las leyes de policía del país en el que las obligaciones derivadas del contrato deban ejecutarse. Siguiendo aquí también el planteamiento del Tribunal alemán remitente, el TJUE considera que, como el contrato del Sr. Nikiforidis se había ejecutado en Alemania, Grecia no era el país de ejecución, y por tanto sus leyes de policía no podían ser tenidas en cuenta por la vía del artículo 9.3 del Reglamento Roma I. En mi opinión, esta conclusión es bastante discutible, como acertadamente destacó el Abogado General Szpunar en sus conclusiones⁷⁰; en efecto, bien podría considerarse que alguna de las obligaciones derivadas del contrato, y concretamente la obligación de pago, debía ejecutarse en Grecia, dado que, si el empleador era la República Helénica, con toda probabilidad las operaciones presupuestarias y las autorizaciones de pago necesarias podrían reconducirse al Ministerio o autoridad griega encargada de la supervisión de la escuela en la que trabajaba el Sr. Nikiforidis. Pero, excluida por el *Bundesarbeitsgericht* la interpretación de que Grecia podía ser un Estado en el que alguna de las obligaciones contractuales tuviera que ejecutarse, quedaba por determinar si el artículo 9 del Reglamento se oponía o no a la aplicación de leyes de policía que no fueran ni las del foro ni las del Estado de ejecución, y así se lo planteó al TJUE. La respuesta a esta pregunta por parte del Tribunal de Luxemburgo pone claramente de relieve una concepción restrictiva del artículo 9: según el TJUE, dicho artículo constituye una excepción al principio de elección de la ley aplicable (artículo 8.1) y que, como tal excepción, debe ser objeto de una interpretación estricta. Por ello, entiende que las únicas leyes de policía que el juez del foro podría aplicar serían las expresamente indicadas en los apartados segundo y tercero del artículo 9, y que por tanto esta disposición no ampararía que el juez pudiera

⁶⁸ Cabe decir que, en el supuesto de los empleados públicos de un Estado en el extranjero, el debate entre la aplicación de la *lex loci laboris* o la del Estado enviante es una cuestión clásica; en España se produjo una abundante jurisprudencia al respecto, sobre todo en el contexto de la aplicación del art. 1.4 ET; así, por ejemplo, en el caso de los trabajadores españoles de las Administraciones españolas en el exterior, GALIANA ROMERO, J.M. consideró que el hecho de que el empresario fuera el propio Estado español resultaría decisivo («Sobre la aplicación extraterritorial de las normas de trabajo», en *El Estatuto de los Trabajadores Veinte Años Después. Revista Española de Derecho del Trabajo* (número monográfico), marzo-agosto de 2000, p. 120).

⁶⁹ As. C-64/12.

⁷⁰ Párrafo 95; a pesar de ello, propone al TJUE que no se pronuncie sobre la cuestión, ya que el órgano jurisdiccional alemán había entendido que el único lugar de ejecución era Alemania (párrafo 96).

aplicar leyes de policía de Estados distintos de los expresamente designados⁷¹.

Sin embargo, y debemos congratularnos por ello, el TJUE no cierra completamente la puerta a que puedan tomarse en consideración leyes de policía de otros Estados que presenten un vínculo con el caso, distintas de las mencionadas expresamente en el artículo 9. Ahora bien, dicha toma en consideración no derivaría de lo dispuesto en el artículo 9, sino del Derecho material aplicable al contrato; es decir, según el TJUE, el artículo 9 no impediría que se tuvieran en cuenta «*como circunstancia de hecho*» las leyes de policía de Estados que no fueran ni el del foro ni el de ejecución de las obligaciones, en la medida en que las normas de Derecho material de la ley aplicable al contrato lo permitieran⁷². Con esta decisión, el TJUE parece tener en cuenta precedentes de la jurisprudencia de algunos Estados, cuyas resoluciones tuvieron en cuenta la incidencia en los contratos de leyes de policía extranjeras a través de los mecanismos de la propia *lex contractus*, como por ejemplo la noción de fuerza mayor como motivo que podría permitir justificar un incumplimiento de una obligación contractual. Se trataría, por tanto, no de una aplicación en sentido estricto de la ley extranjera, sino de su mera toma en consideración, como dato o hecho, en el marco de la *lex contractus*⁷³. Así las cosas, la solución del litigio pasaría por verificar si, de acuerdo con el Derecho alemán aplicable al contrato, era posible tener en cuenta las leyes griegas de reducción salarial. En su precitada sentencia de 26 de abril de 2017, el *Bundesarbeitsgericht* se habría decantado por una respuesta negativa⁷⁴.

⁷¹ Párrafos 42-50.

⁷² Par. 52.

⁷³ Al respecto, mi anterior trabajo *La aplicación...*, *cit.*, pp. 122-124. También cabe mencionar que otro expediente que en ocasiones ha empleado la jurisprudencia para tener en cuenta leyes de policía extranjeras ha sido el orden público del foro, en casos como los de los contratos que tenían por objeto operaciones de contrabando o que encubrían sobornos a funcionarios públicos extranjeros (*ibid.*, p. 122).

⁷⁴ Con respecto a esta decisión, afirma VON HEIN, J. que en el caso concreto el Tribunal alemán no sigue la posibilidad

CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, cuando el contrato presenta vínculos con más de un Estado, la cuestión de la imperatividad de las normas laborales plantea dificultades específicas, derivadas del contexto internacional en el que se suscita la cuestión. Habrá que tener en cuenta, en primer lugar, las normas imperativas del ordenamiento que resulte aplicable al contrato. Ahora bien, esto puede no ser suficiente. Cuando la ley aplicable al contrato resulte de una elección por las partes, dicha elección quedaría limitada por el umbral protector que proporcionen las normas que no puedan derogarse mediante acuerdo del ordenamiento que resultaría aplicable a falta de elección de ley por las partes. Además, puede que haya disposiciones de carácter imperativo que, pese a no pertenecer al ordenamiento rector del contrato, tengan vocación de aplicarse al caso, en tanto que leyes de policía, en atención a los intereses en juego. Por último, cabe la posibilidad de que determinadas normas del ordenamiento rector del contrato deban descartarse, por ser contrarias a los principios fundamentales u orden público del foro, o bien por resultar incompatibles con las leyes de policía del propio foro.

El reciente asunto Nikiforidis ofrece una excelente ocasión para reflexionar sobre los problemas de aplicabilidad de las leyes de policía e, indirectamente, también sobre la adecuación de la norma de conflicto contenida en el artículo 8 del Reglamento Roma I a la tutela de los intereses en presencia. Como antes se ha indicado,

apuntada por el TJUE de tener en cuenta las leyes de policía griegas como dato o hecho en el marco de la *lex contractus* alemana, porque en este caso las disposiciones del Derecho laboral alemán no proporcionarían una base adecuada que permitiera tener en cuenta las leyes griegas controvertidas; en particular, el Derecho laboral germano no permitiría que un trabajador se viera obligado a aceptar una reducción salarial permanente por el hecho de que el empleador tuviera dificultades económicas, a no ser que hubiera un acuerdo de las partes en tal sentido («Pay Day – The German Federal Labour Court Gives its Final Ruling on Foreign Mandatory Rules in the Nikiforidis Case», en *conflictoflaws.net*, 24 de mayo de 2017).

la jurisdicción germana interpretó que en este caso existía una elección tácita de ley, y ello la excusó de tener que entrar en el debate entre la aplicación de la regla general del artículo 8.2, que conduce a la *lex loci laboris*, y la cláusula de excepción del artículo 8.4. Aunque el problema no llegó a plantearse en este caso —o tal vez el Tribunal alemán prefirió evitar que se planteara⁷⁵— creo que es oportuno dejar constancia aquí del principal problema que, a mi modo de ver, plantea la aplicación de la cláusula de excepción del artículo 8.4. El problema radica en que la excepción del artículo 8.4 sólo atiende a consideraciones de «proximidad», y no a consideraciones materiales o de mejor protección de la parte débil. Resulta insatisfactorio que, en la aplicación de la cláusula de excepción, los jueces no puedan tener en cuenta aspectos de tipo material o de mejor protección (o, al menos, no puedan tenerlos en cuenta explícitamente). Por ello, y como ya tuve ocasión de señalar en otro lugar⁷⁶, creo que sería del todo aconsejable una reforma del artículo 8 del Reglamento en el sentido de introducir en su apartado 4 no únicamente consideraciones de mayor proximidad, sino también consideraciones materiales de mejor protección, introduciendo en este contexto un verdadero principio de interpretación *pro operario*: de entre las leyes vinculadas con el caso, la cláusula de excepción podría apuntar a la que mejor protegiera a la parte débil, siempre que tuviera un vínculo significativo con el caso (aunque no necesariamente el «más» significativo). Esta solución permitiría que supuestos de este tipo pudieran resolverse satisfactoriamente: sin perjuicio de la posibilidad de elección de la ley aplicable, la alternativa entre la *lex loci laboris*

y otra ley con la que el contrato presentara un vínculo significativo podría resolverse, no únicamente mediante consideraciones de proximidad, sino mediante un principio de interpretación *pro operario*. En un supuesto como el de Nikiforidis, resultaría claro que la ley más favorable, en tanto que no impondría una cuantiosa rebaja salarial, sería la alemana. Su aplicación se justificaría, además, por el hecho de que el trabajador viviera en Alemania y por tanto tuviera que hacer frente al coste de la vida en dicho país.

En cuanto a la interpretación del artículo 9 del Reglamento, aparentemente el TJUE habría alcanzado una solución salomónica: por una parte, confirma la lectura restrictiva de dicho artículo 9, en comparación con la fórmula más generosa del artículo 7.1 del Convenio de Roma. Pero, a pesar de ello, y afortunadamente, no cierra la puerta a la toma en consideración indirecta de leyes de policía distintas de las del foro o de las del Estado de ejecución de las obligaciones, permitiendo que esta toma en consideración se lleve a cabo a través de las normas del Derecho aplicable al contrato. A mi modo de ver, esta solución debe ser valorada positivamente, puesto que, al menos en algunos casos, permitiría remediar los inconvenientes derivados de una formulación del artículo 9 en términos demasiado restrictivos, que harían que se quedara claramente corto, teniendo en cuenta la gran diversidad de situaciones que pueden darse en la práctica. Ahora bien, si nos planteamos la cuestión desde un punto de vista más general, es fácil observar que en el actual *statu quo* la posibilidad de aplicar o tener en cuenta leyes de policía de Estados distintos del foro o del *locus executionis* dependerá de lo que disponga el Derecho estatal que en cada caso resulte aplicable. En cambio, bajo el anterior régimen del Convenio de Roma, ello dependía de las condiciones que establecía su artículo 7.1 de manera uniforme para todos los Estados parte⁷⁷. ¿Realmente hemos avanzado?

⁷⁵ En efecto, la conclusión alcanzada en el párrafo 26 de la precitada sentencia del *Bundesarbeitsgericht*, que dice que aunque no hubiera habido elección de ley el Derecho alemán sería igualmente aplicable en virtud del artículo 8.2 del Reglamento, puede discutirse. Puestos a determinar el ordenamiento aplicable a falta de elección, el Tribunal alemán hubiera tenido que plantearse sí, a pesar de que la *lex loci laboris* era la alemana, no existirían en este caso vínculos más estrechos con Grecia, y había argumentos de peso en este último sentido.

⁷⁶ «La regulación conflictual...», *cit.*, pp. 417-418; NORD, N. también ha insistido en la necesidad de reorientar la cláusula de excepción en este sentido (*loc. cit.*, pp. 324-327).

⁷⁷ Excepción hecha de aquellos Estados que interpusieron una reserva en el sentido de no aplicar dicho artículo.

RESUMEN

En un contexto internacional, cuando el contrato de trabajo presenta vínculos con más de un ordenamiento, la cuestión de la imperatividad de las normas laborales planea cuestiones específicas. El contrato puede verse afectado, no únicamente por las normas imperativas del ordenamiento que resulte aplicable al mismo, sino también por leyes de policía de otros Estados vinculados con el caso. En la jurisprudencia europea, el reciente asunto *Nikiforidis* constituye una buena muestra de las dudas que puede suscitar la aplicación de dichas leyes de policía. Además, el orden público del foro puede actuar como correctivo que impida la aplicación de un Derecho extranjero, en caso de que el resultado de su aplicación produzca un resultado manifiestamente incompatible con los principios básicos del foro.

Los objetivos de este trabajo son los siguientes: en primer lugar, distinguir las nociones de norma simplemente imperativa, norma internacionalmente imperativa o ley de policía y excepción de orden público, en el contexto de la regulación de las relaciones laborales de carácter transnacional. En segundo lugar, distinguir las distintas posibilidades de aplicación o toma en consideración de las leyes de policía en el ámbito laboral, en función del ordenamiento en el que se inserten. En tercer lugar, explicar cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha abordado los problemas que suscita la aplicación de tales leyes en el asunto *Nikiforidis*, en el contexto del artículo 9 del llamado Reglamento Roma I, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Ello permite destacar las semejanzas y diferencias entre dicha disposición del Reglamento y la que constituye su antecedente histórico, el artículo 7 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980.

La metodología empleada en este trabajo es la propia de la investigación jurídica: se analiza una selección de materiales normativos, jurisprudenciales y doctrinales que se ha considerado suficientemente relevante y representativa. En particular por lo que respecta a las fuentes doctrinales, no se pretende un análisis exhaustivo, tarea casi imposible por el gran número de contribuciones existentes, sino simplemente una selección de algunos títulos relevantes que permitan fundamentar adecuadamente las tesis expuestas. El trabajo se ha planteado esencialmente desde la perspectiva de los ordenamientos español y de la Unión Europea. Por ser temas que por sí solos merecerían un estudio monográfico, en este trabajo no se abordan específicamente la incidencia del Derecho de la Unión Europea en la aplicabilidad de las leyes de policía laboral de los Estados miembros, ni tampoco el tratamiento legal y abundante jurisprudencia en materia de desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, tema en el que revisten gran importancia las leyes de policía del Estado miembro de la UE al que los trabajadores sean temporalmente desplazados por su empresa.

Los resultados alcanzados en este trabajo son los siguientes: 1) Se delimita el concepto de norma simplemente imperativa, en el sentido de norma inderogable por acuerdo de las partes. Se explican los mecanismos que adopta el Reglamento Roma I para salvaguardar la aplicación de las normas de esta naturaleza pertenecientes al ordenamiento jurídico que sería aplicable a falta de elección de ley por las partes, mecanismos que obedecen, bien al propósito de evitar que se eluda la aplicación de tales normas en aquellos contratos que no presenten un genuino elemento de internacionalidad, bien al de proteger al trabajador en tanto que parte débil del contrato. 2) Se delimita el concepto de ley de policía o norma internacionalmente imperativa, distinguiéndolo del anterior. Las leyes de policía serían normas «superimperativas», hasta el punto de reclamar su aplicación independientemente de cuál fuera la ley rectora del contrato. En el trabajo se incluyen algunos ejemplos, extraídos del ordenamiento español y del Derecho de la Unión Europea. Se insiste en los criterios para identificar tales leyes de policía, cuestión que resulta problemática cuando no existan indicaciones claras del legislador en tal sentido, y el carácter de ley de policía deba deducirse entonces de la finalidad de interés público o social de la norma. 3) Se distinguen las leyes de policía (o, si se quiere, la vertiente «positiva» del orden público) de la excepción de orden público, que operaría como límite a la aplicación

del Derecho extranjero que fuera aplicable al caso, constituyendo así un mecanismo de defensa de los principios fundamentales del Derecho del foro. 4) Se explican las distintas vías por las que las leyes de policía pueden ser aplicadas, y los efectos y consecuencias de cada una de ellas: primero, en tanto que leyes de policía del foro, segundo en tanto que leyes pertenecientes al ordenamiento que rija el contrato y, por último, la posibilidad de toma en consideración de otras leyes de policía extranjeras, en el supuesto previsto en el artículo 9.3 del Reglamento Roma I (leyes del país en el que deban ejecutarse las obligaciones derivadas del contrato). 4) Se explica la doctrina establecida en la reciente sentencia *Nikiforidis*, en la que el TJUE ha tenido ocasión de proporcionar elementos de interpretación del artículo 9 del Reglamento, dedicado a las leyes de policía. Por lo que se refiere a las leyes de policía que no sean ni las del foro ni las de la ley aplicable al contrato, el TJUE admite que puedan ser tenidas en cuenta aunque no sean las leyes mencionadas en el artículo 9.3 del Reglamento, aunque dicha toma en consideración no sea como normas jurídicas, sino como simple dato o hecho.

Las principales conclusiones del trabajo serían las siguientes: 1) En un contexto de carácter transnacional, la distinción entre normas simplemente imperativas y normas internacionalmente imperativas o leyes de policía resulta útil y tiene pleno sentido. Estas últimas gozarían de una imperatividad reforzada, que las haría aplicables incluso cuando el ordenamiento rector del contrato fuera el de otro país. Sin embargo, en el contexto específico del contrato de trabajo, en ocasiones puede que no sea necesario distinguir si una determinada norma se aplica a título de ley de policía, o bien como norma imperativa inserta en el marco de la ley que resulte aplicable al contrato. Ello es así porque en muchos casos el resultado sería el mismo, puesto que, tanto por una vía como por la otra, la norma llegaría a aplicarse, y ello se debe a que la solución en cuanto a la ley aplicable que deriva de la norma de conflicto contenida en el artículo 8.2 del Reglamento Roma I –aplicación de la *lex loci laboris*– conduce a la aplicación de la totalidad del bloque de Derecho imperativo del país en el que se lleve a cabo la actividad laboral, ya se trate de sus disposiciones simplemente imperativas o de verdaderas leyes de policía. 2) En el supuesto concreto de los contratos de trabajo, la previsión del artículo 3.3 del Reglamento Roma I resultaría en cierto modo superflua, ya que en los casos en que pudiera resultar aplicable esta disposición, también lo sería el artículo 8.1. Por tanto, el artículo 3.3 no añadiría un *plus* de protección con respecto a la que ya proporciona el artículo 8.1 del citado Reglamento. 3) Sería aconsejable una reforma del artículo 8 del Reglamento Roma I en el sentido de introducir en la cláusula de excepción contenida en su apartado 4 no únicamente consideraciones de proximidad, sino también consideraciones materiales de mejor protección, incorporando así un auténtico principio de interpretación *pro operario*. 4) En cuanto a la interpretación del artículo 9.3 del Reglamento Roma I, aparentemente el TJUE habría alcanzado una solución salomónica: por una parte, confirmaría la lectura restrictiva de dicho artículo 9.3, en comparación con la fórmula más generosa del artículo 7.1 del Convenio de Roma. Pero, a pesar de ello, no cierra la puerta a la toma en consideración indirecta de leyes de policía extranjeras distintas de las indicadas en el artículo 9.3, permitiendo que esta toma en consideración de la ley de policía extranjera, como cuestión de hecho, se lleve a cabo a través de las normas del Derecho aplicable al contrato.

Palabras clave: Contrato de trabajo, Reglamento Roma I, Normas imperativas, Leyes de policía, Orden público.

ABSTRACT

In an international context, when labour contracts are linked with more than one legal system, the mandatory character of labour laws poses specific issues. Contracts may be affected, not only by the mandatory rules of the law applicable to the contract, but also by overriding mandatory provisions (*lois de police*) of other States presenting links with the case. In recent European case-law, the *Nikiforidis* ruling is a good example of the doubts that may arise when applying such overriding mandatory provisions. In addition, the public policy of the forum State may impede the application of a foreign law when the result of applying such law is manifestly incompatible with the basic principles of the forum.

The aims of this work are: first, to distinguish, in the context of international labour contracts, mandatory provisions, overriding mandatory provisions and the public policy exception. Second, to analyse the different possibilities as to the application or consideration of overriding mandatory provisions or *lois de police* in labour matters, depending on the legal order to which they belong. Third, I will review how the Court of Justice of the European Union has undertaken the application of such provisions in the *Nikiforidis* case, which dealt with the interpretation of article 9 of the so-called Rome I Regulation on the law applicable to contracts. This analysis highlights the similarities and differences between this provision and its predecessor, article 7 of the Rome Convention of 19 June 1980.

This essay is based on the methodology of legal research. It selects relevant legislation, case-law and academic writings. I do not intend to analyse exhaustively the existing literature –such a task would be almost impossible due to the great number of existing academic works–, but just to choose a few of them, relevant enough to support the findings and conclusions advanced in this essay, which has been undertaken mainly from the perspective of Spanish and European Union law. Specific topics which would deserve a monographic study are left aside. These topics are the influence of EU law on the applicability of Member States' *lois de police* in the field of labour law, and the legislation and abundant case-law on temporary posting of workers in the context of cross-border provisions of services by their employers.

The results achieved by this work are the following: 1) Analysis of the concept of mandatory rule, meaning provisions which cannot be derogated from by agreement. The mechanisms provided for by Rome I Regulation to ensure the application of the mandatory rules of the law that would apply to the contract in the absence of a choice-of-law by the parties are reviewed. These mechanisms intend, either to avoid circumvention of such mandatory rules in contracts with no genuine international elements, or to protect the worker as a weak party. 2) The concept of overriding mandatory provision or *loi de police* is analysed. These are rules with reinforced mandatory character, such as to make them applicable notwithstanding which is the legal order applicable to the contract. Some examples derived from Spanish and EU law are explained. The criteria allowing to identify these type of rules are discussed. This identification may be problematic when there are no clear indications by the legislator. In such cases, their overriding character may be inferred from the public or social interest aims of the referred provisions. 3) Overriding mandatory rules are distinguished from the public policy exception, which would function as a limit to the application of foreign law, in order to preserve the essential principles of the forum State. 4) The different possibilities for applying or taking into account overriding mandatory rules are explained: first, as *lois de police* of the forum, second, as provisions belonging to the law applicable to the contract and, third, there is the possibility to apply other foreign *lois de police*, in the circumstances established in article 9.3 of Regulation Rome I (overriding provisions of the country where the obligations arising out of the contract have to be performed). 4) The doctrine laid down by the European Court of Justice in its recent *Nikiforidis* case is explained. In this case, the Court forwarded its interpretation of article 9 of the Regulation. As for overriding mandatory rules different

from those of the forum State and those of the *lex contractus*, the Court admitted that they may be taken into account in cases other than those laid down in article 9.3, not as legal norms but as a matter of fact.

The main conclusions of this work are the following: 1) In transnational situations, the distinction between mandatory provisions and overriding mandatory provisions is useful and has sense. The latter would benefit from a «reinforced» mandatory character that would make them applicable even when the contract is governed by a different law. However, in the specific context of labour contracts, on many occasions it will make no difference if a given rule is applied as a *loi de police* or just as a mandatory rule belonging to the legal order applicable to the contract. In these cases the result would be the same through any of these two means, and this is due to the solution as to the law applicable to the contract laid down by the conflict-of-laws rule of article 8.2 of the Regulation – pointing at the *lex loci laboris*–, which leads to apply all the imperative provisions of the country in which the worker undertakes his or her activity, thus including both the mandatory provisions of such country and also its overriding mandatory provisions. 2) In the specific case of labour contracts, article 3.3 of Regulation Rome I would be rather superfluous, because in those cases in which this provision could apply article 8.1 would also be applicable. Therefore, article 3.3. does not provide a protection additional to that already afforded by article 8.1 of the Regulation. 3) It would be advisable to modify the escape clause laid down in article 8.4 of the Regulation, in order to add to the now existing «proximity» criterion, considerations of better protection of the weak party, thus introducing and authentic *pro operario* principle of interpretation. 4) As for the interpretation of article 9.3 of the Rome I Regulation, the Court of Justice of the EU seems to have reached a «solomonic» solution: on the one hand, it would confirm a restrictive reading of article 9.3, by comparison with the more open formula of article 7.1 of the Rome Convention; on the other hand, the Court admits the possibility of indirectly taking into account foreign overriding mandatory rules other than those indicated in article 9.3. According to the Court, these rules may be taken into account not as legal norms but as a matter of fact, in the frame of the law applicable to the contract.

Keywords: Labour contract, Rome I Regulation, Mandatory provisions, Overriding mandatory provisions (*lois de police*), Public policy.

El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del estado de prestación temporal de servicios

Temporary mobility of workers and State protection rules for temporary jobs

MIREIA LLOBERA VILA*

1. INTRODUCCIÓN: MARCO JURÍDICO APLICABLE AL DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE TRABAJADORES

La Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios¹ define el concepto de «trabajador desplazado», en el apartado 1º de su artículo 2, como «todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio trabaje habitualmente», proyectan-

do este concepto en función de tres formas de desplazamiento que se encuentran definidas en el apartado 3º de su artículo 1: la cesión de personal a través de empresas de trabajo temporal (ETT), las contratatas y subcontratatas, y la movilidad de trabajadores dentro del mismo grupo empresarial.

Sin embargo, al ser esta norma de concepción relativamente reciente, durante varias décadas la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el TJUE o el «Tribunal de Justicia») ha atendido a un concepto de desplazamiento inscrito en el contenido jurídico del antiguo artículo 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)², relativo a la libre prestación de servicios –cuyo tenor ha sido recogido por el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE o «el Tratado»)». Además, en el ámbito de la Seguridad Social, dicha noción se ha desarrollado en

* Profesora Contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

¹ Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación financiado por el MINECO titulado «Problemas actuales y perspectivas de futuro del desplazamiento de trabajadores transnacional: el caso de los trabajadores del transporte» (Ref. DER2013-43423-R), cuya IP es la Prof. Fotinopoulou Basurko.

Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (en adelante, la Directiva 96/71/CE), D.O. nº L 18, 21 de enero 1997, p.1. *Vid.* En relación a esta norma la STJUE de 12 de febrero de 2015, Asunto C-396/13. Sähköalojen ammattiliittory [ECLI:EU:C:2015:86]. Sobre la misma FOTINOPOULOU BASURKO, O y LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E: «El salario mínimo aplicable al trabajador desplazado: acerca de la sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea de 12 de febrero de 2015, C-396/13», *Iustel-Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 41, 2015.

² Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Versión consolidada), D.O. nº C 325 de 24 diciembre 2002.

³ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, D. O. nº C 115 de 9-5-2008. Salvo en aquellas citas que incluyan el contenido literal de determinadas disposiciones, en lo sucesivo las referencias normativas seguirán la numeración actual de los Tratados.

el contexto de la libre circulación de trabajadores, encontrándose su caracterización normativa en el apartado 1º, del artículo 12, del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social⁴.

Además, habrá que referirse ineludiblemente a la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE⁵; incorporada a nuestro ordenamiento a través del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen di-

⁴ Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, D.O. n° L 166 de 30.4.2004, p. 1, (en adelante el Reglamento 883/2004).

⁵ Directiva 2014/67/UE, de 15 de mayo 2014, del Parlamento Europeo y Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IML»), 15/05/2014, (DOUE 28/5/2014 L 159/11). *Vid.* la obra colectiva coordinada por FOTINOPOULOU BASURKO, O: *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, editorial Atelier, Barcelona, 2017. También sobre esta norma, y su posterior desarrollo normativo, FOTINOPOULOU BASURKO, O: «Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Revista de Derecho Social* n° 70, 2015, pp. 123-147; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (2016), «El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE», *Derecho de las relaciones laborales* n. 5/2016, pp. 407-416; PÉREZ TORMOS, J. A. (2015), «De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE», *Revista de Información Laboral* n. 5/2015; GÓMEZ ARBÓS, J. (2015), «Los trabajadores desplazados y su relación con el empresario como tercero. Novedades a propósito de la Directiva 2014/67/UE», *Nueva revista española de derecho del trabajo* n. 176/2015, [pp. 157-173]; PÁRAMO MONTERO, P. (2015), «La nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* n. 3/2015, [pp. 52-70]; VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M: «La vigilancia y control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los desplazamientos transnacionales en el ámbito de la UE-EEE», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* n° 128, 2017, pp. 247-272; VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M: «La transposición (Tardía) de la Directiva sobre control de Desplazamientos transnacionales en la UE/EEE en el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF* n° 412, 2017, pp. 95-108.

rectivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores⁶ (en adelante, el Real Decreto-Ley 9/2017). Por tanto, en este trabajo irán yuxtaponiéndose los distintos contenidos jurídicos asignados, en las distintas fuentes de Derecho y en la jurisprudencia, al objeto normado por la Directiva 96/71/CE –al que nos referiremos para abreviar como «desplazamiento» o «desplazamiento de trabajadores».

Aunque originariamente el desplazamiento de trabajadores se encontraba enmarcado en el ámbito de protección de la libre circulación de trabajadores, posteriormente ha sido objeto de un «traspaso» jurídico al espacio normativo de la libre prestación de servicios. La Directiva 96/71/CE se revela así como un nudo de confluencia de ambas libertades comunitarias, siendo esta ambivalencia una plataforma idónea desde la que abordar el tratamiento jurídico que otorga el mercado interior de servicios al factor trabajo, condicionado actualmente por la relación entre los objetivos no económicos del Tratado y las libertades de circulación, asentadas en una determinada concepción de acción eficiente en el espacio económico global⁷.

2. EXCLUSIÓN DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS DEL PRINCIPIO DE PARIDAD DE TRATO

Es una cuestión incontrovertida que en Derecho de la Unión, el concepto de trabajador no es único⁸. Así, aunque el Trata-

⁶ BOE n° 126, de 27 de mayo de 2017. Resolución de 22 de junio de 2017, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE n° 155, de 30 de junio de 2017).

⁷ SUPLOT, A. (1999), *Trabajo y empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, [p. 272-273].

⁸ Sobre el concepto de trabajador conforme al artículo 45 TFUE *vid.* SZYSZCZAK, E.M. (2000), *EC Labour Law*, Harlow (England), Longman, [pp. 59-62].

do utilice este término de forma indistinta en los artículos 45 TFUE (libre circulación de trabajadores), 48 TFUE (seguridad social), 151 TFUE (política social) o 157 TFUE (igualdad de género), es necesario acudir a la doctrina del Tribunal de Justicia para determinar su contenido en cada ámbito⁹. No obstante, todas estas nociones comparten una raigambre común en torno a categorías técnico-laborales, o a categorías desarrolladas en el ámbito asegurativo de la Seguridad Social. Ello, a diferencia del concepto de trabajador desplazado, cuyo contenido epistemológico es actualmente tributario del derecho mercantil, a resultas del proceso de conformación del concepto trabajador desplazado como categoría desvinculada del concepto de trabajador migrante contenido en el artículo 45 TFUE.

En el *impasse* desde la promulgación del Reglamento 1612/68, de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, hasta la aparición de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores –que recuperará tres décadas después el estatuto diferenciado de sus orígenes– el derecho positivo no desarrollará una aplicación específica del artículo 45 TFUE, relativo a la libre circulación de los trabajadores, que excluya de su ámbito de protección, en cuanto a los derechos de ejercicio, a los trabajadores desplazados comunitarios. En esta etapa ya se ha producido la plena consolidación de la naturaleza «constitucional» de las libertades comunitarias, lo que impide que el derecho derivado pueda acoger la realización preferente de una libertad fundamental sobre otra. Ciertamente, a menos que el artículo 45 TFUE, relativo a la libre circulación de trabajadores, quedara fuera del esquema de fuentes de esta institución, la exclusión de la vertiente de ejercicio sólo podía abordarse a riesgo de quebrar la coherencia interna de dicho precepto conforme a los parámetros jurisprudenciales, que de modo cada vez más

expansivo, proceden a ampliar su ámbito subjetivo para dar cobertura incluso a las expresiones de trabajo asalariado más residuales¹⁰.

La llegada de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores resolverá este dilema, al sustraer esta materia del ámbito de protección del artículo 45 TFUE, como ya había hecho la jurisprudencia¹¹. Así, Casas Baamonde refiere como el legislador comunitario evitó utilizar en la Directiva 96/71/CE esta base jurídica, limitándose a incluir una breve referencia a la libertad de circulación de los trabajadores en el Preámbulo de la misma¹². Además, la llegada de la Directiva 96/71/CE marcará la ampliación del ámbito subjetivo de esta regulación en el derecho derivado, para incluir la movilidad de trabajadores extracomunitarios en el marco de la libertad de prestación de servicios.

El eje de conflicto entre el artículo 45 TFUE, relativo a la libre circulación de trabajadores y el artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios, alcanza así de pleno la posición jurídica de los trabajadores desplazados comunitarios, que quedan sujetos al mínimo común denominador establecido por la Directiva 96/71/CE para los extracomunitarios. Lo cierto es que, en términos de coherencia interna, la elección del artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios como base jurídica de la Directiva 96/71/CE da muestras de un criterio profundamente asistemático en esta área del derecho derivado¹³. Pues mientras en el orden

¹⁰ Por todas, STJUE de 3 de julio de 1986, (Lawrie-Blum, 66/85), [párrafos 16 y 17], STJUE de 8 de junio de 1999, (Meeusen, C-337/97), [párrafo 13].

¹¹ Esta opción discurre paralela a la jurisprudencia, que excluye en este ámbito la aplicación del artículo 45 TFUE a través de la «doctrina de no acceso al mercado», *vid.* STJUE 25 octubre 2001 (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, Finalarte) [párrafos 22 y 23].

¹² CASAS BAAMONDE, M. E. (2001), *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Madrid, Civitas, [p. 42].

¹³ BIAGI, M. (1996), «La fortuna ha arriso alla Presidenza italiana dell'Unione europea: prime noti commento alle direttive sul distacco dei lavoratori e sui permessi parentali, *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 3/1996, [pp. 5-6] ofrece una expli-

⁹ *Vid.* por todas STJUE de 12 de mayo de 1998, (Martínez Sala, C-85/96), [párrafo 31].

laboral se prescinde del artículo 45 TFUE, la vigencia de la libre circulación de trabajadores se mantiene tanto en su vertiente de acceso, recogida en el artículo 6, apartado 3º de la Directiva 68/360/CEE sobre suspensión de restricciones al desplazamiento de trabajadores dentro de la Comunidad¹⁴, como en su dimensión de ejercicio en cuanto a los beneficios de Seguridad Social, desarrollada en el artículo 12, apartado 1º del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social¹⁵.

Este derecho de los trabajadores desplazados comunitarios a desarrollar actividades asalariadas en otro Estado miembro sin sujeción a autorización administrativa¹⁶ ha estado regulado invariablemente en las normas de desarrollo de la libre circulación de trabajadores¹⁷, hasta que la promulgación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de circulación de los ciudadanos europeos¹⁸ reubicó

cación básicamente de corte político en relación a la elección de base jurídica.

¹⁴ Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados Miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, D.O. n.º L 257 de 19-10-1968, p. 13, [artículo 6, apartado 3º].

¹⁵ Vid. MIRANDA BOTO, J. M. (2011), «Desplazamientos transnacionales de trabajadores la perspectiva de Seguridad Social», en *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Aranzadi-Thomson Reuters, [pp. 267-276]; y MIRANDA BOTO, J. M. (2011), «El Reglamento (UE) n.º 492/2011: un arreglo cosmético del Reglamento (CEE) n.º 1612/68», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n. 26/2011.

¹⁶ Que la Propuesta de Directiva de Servicios trató de extender a los trabajadores desplazados extracomunitarios. Vid. artículo 25 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, COM (2004) 2, de 13 enero 2004.

¹⁷ El régimen previsto por los artículos 1.2, 4.1, 9.1 y 23.1 letras a), b) y c) del Reglamento 38/64/CEE, (y desarrollado por la Directiva 64/240/CEE du Conseil, du 25 mars 1964, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Étatsmembres et de leurfamille à l'intérieur de la Communauté, J.O. n.º 62 du 17.4.1964, p. 981), fue sustituido sin solución de continuidad por la regulación contemplada en el artículo 6. 3 de la Directiva 68/360/CEE, manteniendo su vigencia hasta la Directiva 2004/38/CE.

¹⁸ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circu-

su ordenación en el estatuto de ciudadanía¹⁹ conferido por el artículo 21 TFUE. De forma que en la actualidad los trabajadores desplazados comunitarios están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38/CE en su condición de ciudadanos²⁰. En este sentido la Directiva 2004/38/CE complementa la regulación de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores, dedicada exclusivamente a la vertiente de ejercicio de la libre circulación; existiendo sin embargo aspectos de la misma que no resultan aplicables a los trabajadores desplazados, particularmente, la cláusula general de paridad de trato contenida en su artículo 24, a cuyo tenor: «Con sujeción a las disposiciones específicas expresamente establecidas en el Tratado y el Derecho derivado, todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida en base a la presente Directiva gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Tratado».

Esta disposición de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de circulación de los ciudadanos europeos no permite ampliar el horizonte normativo de los trabajadores desplazados comunitarios ya que la Directiva 96/71/CE, actuando como *lex specialis*, somete el principio de igualdad de trato a limitaciones específicas, dejándolo circunscrito al núcleo duro establecido en su artículo 3, apartado 1. En este sentido, la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores configura la vertiente de ejercicio

lar y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, D.O. n.º L 158 de 30-4-2004, p. 77-123. En adelante, la Directiva 2004/38/CE. Esta norma no establece ninguna disposición específica relativa a los trabajadores desplazados.

¹⁹ Vid. SERRANO GARCÍA, J. M. (2013), «La libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea y los derechos que la acompañan: notas a la sentencia del TJUE de 25 de octubre, C-367/2011», *Revista de derecho social* n. 61/2013, [pp. 121-134].

²⁰ Aunque no hayan sido mencionados expresamente en su texto, *vid.* Considerando 3º y el artículo 2, apartado 1) de la Directiva 2004/38/CE, en relación con el artículo 20 TFUE.

de la libre circulación de los trabajadores desplazados como un derecho accesorio de la libre circulación conferida a sus empresarios –al igual que sucede con la vertiente de acceso en el caso de los trabajadores desplazados extracomunitarios, desarrollada jurisprudencialmente²¹ y ahora contenida indirectamente en la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular²². De modo que el trabajador comunitario desplazado sólo ostenta la titularidad, en nombre propio, del derecho a la libre circulación en su modalidad de acceso. Como refiere Gutiérrez-Solar Calvo, la protección del trabajador desplazado comunitario mediante la aplicación del principio de igualdad de trato está dirigida al acceso y residencia en el país de destino, quedando este principio, sin embargo, excepcionado en cuanto a las condiciones de trabajo²³.

3. LA NOCIÓN DE DESPLAZAMIENTO TEMPORAL

La ausencia de límites temporales en cuanto a la duración del desplazamiento es otra consecuencia de la técnica mercantil en

la normativa reguladora de los desplazamientos intracomunitarios de trabajadores. Ni la Directiva 96/71/CE ni la Ley 45/1999, de 29 noviembre, relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional²⁴, que traspuso la Directiva en España, establecen restricciones en cuanto al tiempo que podrá un trabajador estar desplazado en otro país²⁵. Cuestión llamativa desde la perspectiva iuslaboralista, puesto que en el derecho nacional el elemento temporal es el que permite distinguir un desplazamiento de un traslado, cuyos regímenes jurídicos son distintos. Aunque ambas normas conceptúen estos desplazamientos como «temporales», su duración será sencillamente la de la obra o servicio encomendados.

En la jurisprudencia española anterior a la transposición de la Directiva 96/71/CE, el desplazamiento de un/a trabajador/a a nuestro territorio podía, en determinadas condiciones, adquirir notas de permanencia. En tales casos, las normas imperativas se imponían a los operadores externos, cuestión que la jurisprudencia española valoraba en atención a la prolongada duración del desplazamiento o a la naturaleza permanente de las actividades desarrolladas, entre otros factores posibles²⁶. Esto impedía en cierta medida la perpetuación de condiciones de trabajo inferiores a las nacionales, aunque en la actualidad, pueden mantenerse los efectos de tal jurisprudencia desde presupuestos propiamente comunitarios, en los casos, por ejemplo, en los que pue-

²¹ STJUE de 27 de marzo de 1990, (Rush Portuguesa, C-113/89) [parágrafo 12]; STJUE de 9 de agosto de 1994, (Vander Elst, C-43/93), [parágrafo 15]. MANOLKIDIS, S. (1997), «The principle of equality from a comparative constitutional perspective: lessons for the EU», en DASHWOOD, A./ O'LEARY, S. (eds.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, London, Sweet & Maxwell, [p. 92, nota 47], en base a los términos de Rush Portuguesa describe cómo, en virtud del artículo 56 TFUE, los trabajadores extracomunitarios pueden acceder a derechos ostentados en nombre propio por los nacionales comunitarios.

²² Vid. Considerando 32º de la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 168 de 30.6.2009, p. 24/32.

²³ Vid. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. (2000), *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, [p. 52] y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. (2008), «El caso «Rüffert» ¿una constitucionalización del «dumping» social?, *Relaciones Laborales* n. 15-16/2008, [p. 88].

²⁴ Ley 45/1999, de 29 noviembre, relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE 3 0 noviembre 1 999, núm. 286, [pág. 41231]); refiriéndose a «un periodo limitado de tiempo» (art. 2.1.1º), salvo en el caso de ETT, en el que la duración está sujeta a lo previsto en el contrato de puesta a disposición de acuerdo con la legislación aplicable. En el art. 3.6 la Ley 45/1999 se limita a fijar el módulo temporal de cálculo de la duración del desplazamiento a los efectos del apartado 3 del mismo precepto.

²⁵ En contraste con la normativa en materia Seguridad Social, ya que el artículo 12 del Reglamento 883/2004 establece un máximo de 24 meses.

²⁶ STS de 3 junio 1 999 (Ar. 1956) y STS de 10 diciembre 1 990 (Ar. 9762).

da probarse (a) la naturaleza permanente de la actividad (cuando no estuviera cubierta por la libertad de prestación de servicios); (b) la ausencia de vínculo laboral auténtico entre la empresa de origen y el trabajador (exigido por el artículo 1.3 de la Directiva 96/71/CE); o (c) la utilización de las libertades comunitarias en fraude de ley, es decir, para evadir la legislación del país de destino (empresas de buzón o con domicilio de conveniencia).

En otro caso, la configuración de la libertad de prestación de servicios «sujeta ese desplazamiento al tiempo de duración de la prestación empresarial principal»²⁷, pudiendo extenderse considerablemente en el tiempo, pues de acuerdo con el TJCE: «El concepto de «servicio» en el sentido del Tratado puede abarcar servicios de muy distinta naturaleza, incluidos los servicios cuya prestación se efectúa durante un período prolongado, incluso de varios años, por ejemplo cuando se trata de servicios prestados en el marco de la construcción de un gran edificio (...). En efecto, ninguna disposición del Tratado permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio en otro Estado miembro no puede considerarse ya una prestación de servicios en el sentido del Tratado»²⁸. La temporalidad resulta así innata a la noción de desplazamiento pues, con independencia de su duración, mientras se contemple el retorno al país de origen éste nunca se convierte en permanente. La noción de lo temporal se vislumbra de este modo como contraria a lo indefinido, pero no necesariamente como contraria a lo prolongado. Una circunstancia que deja entrever otra razón del atractivo económico de dicha mano de obra subcontratada, y la difícil justificación

de diferencias en las condiciones de trabajo de los desplazados, respecto de los trabajadores locales, en casos de desplazamientos «temporales» de varios años.

La cuestión del retorno de los trabajadores desplazados, que era el presupuesto fáctico de la Sentencia *Rush Portuguesa*²⁹, se incorpora en la jurisprudencia *post Säger* como elemento de la propia noción de desplazamiento, incluso en aquellos casos en los que se produce una contratación expresa para el desplazamiento y en la que no hay necesariamente un puesto trabajo en el país de origen al que volver³⁰.

Es obvio que, en el caso de desplazados de nacionalidad comunitaria, la obligación de volver al país de origen no puede ni presuponerse, ni lógicamente imponerse. Precisamente en la vista del asunto *Finalarte*, el Gobierno alemán alegó que el 22% de los trabajadores desplazados, una vez acabada la obra, trabajaban para otro empresario extranjero que también ejecuta obras en Alemania, sin que dicho porcentaje incluya, según dicho Gobierno, «a los trabajadores desplazados que pasan a trabajar para una empresa establecida en Ale-

²⁹ La sentencia *Rush Portuguesa* es un caso prototípico de «movilidad en el empleo» que viene motivada por la búsqueda de una ocupación en el país de destino. En efecto, según el relato de los hechos los trabajadores de *Rush Portuguesa*: (a) no tuvieron acceso al mercado francés de trabajo; (b) tenían un empleo en Portugal; (c) fueron enviados a Francia en el marco de un empleo; (d) el desplazamiento se produce a iniciativa de su empresario; (e) no buscaron trabajo en Francia; (f) estaban al servicio de *Rush Portuguesa Ltda*, por lo tanto el empleador está en otro Estado Miembro; y (g) sin pretender permanecer en Francia como trabajadores de duración determinada. Este es el relato de hechos del tribunal nacional que recoge el Abogado general Van Gerven. *Vid.* Opinion of Mr. Advocate General Van Gerven delivered on 7 March 1990 (case C-113/89, *Rush Portuguesa*), [párrafo 13].

³⁰ *Vid.* STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, Comisión contra Austria). La doctrina apunta a la «tendencia al retorno» como un elemento definitorio que distingue el desplazamiento de la emigración clásica, *vid.* PALAO MORENO, G. (2001), «La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal», Cuadernos de derecho judicial, n. 9/2001, [p. 553] y COUTURIER, G. (1991), «La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail», *Droit Social* n. 11/1991, [p. 844].

²⁷ CASAS BAAMONDE, M.E., «Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea», en CASAS BAAMONDE, M.E./ DEL REY GUANTER, S. (Dirs.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Madrid, CES, [p. 32].

²⁸ STJUE 11-12-2003 (C-215/01, Schnitzer), [párrafos 30 a 33].

mania, que también son muy numerosos»³¹. Si bien mientras dura el desplazamiento tales trabajadores no han ejercido, según lo entiende el TJUE, su libertad de circulación, esto no impide que éstos puedan ejercer tal derecho en otro empleo en el país de destino una vez concluida la obra o antes de concluirla, pues el Derecho de la Unión no sólo no prohíbe, sino que garantiza el derecho a acceder al empleo, es decir, al mercado laboral del país de destino, de todo trabajador comunitario. Los trabajadores desplazados, cuando acceden a otro empleo en calidad de migrantes comunitarios, pueden disfrutar de todas las mejoras del país de origen. Paradójicamente, dicho cambio de situación jurídica es un claro incentivo económico en favor de la incorporación en el mercado laboral de acogida.

En todo caso, ya se trate de un desplazado comunitario o extracomunitario, la necesidad de detentar un empleo en el país de origen no es un requisito constitutivo de la noción de desplazamiento de trabajadores, ni desde la óptica de la Directiva 96/71/CE, ni del artículo 12, apartado 1º del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, pues en ambos casos se admite jurisprudencialmente la contratación *ex professo* para desplazar, *dándose por cumplido el requisito de «ser enviado en el marco de un empleo» mediante una vinculación contractual inmediatamente anterior al desplazamiento*.

Así, la noción de «movilidad en el empleo»³² quedó en gran medida superada en el momento en el que tanto la jurisprudencia como la Directiva 96/71/CE y el Reglamento 883/2004 extienden sus efectos al «desplazamiento atípico»³³ —dónde se elimina el requisito de exis-

tencia previa del vínculo laboral y se admite la contratación de trabajadores con el propósito de ser desplazados, así como los desplazamientos de larga duración, incluso de varios años.

El Tribunal de Justicia ha abordado la cuestión de la existencia previa de vínculo laboral, manteniendo un criterio común tanto en la jurisprudencia de desarrollo de la libre prestación de servicios, como en la relativa a la Seguridad Social. Así, por lo que respecta a la libre prestación de servicios, en *Comisión contra Alemania, Comisión contra Austria y Comisión contra Luxemburgo*, se declara incompatible con el artículo 56 TFUE vincular la autorización de trabajo a la existencia de un periodo previo de empleo al servicio de la empresa que efectúa el desplazamiento³⁴. En estos pronunciamientos, el TJUE niega que puedan producirse perturbaciones en el mercado de trabajo, ya que los trabajadores desplazados «como cuestión de principio» no acceden al mercado laboral de los países de destino³⁵.

En cuanto a las disposiciones de Seguridad Social la eliminación del requisito de existencia previa de vínculo laboral se produce a partir de dos pronunciamientos fundamentales del Tribunal de Justicia: la Sentencia *Van der Vecht*³⁶ y la Sentencia *Manpower*³⁷. Ambas se refieren a las disposiciones contenidas en la letra a) del artículo 13 del Reglamento núm. 3

³⁴ El Tribunal de Justicia no asocia al concepto de «empleo regular y habitual» a un requisito de residencia o de contratación de una duración determinada en el Estado en el que está establecida la empresa que presta los servicios, STJUE de 21 septiembre 2006, (C-168/04, Comisión contra Austria) [párrafo 51] y STJUE de 19 enero 2006 (Comisión contra Alemania, C-244/04) [párrafo 55]; STJUE 21 octubre 2004 (asunto Comisión c. Luxemburgo, C-445/03)[párrafo 32].

³⁵ Vid. STJUE 21 octubre 2004 (asunto C-445/03, Comisión/ Luxemburgo) [párrafo 38]; STJUE de 19 enero 2006 (asunto C-244/04, Comisión/Alemania) [párrafo 18]. STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, Comisión/Austria) [párrafo 55].

³⁶ STJUE de 5 de diciembre de 1967 (asunto 19/67, Van der Vecht).

³⁷ STJUE de 17 de diciembre de 1970, (asunto 35/70, Manpower).

³¹ Tal como recoge en sus Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo presentadas el 13 de julio de 2000, (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, Finalarte)

³² Vid. LYON-CAEN, G. / LYON-CAEN, A. (1985), *Droit social international et européen*, Paris, Dalloz, [p. 195 y ss.].

³³ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA, C., «Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas», *La Mutua*, núm. 3, 2000, [p. 6-27].

(1958) –aunque *Manpower* analiza las disposiciones del Reglamento núm. 3, en su versión modificada por el Reglamento 24/64/CEE³⁸, posteriormente sustituida por la letra a) del apartado 1 del artículo 14 del Reglamento 1408/71³⁹. Al contener todas estas disposiciones el requisito de que «el trabajador que ejer-

³⁸ Reglamento 24/64/CEE del Consejo, de 10 de marzo de 1964, por el que se modifica el artículo 13 del Reglamento n. 3 y el artículo 11 del Reglamento n. 4 (legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores que ejercen normalmente su actividad en varios países), D.O. n.º 1964, 47 de p. 746).

³⁹ La jurisprudencia comunitaria que ha interpretado y acotado los contornos del desplazamiento de trabajadores a partir de los términos del Reglamento n.º 3 (1958) se ha mantenido constante en la aplicación del Reglamento 1408/71. Así, el Tribunal de Justicia en la Sentencia FTS declaró que aunque la Sentencia *Manpower* se formulara al amparo del artículo 13 del Reglamento n.º 3, sus términos continuaban vigentes en la interpretación del artículo 14, apartado 1.º, del Reglamento 1408/71. Lo mismo cabe predicar del artículo 12, apartado 1.º, del Reglamento 883/2004, dado que los nuevos elementos integrados en su texto no son sino una normativización de los criterios aplicativos emanados por el TJCE a partir de la interpretación del artículo 14.1 del Reglamento 1408/71. De modo que el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 ha resultado marcadamente continuista en relación con las disposiciones del artículo 14.1 del Reglamento 1408/71, así como con la jurisprudencia que lo ha interpretado. En efecto, el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 elimina la mención al vínculo habitual, codificando la jurisprudencia contenida en Sentencia *Van der Vecht* y la Sentencia *Manpower* descritas ut supra. Esta interpretación del requisito de habitualidad ha sido recogida desde 1978 en sucesivas Decisiones interpretativas de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, hasta que finalmente el Reglamento 883/2004 ha resuelto definitivamente tal aparente antinomia; quedan reflejados así en el texto del nuevo Reglamento los dos requisitos que la jurisprudencia viene considerando necesarios para la aplicación del artículo 14 del Reglamento 1408/71, el primero, referido a la existencia y a la calidad de un vínculo necesario entre la empresa de trabajo y el trabajador desplazado, y el segundo referido a la relación existente entre la empresa y el Estado miembro en el que la empresa establecida, en virtud de la doctrina de «actividades significativas». Cuando comparamos el redactado de ambas disposiciones, también se comprueba que la exigencia de vínculo orgánico entre la empresa que desplaza y trabajador destacado continúa inmutable, en cambio, el requisito relativo a la «habitualidad» contenido en el artículo 14.1 del Reglamento 1408/71 ha sufrido una significativa modificación. Así, mientras que en el artículo 14.1 del Reglamento 1408/71 la habitualidad viene referida a las actividades del trabajador en el seno de su empresa, a tenor del artículo 12.1 del Reglamento

za una actividad en el territorio de un Estado miembro al servicio de una empresa *de la que dependa normalmente*»⁴⁰, ello parecía sugerir la necesidad de un vínculo habitual con la empresa de envío previo al desplazamiento⁴¹, dando lugar al planteamiento de ambas cuestiones prejudiciales a fin de establecer el alcance de tal requisito. Pues bien, el Tribunal de Justicia en la sentencia *Van der Vecht* consideró que la ausencia de prestación de servicios anterior al desplazamiento no enervaba la aplicación de la letra a) del artículo 13, permitiendo por tanto la continuidad de las cotizaciones en el país de origen, incluso cuando las actividades del trabajador destacado no correspondiesen a las habitualmente desarrolladas por empresa de envío⁴². Igualmente, en la Sentencia *Manpower* declara que el hecho de que un trabajador haya sido contratado para trabajar en el territorio de otro Estado, no puede de por sí excluir la aplicación de las previsiones de dicho artículo⁴³.

El requisito del vínculo previo decae, en definitiva, frente a la exigencia de un vínculo laboral «orgánico» con la empresa de envío,

883/2004 lo que debe ser habitual son las actividades desarrolladas por la empresa en el país de establecimiento.

⁴⁰ No existe versión española del texto del Reglamento n.º 3. Esta traducción se extrae de la incluida en las Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. F.G. Jacobs en sus Conclusiones en el asunto C-202/97 (FTS).

⁴¹ En este sentido se posiciona, SERRANO OLIVARES (2002), «Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador», en CASAS BAAMONDE, M.E./ DEL REY GUANTER, S. (Dirs.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Madrid, CES, [p. 72], cuando dice que «cabría sostener que el lugar habitual de servicios se localiza en el país de destino, y que no existe, por tanto, desplazamiento en sentido propio».

⁴² STJUE de 5 de diciembre de 1967 (asunto 19/67, *Van der Vecht*) [p. 354].

⁴³ Esta doctrina, pese a formularse al amparo del régimen del Reglamento n.º 3 (1958), continuó aplicándose en el marco del Reglamento 1408/71, siendo incorporada finalmente en el apartado 1.º del artículo 12 del Reglamento 883/2004, como una de las modificaciones más significativas respecto de las disposiciones de la letra a) del apartado 1.º del artículo 14 del Reglamento 1408/71. *Vid.* en este sentido, STJUE de 10 de febrero de 2000 (C-202/97, FTS) [párrafo 31].

aunque éste último sea un instrumento de menor vigor en la prevención de efectos sociales negativos asociados a la descentralización productiva transnacional. Según ha establecido el TJUE, y ha sido posteriormente recogido por la Directiva 2014/67/UE, «la pregunta sobre la existencia de dicho vínculo debe recibir una respuesta en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y de circunstancias que caractericen las relaciones entre las partes»⁴⁴.

De modo que la determinación de la existencia de dicho vínculo orgánico, exigido por la Directiva 96/71/CE y por el Reglamento 883/2004, hará necesaria, en último término, la vía judicial, de mayor complejidad probatoria; particularmente, si la comparamos con la vía administrativa, en la que la concurrencia del requisito de existencia previa de contrato, puede comprobarse de forma casi inmediata. De otro lado, la exigencia administrativa de un vínculo previo tiene la virtualidad de evitar *ex ante* y con un alcance general los riesgos asociados a las relaciones de empleo triangulares, donde resulta difícil prevenir los fenómenos interpositorios de mano de obra y el *dumping social*.

En suma, con la desaparición, tanto en el orden laboral, como en el de la Seguridad Social, de la exigencia de un vínculo preexistente con la empresa que efectúa el desplazamiento se logra flexibilizar enormemente el acceso a las prerrogativas ofrecidas por el Derecho de la Unión en la aplicación de la legislación del país de origen⁴⁵, dando cabida a los sec-

tores con mayores índices de temporalidad⁴⁶. Se otorga así plena cobertura a los desplazamientos efectuados por empresas de trabajo temporal (ETT) y por empresas de servicios que contraten personal expresamente para el desplazamiento, sin que resulte exigible un vínculo previo, ni habitual, entre la empresa que desplaza y el trabajador.

4. EL ARTÍCULO 56 TFUE COMO MARCO REGULADOR DE UNA NUEVA INSTITUCIÓN LABORAL

Desde los orígenes de la Unión, la liberalización de los mercados se ha venido identificando con una determinada noción de progreso social gestada en el *Programa Spaak*⁴⁷, embrión del Tratado de Roma. Dicho *leitmotiv* liberalizador se trasladó al ámbito de los servicios a través del *Programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios* (1962) mediante la prohibición, vigente hasta nuestros días, de disposiciones y prácticas restrictivas que «hagan más onerosa la prestación de los servicios, imponiendo cargas fiscales o de otro tipo»⁴⁸ [letra e) del punto A)]. El Derecho del mercado interior de servicios nació así con un mandato claro de supresión de costes *innecesarios* para los prestadores transnacionales, aunque en dicha fase inicial tal prohibición no alcanzará a los costes laborales.

Será la jurisprudencia que ha interpretado las disposiciones del Tratado en materia de

⁴⁴ STJUE de 13 de enero de 2004 (C-256/01, Allonby) [párrafo 69].

⁴⁵ Nótese que el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), D.O. n.º L 177 de 4-7-2008, [pp. 6 a 16], en el apartado 2 de su artículo 8 mantiene el requisito de habitualidad. Esto se produce a los efectos de establecer la ley aplicable al contrato en defecto de elección expresa. En este sentido, aunque el Reglamento (CE) n.º 593/2008 es un instrumento que permite facilitar el correcto funcionamiento del Mercado Interior (*vid. considerando 6*) sus fines están marcadamente diferenciados de los la Directiva 96/74/CE. *Vid. en este sentido QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2002),*

«Otra lectura de la jurisprudencia del TJUE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto Arblade al Portugaia)», *Revista de derecho comunitario europeo* n. 12/2002, [p. 449].

⁴⁶ *Vid. STJUE de 21 de octubre de 2004, (asunto C-445/03, Comisión c. Luxemburgo); [parágrafos 32 y 33] y la STJUE de 19 enero 2006 (Comisión contra Alemania, C-244/04) [párrafo 53].*

⁴⁷ *Rapport des chefs de delegation aux Ministres des Affaires Etrangères = Report of the Heads of Delegation to the Ministers of Foreign Affairs (21 April 1956). [Intergovernmental Committee on European Integration, commonly called the Spaak Report].*

⁴⁸ D.O. n.º 2 de 15.1.1962, p. 32/35 [edición especial en español: Capítulo 06 Tomo 1 p. 3], (letra e) del punto A.

libre prestación de servicios, que ahora contiene el artículo 56 TFUE, la que extienda posteriormente dicha prohibición de restricción al ámbito sociolaboral, pasando ulteriormente a formar parte de los presupuestos económico-normativos de la actuación comunitaria dirigida a eliminar las barreras reguladoras de los Estados o barreras no arancelarias (BNA)⁴⁹. Una capacidad *obstaculizadora* de las normas laborales que se ha descrito en la Sentencia *Rüffert*⁵⁰ del siguiente modo: «Al obligar a los adjudicatarios de contratos públicos de obras y, de manera indirecta, a sus subcontratistas a aplicar la retribución mínima prevista en el convenio colectivo «Edificios y obras públicas», una norma como la Ley del Land puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida en el asunto principal puede constituir una restricción en el sentido del artículo 49 TCE [actual 56 TFUE]».

Esto significa que tanto los agentes sociales, como los Estados miembros, tendrán que ajustarse a la cláusula negativa de comercio⁵¹

⁴⁹ Cuestión en la que no abundamos por haber sido tratado en otro lugar, *vid.* LLOBERA, M., 2012. Justificación de la intervención estatal en base a razones imperiosas de interés general. *El desplazamiento transnacional de trabajadores: Libre Prestación de Servicios, Constitución Económica y Principio de Proporcionalidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 240-247.

⁵⁰ STJUE de 3 abril 2008 (asunto Dirk Rüffert, C- 346/06) [párrafo 37].

⁵¹ La prohibición de restricciones a las actividades empresariales de servicios ha adquirido tal importancia en las últimas décadas que ha llegado a desbordar la función antidiscriminatoria del artículo 56 TFUE evolucionando y consolidándose en su lugar el principio de remoción de obstáculos, establecido en por el TJUE, en los siguientes términos: «El artículo 49 CE no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro,

en el seno de la Constitución económica de la Unión, alcanzando todos los ámbitos susceptibles de interferir en el acceso a los mercados, lo que incluye al Derecho del Trabajo. Con todo, la liberalización de los mercados de servicios presenta muchas más dificultades que la liberalización del comercio de mercancías, que emanan, sobre todo, de una realidad legal particularmente adversa para los operadores económicos transnacionales, por ser éste el sector de la economía más protegido y regulado por los Estados miembros, ya que los potenciales efectos sociales negativos de su liberalización son especialmente intensos.

Ello se ha traducido en la aplicación contundente del principio de remoción de obstáculos al comercio de servicios a fin de eliminar las barreras reguladoras estatales o barreras no arancelarias (BNA), así como en una mayor insistencia en el desarrollo de normas dirigidas a la supresión de restricciones legislativas, administrativas (o de otra índole), entre las que destaca, por su alcance y trascendencia, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior⁵², que se conoció en la opinión pública como «Directiva Bolkestein» (en adelante, la Directiva 123/2006 Marco de Servicios). Esta norma, según la doctrina, «pone bajo sospecha de restricción indebida cualquier regulación jurídico-pública del acceso al mercado de las actividades de servicios o de ejercicio de éstas, es decir, lo que en principio no es otra cosa que ordenación del uno y el otro para su inserción armónica en el sistema de convivencia colectiva en función de los restantes valores y bienes en presencia»⁵³. La Directiva 123/2006 Marco

en el que presta legalmente servicios análogos». Por todas, STJUE de 19 enero 2006 (asunto C-244/04, Comisión/Alemania) [párrafo 30]; STJUE de 24 enero de 2002 (asunto C-164/99, Portugaia Construções) [párrafo 16].

⁵² D.O. nº L 376 de 27-12-2006, p. 36.

⁵³ PAREJO ALFONSO, L. J. (2009), «La desregulación de los servicios con motivo de la directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n. 6/2009, [p. 34].

de Servicios marca así un hito legislativo que viene a hacer efectivo el contenido esencial del artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios, que garantiza el derecho de las empresas a determinar libremente su oferta de servicios del mismo modo que, a nivel interno, el recurso a la descentralización productiva está anclado constitucionalmente en el derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE.

El artículo 56 TFUE tiene una incidencia directa en el Derecho del Trabajo, pues impide que pueda aplicarse íntegramente a los operadores externos el orden público laboral. Se genera así una presión interna hacia a la equiparación, a fin de evitar que tales operadores puedan servirse de dicha ventaja competitiva en perjuicio de las empresas nacionales, lo que redundaría en un efecto de desregulación o efecto «*spill over*» (desbordamiento) que afecta al derecho interno en su conjunto.

En consecuencia, pese a los términos aparentemente tuitivos de la Directiva 96/71/CE, la fijación de estándares en dicha Directiva sujetos al ámbito aplicativo del artículo 56 TFUE determina también una aplicación directa del principio de remoción de BNA en el área de la contratación privada y pública, de modo que tales estándares actúan como normas máximas. Ello, con independencia de que tales contratos se ejecuten o no con trabajadores desplazados, con recientes pronunciamientos en este sentido: «A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los licitadores y a sus eventuales subcontratistas establecidos en un Estado miembro distinto del Estado del poder adjudicador y en el que las cuantías de salario mínimo sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por tanto, una norma como la controvertida en el asunto principal puede constituir una restricción en el sentido del artículo 56 TFUE [que garan-

tiza la libertad fundamental de prestación de servicios]»⁵⁴.

El TJUE considera que el establecimiento de estándares que supere los mínimos establecidos en los países de origen en aplicación de dicha Directiva, que actúa como norma máxima «topadas», les pueden «disuadir» de ejercer su libertad de prestación de servicios⁵⁵. Ya anticipaba Casas Bahamonde, hace una década, que cuando el Derecho de la Unión prohíbe levantar obstáculos al comercio intracomunitario, e incluye a las normas laborales y de protección social en dicha prohibición, pone al descubierto uno de los aspectos más espinosos del derecho social comunitario «¿o es que el mantenimiento de normas más favorables por los Estados miembros es incompatible con los fines del Tratado y la convergencia de las legislaciones sociales de los Estados de la Unión Europea?»⁵⁶.

Este efecto de «desbordamiento» del Derecho de la Unión alcanzó su punto álgido en las dos normas española de transposición de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios, esto

⁵⁴ STJUE de 17 de noviembre de 2015, C-115/14, *RegioPost*, [parágrafo 69]; *vid.* también STJUE de 18 de septiembre de 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei* [parágrafo 30].

⁵⁵ El proceso europeo de mutación constitucional ha confluído así, en las últimas décadas, con el modelo estadounidense de «procedimiento económico debido»; con especial intensidad en el ámbito del comercio de mercancías y, conforme avanza el proceso de codificación de las BNA a nivel internacional, extendiéndose al comercio de servicios. La denominada «integración económica negativa» ha alcanzado grandes cotas de «éxito» conjugando tres elementos básicos: (a) el principio del país de origen; (b) una interpretación jurisprudencial muy amplia del concepto de obstáculos (BNA) al libre comercio de servicios; y, por último, (c) la aplicación del principio de proporcionalidad de un modo especialmente riguroso en cuanto al margen otorgado al legislador nacional. Estos tres principios, desarrollados por la jurisprudencia a lo largo de dos décadas, alcanzan su clímax aplicativo en la STJCE de 19 junio 2008 (asunto C-319/06, *Comisión/Luxemburgo*), parágrafos 41-43, donde la doctrina de remoción de «obstáculos» (BNA) a las libertades comunitarias se extiende incluso al Derecho nacional adoptado en el marco de la transposición de Directivas comunitarias de armonización social.

⁵⁶ CASAS BAAMONDE, M. E., «Normas laborales internacionales, Derecho Social Europeo y derechos fundamentales», *Relaciones Laborales* 1/96, [pp. 62-72].

es, la Ley 17/2009, de 24 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (más conocida como «Ley Paraguas») y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (ó «Ley Ómnibus»). En efecto, a través de ellas, los imperativos del derecho del mercado interior se han proyectado a todas las actividades económicas de servicios, tanto internas como transnacionales, desarrolladas en nuestro territorio⁵⁷. Con esta normativa se puso en marcha, según las palabras de la Vicepresidenta económica «la reforma estructural de la economía más importante de los próximos años»⁵⁸, habiéndose optado en nuestro país por la intensificación de los principios de la Directiva⁵⁹. Esta reforma, de profundo calado constitucional, instrumentaliza el paulatino desmantelamiento de los mecanismos estatales de control de las actividades de servicios, al asumir la intervención administrativa correctora del mercado la condición de obstáculo, asimilándose, en gran medida, el control público a burocratización. En particular, el control administrativo mediante autorización previa se somete a un profundo vaciado sin que, como ha señalado Parejo Alonso (2009), ni el legislador se haya planteado la necesidad de reconstrucción del derecho administrativo a partir de una policía administrativa *ex post*⁶⁰. Como veremos esa prohibición de autorización previa se ha tras-

ladado también al ámbito del desplazamiento transnacional de trabajadores.

Gracias a la presión sindical, los aspectos de derecho administrativo laboral fueron excluidos de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios, aunque no por ello quedaron fuera del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE. En virtud de dicha disposición del Tratado, según la interpretación que de la misma ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el TJUE o el «Tribunal de Justicia»), los Estados miembros deben priorizar los controles *ad hoc* y *a posteriori* frente a los controles y sistemas de autorización previos y generalizados, a fin de evitar procedimientos *desproporcionados* para el control del cumplimiento de la legislación laboral⁶¹.

Con todo, de la jurisprudencia pueden extraerse principios generales en relación a las medidas estatales de garantía de las condiciones laborales —que el artículo 24, finalmente suprimido, de la propuesta inicial de Directiva de Servicios en el Mercado Interior trató de regular. Durante la pasada década tendencias interpretativas libraron un particular combate hermenéutico, pues los distintos pronunciamientos adoptaban diferentes enfoques en relación al nivel de intervención permitido a los Estados, en lo que respecta a la incidencia del derecho de la Unión en los mecanismos estatales de control⁶². Como veremos, actualmente, la Directiva 2014/67/UE ha venido a zanjar dicho debate clarificando las exigencias que el Derecho administrativo laboral puede imponer a los prestadores de servicios.

⁵⁷ Nótese que el concepto «servicios» desborda la noción de sector terciario, al afectar todo aquello que sea susceptible de ser comprado y vendido y que no se trate de mercancías o capitales. Así, con arreglo al artículo 57 TFUE «se considerarán como 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».

⁵⁸ Elena Salgado Méndez, Vicepresidenta segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 92/2009, IX Legislatura, sesión plenaria núm. 87 celebrada el 18 de junio de 2009, [p. 21].

⁵⁹ Como se reconoce en la propia norma, *vid.* preámbulo cuarto de la Ley 17/2009.

⁶⁰ PAREJO ALFONSO, L. J. (2009), *op. cit.*, [p. 36].

⁶¹ Por todas, STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, Comisión/Austria) [parágrafo 26]. *Vid.* también Comunicación de la Comisión, Bruselas, 4.4.2006, COM (2006) 159 final, «Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios», SEC(2006) 439, [apartado 2.1.c)], que recoge la jurisprudencia del Tribunal en este sentido. *Cfr.* Directiva 123/2006 de Servicios, considerando 54.

⁶² *Vid.* STJUE de 19 junio 2008, (asunto Comisión/Luxemburgo, C-319/06); STJUE de 18 de julio de 2007 (asunto C490/04, Comisión/Alemania); STJUE de 1 de octubre de 2009 (asunto Comisión/Bélgica, C-219/08).

5. EL DERECHO ADMINISTRATIVO LABORAL A LA LUZ DEL ART. 56 TFUE

Como se recordará, el Tribunal de Justicia otorgó un considerable espacio de actuación a los Estados en la Sentencia *Wolff*⁶³, para el desarrollo de mecanismos de garantía que asegurasen el cumplimiento, por parte de los operadores externos, de la Directiva 96/71/CE. Esta restitución competencial de las potestades de intervención del Estado de acogida consiguió abrir de nuevo la caja de Pandora, como en su día hizo *Rush Portuguesa*⁶⁴, al coincidir con la presentación de la «Directiva Bolkensein», que atribuía al país de origen dichas facultades de control. Concretamente, el artículo 24 de la propuesta inicial de Directiva de Servicios en el Mercado Interior⁶⁵ recogía la prohibición de imponer determinadas medidas a los prestadores de servicios que desplazasen trabajadores, concretamente, en lo que respecta a: la obligación de obtener una autorización de las autoridades competentes nacionales o de estar inscrito en un registro por ellas u otra obligación equivalente; la obligación de formular una declaración, salvo las declaraciones relativas a una actividad recogida en el anexo de la Directiva 96/71/CE; la obligación de disponer de un representante en territorio nacional; la obligación de llevar y mantener documentos sociales en el territorio nacional o en las condiciones aplicables en el territorio nacional.

Esta disposición fue eliminada durante el trámite parlamentario, siendo dicha exclusión

⁶³ STJUE 12 octubre 2004 (asunto C-60/03, *Wolff & Müller*).

⁶⁴ El amplio margen de actuación concedido a los Estados por la STJUE de 27 de marzo de 1990 (asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*) llevó a que en la necesidad de aprobar una norma, la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, que impusiera límites a la posibilidad de extender la propia legislación laboral a los operadores externos.

⁶⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, COM (2004) 2, de 13 enero 2004.

uno de los compromisos clave en el acuerdo de consenso que permitió⁶⁶, tras numerosas enmiendas, la adopción de la Resolución legislativa que desbloqueaba en el Parlamento Europeo la Directiva Marco de Servicios⁶⁷.

Ahora bien, la Comisión responde al fracaso de su propuesta en este ámbito mediante la presentación de una Comunicación el 4 de abril de 2006, con el título de «Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios» (en adelante, las «Orientaciones de la Comisión (2006)»), en la que ésta trasladada a los Estados Miembros la obligación de respetar las prohibiciones contenidas en el artículo que había sido suprimido del texto⁶⁸.

Esta Comunicación se acompaña a la propuesta modificada de Directiva Marco de Servicios⁶⁹, dándole posteriormente continuidad mediante una nueva Comunicación de 13 junio 2007⁷⁰ (en adelante, la «Comunicación de

⁶⁶ Junto con la eliminación de las disposiciones relativas al desplazamiento de ciudadanos de terceros países. *Vid.* artículo 25, COM (2004) 2, op.cit.

⁶⁷ Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior (COM(2004)0002 – C5-0069/2004 – 2004/0001(COD)) de 16 de febrero de 2006.

⁶⁸ Comunicación de la Comisión de 4 abril 2006, «Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios», COM (2006) 159 final, [sección 2.1].

⁶⁹ Propuesta modificada de la Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior [COM (2006) 160 final – COD 2004/0001]. Como complemento a la Comunicación de la Comisión (2006) *vid.* «Nota explicativa sobre las disposiciones relativas al desplazamiento de trabajadores» contenida en la documentación de referencia sobre la Directiva Marco de Servicios, Comunicación a los miembros N° 9/2004 – Documentación de referencia sobre la Directiva relativa a los servicios – Nota explicativa de los servicios de la Comisión sobre las disposiciones relativas al desplazamiento de trabajadores, con especial atención al artículo 24, [2004/0001(COD)].

⁷⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 13 junio 2007, Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios – Sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores {SEC(2007) 747}, COM (2007) 0304 final.

la Comisión (2007)», que introduce en determinados aspectos incluso una interpretación más restrictiva. En efecto, la Comisión juzga que el contenido del artículo eliminado resulta exigible en virtud de la jurisprudencia del TJUE, pese a que tal interpretación no es compartida por el Parlamento Europeo, que declara en sendas Resoluciones que la misma priva al país de acogida de instrumentos clave necesarios para controlar el cumplimiento de las normas mínimas que establece el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, obviando además el cauce legislativo adecuado⁷¹.

La Comisión advierte, sin embargo, que actuará mediante procedimientos de incumplimiento frente a los Estados que no se ajusten a dichos criterios⁷²; por considerar que los Estados miembros deben evitar procedimientos «desproporcionados» para el control del cumplimiento de la legislación nacional que aplica la Directiva 96/71/CE, estableciéndose un proceso de supervisión de las medidas legislativas y aplicativas de los Estados Miembros, en el que éstos deberán informar puntualmente a la Comisión sobre la implementación de las directrices contenidas en la misma.

La Comisión parte de la sujeción de los procedimientos de garantía exclusivamente al artículo 56 TFUE, disociándolos del contenido del artículo 5 de la Directiva 96/71/CE. En efecto, cuando la Comisión presenta sus «Orientaciones» en el Parlamento ya re-

sultaba exigible la Directiva 96/71/CE en los términos establecidos por el TJUE. Es decir, ya se había producido una ruptura respecto de la jurisprudencia basada exclusivamente en el artículo 56 TFUE; e incluido el derecho no sustantivo en el ámbito aplicativo de la Directiva 96/71/CE, en virtud de su artículo 5. Merece así especial mención, el modo en que la Sentencia *Wolff* equipara las obligaciones de fijación material de estándares laborales (contenidas en artículo 3), con las de establecimiento de mecanismos que garanticen su cumplimiento (exigidas por el artículo 5), pese a que éstas últimas no sean directamente el objeto de armonización de dicha norma [párrafos 28 y 29]; quedando así ambos tipos de obligaciones insertas, en condición de paridad, en el espectro de protección de la Directiva 96/71/CE⁷³.

Pese a todo, la advertencia de la Comisión se hizo efectiva, y tal como anunciara, ésta ha intervenido activamente en contra de la legislación estatal no acorde con el contenido del suprimido artículo 24 de la Directiva Marco de Servicios. Así, pese a que de los términos de la jurisprudencia citada en las «Orientaciones» de la Comisión no se derivaba la estricta prohibición contenida en dicha disposición, es posible identificar en la jurisprudencia posterior un paulatino proceso de conformación de elementos de calificación jurídica orientados a dicha finalidad, que permitirían *a posteriori* ratificar las tesis de la Comisión.

De esta suerte, posteriormente a la controversia provocada por la Directiva 123/2006 Marco de Servicios se desató un «terremoto jurisprudencial» que revertió los términos de la jurisprudencia interpretativa de la Directiva 96/71/CE. Así, la saga jurisprudencial post *Bolkestein*, constituida por las Sentencias *Laval*, *Rüffert* y *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)* dieron un vuelco a la jurispuden-

⁷¹ Vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (2006/2038(INI)) de 26 Octubre 2006, [P6_TA(2006)0463], [p. 2, párrafo D, p. 6, párrafo 16, p. 8 párrafo 29]. Vid. también Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, sobre la Comunicación de la Comisión «El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: optimizar sus beneficios y potencial garantizando la protección de los trabajadores» [P6_TA(2007)0340], [p. 1, párrafo B, p. 3, párrafo 8]. En esta última Resolución el Parlamento se muestra más flexible que en la anterior, admitiendo el punto de vista de la Comisión el algunos aspectos relacionados con la exigencia de un mandatario [p.2 párrafo 3] y con la conservación de documentos [p.2 párrafo 5].

⁷² COM (2006) 159 final, op.cit, [pp. 7-8].

⁷³ De modo que no cabe circunscribir los efectos de *Wolff* a los mecanismos de responsabilidad solidaria, como se hace en las Orientaciones de la Comisión (2006), COM (2006) 159, op. cit., [sección 4].

cia precedente tanto en relación a la fijación de condiciones laborales, como en lo relativo a los mecanismos de garantía del cumplimiento del derecho sustantivo⁷⁴.

Si el TJUE hubiera optado por el desarrollo de la doctrina *Wolff*, la aplicación a los operadores externos de las medidas de control y garantía contenidas hubiera tenido plena cobertura jurídica mediante su integración en el espacio de intervención estatal garantizado por la Directiva 96/71/CE. Sin embargo, la reversión de dicha doctrina operada en *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)* y *Comisión contra Alemania (C-490/04)* —donde el TJUE evita servirse de las disposiciones del artículo 5 de la Directiva 96/71/CE como título habilitante de la intervención estatal en materia de control— hace necesario que la legislación laboral nacional que impone límites a la subcontratación transnacional de servicios se adecue al artículo 56 TFUE.

Este contexto jurídico en el que se inserta la Directiva 2014/67/CE, que desempeña el papel de establecer los requisitos administrativos que pueden imponerse a los operadores externos, actuando como norma de «máximos». Con ello se trata de evitar, en las palabras del TJUE, procedimientos «desproporcionados» para el control del cumplimiento de la legislación laboral⁷⁵. El principio de proporcionalidad comunitario actúa así en la juris-

prudencia y en la Directiva 2014/67/UE (considerandos 4º, 36º, 47º, 50º y artículos 9.1, 9.2, 9.3, 10.2, 12.1, 12.4, 12.6 y 17) como parámetro de control de la adecuación de las normas estatales al principio de remoción de BNA.

Es criticable en este sentido que, conforme a la jurisprudencia y a los términos de la Directiva 2014/67/UE, los Estados miembros deban priorizar los controles *ad hoc* y *a posteriori* frente a los controles y sistemas de autorización previos. Dicha alternativa, además de traspasar las cargas económicas y administrativas al Estado, tiene un carácter de muy inferior eficacia que las disposiciones nacionales que pueden prevenir con un alcance general los riesgos asociados a las relaciones de empleo triangulares —donde resulta difícil prevenir los fenómenos interpositivos de mano de obra y la cesión de trabajadores por las denominadas «empresas de buzón». De ahí que el último apartado de este estudio se dedique a analizar el contenido de la Ley 45/1999, modificada recientemente por el Real Decreto-Ley 9/2017, a fin de trasponer la Directiva 2014/67/UE a partir de los criterios establecidos por dicha jurisprudencia comunitaria, y recogidos por dicha norma.

6. LA LEY 45/1999, TRAS SU MODIFICACIÓN POR EL REAL DECRETO-LEY 9/2017

La Ley 45/1999, tras su modificación por el Real Decreto-Ley 9/2017 regula, entre muchas otras cuestiones que desbordan el ámbito de este estudio, los términos en que resultará exigibles a los operadores externos determinadas obligaciones administrativas, y en particular, las obligaciones de (a) formular una declaración, (b) estar inscrito en un registro, (c) disponer de un representante en territorio nacional y (d) de llevar y mantener documentos sociales en el territorio nacional.

enero 2006 (asunto C-244/04, Comisión/Alemania), párrafos 33-37 y 45-51].

⁷⁴ Vid. STJUE de 18 diciembre 2007, (asunto C-341/05, Laval un Partneri); STJUE de 3 abril 2008 (asunto Dirk Rüffert, C- 346/06); STJUE de 19 junio 2008, (asunto Comisión/Luxemburgo, C-319/06).

⁷⁵ A partir de una noción exacerbada de la libertad económica que va mucho más allá de la garantía de la paridad de trato de los operadores externos. Por todas, STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, Comisión/Austria) [párrafo 26]. Vid también Comunicación de la Comisión, Bruselas, 4.4.2006, COM (2006) 159 final, «Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios», SEC(2006) 439, [apartado 2.1.c)], que recoge la jurisprudencia del Tribunal en este sentido. Cfr. Directiva 123/2006 de Servicios, considerando 54. En Comisión contra Alemania, por ejemplo, la alternativa propuesta por el Tribunal radica en la realización de controles a posteriori, frente a la exigencia estatal de demostrar un vínculo habitual entre el trabajador desplazado y el prestador de servicios [STJUE de 19

En cuanto a la obligación de formular una declaración, el artículo 5 de la Ley 45/1999, según el redactado otorgado por el RD-Ley 9/2017, obliga al empresario que desplace trabajadores a España a comunicar el desplazamiento, antes de su inicio, siempre que el desplazamiento no exceda de ocho días (salvo en el caso de empresas de trabajo temporal). Dicha disposición concreta la información exigible a los efectos de control del cumplimiento de la Directiva 96/71/CE⁷⁶, contemplando asimismo un registro electrónico central de tales comunicaciones⁷⁷.

⁷⁶ La comunicación de desplazamiento contendrá los datos e informaciones siguientes: a) La identificación de la empresa que desplaza al trabajador; b) el domicilio fiscal de dicha empresa y su número de identificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido; c) los datos personales y profesionales de los trabajadores desplazados; d) la identificación de la empresa o empresas y, en su caso, del centro o centros de trabajo donde los trabajadores desplazados prestarán sus servicios; e) la fecha de inicio y la duración previstas del desplazamiento; f) La determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España con indicación del supuesto que corresponda de los previstos en el artículo 2.1.1.º; g) los datos identificativos y de contacto de una persona física o jurídica presente en España que sea designada por la empresa como su representante para servir de enlace con las autoridades competentes españolas y para el envío y recepción de documentos o notificaciones, de ser necesario; h) los datos identificativos y de contacto de una persona que pueda actuar en España en representación de la empresa prestadora de servicios en los procedimientos de información y consulta de los trabajadores, y negociación, que afecten a los trabajadores desplazados a España. En el apartado 4, el art. 5 establece información adicional cuando la empresa que desplaza a los trabajadores a España sea una empresa de trabajo temporal. Siguiendo el tenor de la Directiva 2014/67/UE, el art. 5 prevé que esta declaración se realice por medios electrónicos. En este sentido hay que tener en cuenta la disp. transitoria 3ª del RD-Ley 9/2017 que en tanto se proceda al desarrollo reglamentario previsto, las comunicaciones de desplazamiento de trabajadores a España podrán seguir realizándose por los medios en que vinieran haciéndose a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley.

⁷⁷ También pendiente de puesta en marcha. *Vid.* Disp. adicional sexta del RD-Ley 9/2017, que establece que «A efectos de lo previsto en el artículo 5.1, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las Comunidades Autónomas elaborarán un protocolo de colaboración para el funcionamiento del registro electrónico central. Dicho protocolo garantizará la adecuada intercomunicación y su establecimiento efectivo en el plazo de seis meses».

En este sentido, es jurisprudencia reiterada del Tribunal que una normativa nacional que supedita, de una manera general y para todas las actividades, el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio nacional por parte de una empresa domiciliada en otro Estado miembro a la concesión de una autorización administrativa constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 56 TFUE. Por otra parte, el principio de mutuo reconocimiento exige que sea necesario tener en cuenta los controles y las comprobaciones ya efectuados en el Estado miembro de origen⁷⁸. Sin embargo, el TJUE no considera que la mera exigencia de registro resulte incompatible con el Tratado, a menos que tal registro implique en realidad un procedimiento de autorización previa, que no se encuentre justificado por razones imperativas de interés general, o que no sea proporcionado y compatible con las disposiciones sobre libre prestación de servicios.

6.1. Obligación de declaración y registro

En concreto, en relación a dichas obligaciones debe recordarse que la jurisprudencia comunitaria exige que la obligación de inscripción en determinados registros esté regulada de modo que «no retrase, complique o haga más costosa la prestación de servicios»⁷⁹. Lo que es más, en la Sentencia *Comisión contra Bélgica (C-264/99)*, el TJUE evalúa disposiciones que declaran responsable solidario al comitente que en el sector de la construcción recurra a un empresario que no se encuentre registrado del pago de las deudas tributarias, no cuestionando ni la Comisión ni el propio TJUE la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la exigencia de un registro de tales características⁸⁰.

⁷⁸ STJUE de 9 agosto 1994 (asunto Vander Elst, C-43/93), [párrafo 15].

⁷⁹ STJUE 11 diciembre 2003 (Schnitzer, C-215/2001) [fallo].

⁸⁰ STJUE 9 de noviembre (Comisión contra Bélgica, C-433/04) [párrafo 13].

Tampoco ha planteado el Tribunal de Justicia objeciones desde la perspectiva del artículo 56 TFUE al establecimiento de una obligación de declaración previa. De hecho, en el marco del juicio de necesidad desarrollado en *Comisión contra Luxemburgo (C-445/03)* y *Comisión contra Alemania (C-244/04)*⁸¹, el Tribunal propone la obligación de declaración previa como medida acorde al principio de proporcionalidad⁸². Aunque, posteriormente

⁸¹ Con todo, y pese al tenor de estos dos pronunciamientos, las Orientaciones de la Comisión (2006) realizan una lectura de esta jurisprudencia según la cual «no existe ninguna sentencia del tribunal que se refiera específicamente a la admisibilidad de una obligación de declaración para el desplazamiento» por entender que cabe circunscribir lo declarado en *Comisión contra Luxemburgo (C-445/03)* y *Comisión contra Alemania (C-244/04)* a los desplazamientos de trabajadores extracomunitarios. Insistiendo por otra parte la Comisión en que «los Estados miembros deben abstenerse de utilizar las declaraciones para fines que no sean informativos, en particular para fines de control o registro de las empresas prestadoras de servicios, ya que esto sería equivalente a un régimen de autorización», COM (2006) 159, [apartado 2. c)], énfasis añadido. cabe poner de relieve las negativas consecuencias, descritas por el Comité Económico y Social, que se derivarían de trasladarse a la práctica las Orientaciones de la Comisión (2006) en este punto: «El Comité subraya la incoherencia de proponer que se suprima la obligación de mantener registros sociales en los Estados miembros en los que se efectúa la prestación del servicio: si bien es cierto que un sistema de intercambio de información debe informar sobre la legislación aplicable y sobre los derechos y obligaciones de los proveedores de servicios y trabajadores, no permite garantizar el seguimiento individual de los derechos abiertos en materia de protección social, inmediata y a largo plazo, enfermedad, accidentes, jubilaciones, seguros sociales, ni controlar las cotizaciones sociales y fiscales obligatorias en el país en que se efectúa la prestación, ya que tales cotizaciones se derivan del derecho laboral aplicable, es decir, el del país en el que se presta el servicio. Por tanto, el Comité desaconseja esta sustitución». Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores» COM (2007) 304 final, de 29 de mayo de 2008 [CESE 995/2008], [párrafo 1.8].

⁸² Así, según el parecer del TJUE «imponer a la empresa de prestación de servicios la obligación de notificar previamente a las autoridades locales el desplazamiento de uno o varios trabajadores por cuenta ajena, la duración prevista para su estancia y la prestación o prestaciones de servicios que justifican tal desplazamiento constituye una medida igualmente eficaz que

el TJUE haya matizado esta jurisprudencia, estableciendo una serie de requisitos para su adecuación a Derecho. Así, en *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)* el TJUE declara que la obligación de declaración previa contenida en una norma luxemburguesa resulta incompatible con el derecho de la de Unión, aunque aludiendo exclusivamente razones de seguridad jurídica. En concreto, por considerar que el procedimiento de declaración previa luxemburguesa «no se halla desprovisto de ambigüedades [lo que puede] disuadir a las empresas que deseen desplazar trabajadores a Luxemburgo de ejercer su libertad de prestación de servicios. En efecto, por una parte, el alcance de los derechos y de las obligaciones de tales empresas no se deduce con precisión de la referida disposición. Por consiguiente, dada [...] su falta de claridad a causa de las ambigüedades que contiene, es incompatible con el artículo 49 CE»⁸³. Además, en el juicio de proporcionalidad que desarrolla el TJUE se valora negativamente que el incumplimiento de la declaración previa pueda ser objeto de sanciones de cierta importancia⁸⁴, ya que la norma luxemburguesa contemplaba la posibilidad de que la Inspección de Trabajo pudiese ordenar la paralización inmediata de la actividad de los trabajadores desplazados en caso que el empresario de éstos no atendiese la orden conminatoria de facilitar información que se le remita, llegando incluso a regularse la apertura de diligencias penales contra la empresa afectada⁸⁵. En definitiva, el TJUE elude pronunciarse abiertamente sobre si un procedimiento de declaración previa es, como alegaba la Comisión, incompatible con el ar-

la exigencia controvertida, pero menos restrictiva. Permite a dichas autoridades controlar que se observa la normativa social luxemburguesa durante el desplazamiento y tener en cuenta las obligaciones que ya impone a la empresa la normativa social aplicable en el Estado miembro de origen». STJUE 21 octubre 2004 (asunto C-445/03, Comisión/ Luxemburgo) [párrafo 31]. *Vid.* en el mismo sentido STJUE de 19 enero 2006 (asunto C-244/04, Comisión/Alemania) [párrafo 41].

⁸³ STJUE de 19 junio 2008 (asunto C-319/06, Comisión/ Luxemburgo) [párrafos 80-82].

⁸⁴ *Ibid.* [párrafo 81].

⁸⁵ *Ibid.* [párrafo 79].

título 56 TFUE, siendo lo más significativo la resistencia del Tribunal a apoyarse en sus dos precedentes judiciales más inmediatos a la hora de alcanzar sus conclusiones⁸⁶.

En cambio, en la Sentencia *Comisión contra Bélgica (C-219/08)*, y *Comisión contra Alemania (C-244/04)*, consolida su jurisprudencia en el sentido siguiente: «El Tribunal de Justicia ha declarado que la obligación de que el prestador de servicios efectúe una simple declaración previa acreditando que los trabajadores de que se trata se encuentran en situación regular, especialmente en cuestiones de residencia, permiso de trabajo y cobertura social, en el Estado miembro en el que dicha empresa los tenga en plantilla, no excede de lo necesario para prevenir los abusos a que puede dar lugar el ejercicio de la libre prestación de servicios (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de octubre de 2004, *Comisión/Luxemburgo*, C-445/03, Rec. p. I-10191, apartado 46, así como *Comisión/Alemania*, antes citada, apartados 41 y 42)»⁸⁷.

Estos son los criterios jurisprudenciales que finalmente se han recogido en el art. 9 de la Directiva 2014/67/UE y en la Ley 45/1999. Ciertamente, el trámite establecido en nuestra legislación resulta compatible con la obligación de los Estados miembros de priorizar los controles *ad hoc* y *a posteriori* frente a los controles y sistemas de autorización previos y generalizados, a fin de evitar procedimientos *desproporcionados* para el control del cumplimiento de la legislación laboral⁸⁸. En este sentido, la declaración previa debe contemplarse

⁸⁶ A diferencia de la Abogado General que toma como punto de partida la doctrina contenida en los mismos, aunque acabe considerando que «al introducir de hecho una reserva de autorización [...], la normativa luxemburguesa va más allá de lo que el Tribunal de Justicia considera proporcional». Conclusiones de la Abogado General Verica Trstenjak presentadas el 13 septiembre 2007 (asunto *Comisión/Luxemburgo*, C-319/06) [párrafo 77].

⁸⁷ STJUE de 1 de octubre de 2009 (asunto *Comisión/Bélgica*, C-219/08), [párrafo 16].

⁸⁸ Por todas, STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, *Comisión/Austria*) [párrafo 26]. *Vid* también COM (2006) 159, [apartado 2.1.c)], que recoge la jurisprudencia del

como un trámite informativo, puesto que la autoridad laboral no somete tal comunicación a previo escrutinio de la veracidad de dicha información, lo que distingue claramente este trámite declarativo de un procedimiento de autorización.

6.2. Obligación de disponer de un representante en territorio nacional

El RD-Ley 9/2017 incorpora dos nuevos apartados al artículo 5 de la Ley 45/1999, estableciendo la obligación de designar una persona de contacto. La norma no exige la existencia de un representante legal en el país de destino, ni requiere que exista una persona con poderes para actuar en nombre de la empresa, sino meramente una persona que actúe de «enlace» con las autoridades competentes y los representantes de los trabajadores (a efectos de los procedimientos de consulta e información), de conformidad con la jurisprudencia comunitaria⁸⁹. Así, el prestador establecido en otro Estado miembro podrá actuar por medio de representante debidamente acreditado ante el funcionario actuante, aportando los documentos requeridos en un plazo razonable⁹⁰, presumiéndose, por otra parte, otorgada autorización a quien comparezca ante la Inspección para actos de mero trámite que no precisen poder de representación del sujeto obligado⁹¹. Conforme al art. 9.1. f) de la Direc-

Tribunal en este sentido. Cfr. Directiva 123/2006 de Servicios, considerando 54.

⁸⁹ COM (2006) 159 final, *op. cit.*, [apartado 2.1.b)] y STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [párrafo 76].

⁹⁰ Recuérdesse que la STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [párrafo 65] había establecido que la legislación nacional deberá prever la posibilidad de presentar en un plazo razonable, los documentos de los que se disponen en el Estado miembro de establecimiento, de no disponerse de dichos documentos en el territorio del Estado miembro de acogida.

⁹¹ Artículo 15, apartado (b) y artículo 21, apartado 2º del Real Decreto 138/2000, de 4 febrero por el que se aprueba el Reglamento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, BOE 16 febrero 2000, núm. 40, [pág. 7078].

tiva 2014/67/UE, esta persona no tendrá que estar presente en el Estado miembro de acogida, aunque tiene que estar disponible previa solicitud razonable y justificada.

6.3. Obligación de conservación de documentos

Por otra parte, en virtud de los nuevos artículos 6.2 y 6.5 de la Ley 45/1999, durante el período de desplazamiento los empresarios deberán tener disponibles, en el centro de trabajo o en formato digital para su consulta inmediata, *entre otros*, los siguientes documentos, traducidos al castellano o a las lenguas cooficiales de los territorios donde se vayan a prestar los servicios:

a) Los contratos de trabajo o los documentos a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1659/1998, cuando la información no conste en el contrato de trabajo formalizado por escrito, respecto de cada trabajador.

b) Los recibos de salarios de cada trabajador y los comprobantes del pago de salarios a cada trabajador.

c) Los registros horarios que se hayan efectuado, con la indicación del comienzo, el final y la duración de la jornada de trabajo diaria.

d) El documento por el que se acredite la autorización para trabajar de los nacionales de terceros países conforme a la legislación del Estado de establecimiento.

Pese a que la norma española establece la obligación de tener disponibles tales documentos «entre otros», la Directiva 2010/67/UE, en su art. 9.2 sólo admite la posibilidad de imponer otros requisitos administrativos y medidas de control cuando se demuestre que esto son «insuficientes o ineficaces» y siempre que estén justificados y sean proporcionados de conformidad con el Derecho de la Unión.

Igualmente, una vez concluido el desplazamiento, los empresarios deberán aportar los documentos, cuando sean requeridos para

ello por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 6.3 de la Ley 45/1999). El TJUE se ha pronunciado en varias ocasiones en relación a la obligación de elaboración y conservación de documentos sociales. Como cuestión de principio, la obligación de tener disponibles «durante el período de actividad»⁹² los documentos previstos en las legislaciones social y laboral «a pie de obra o en otro lugar accesible y claramente identificado del territorio de ese Estado» se admite en la Sentencia *Arblade* en aquellos casos en los que la ausencia de tales documentos lleguen a imposibilitar la función inspectora hasta el punto que «tales autoridades no puedan cumplir de una manera eficaz su deber de inspección»⁹³; rechazando no obstante el Tribunal la exigibilidad de la obligación de conservación de documentos en el territorio del Estado de acogida con *posterioridad* o con *anterioridad* al desplazamiento, pues la aplicación del principio de proporcionalidad en este caso no permite espacio alguno de valoración al tribunal nacional⁹⁴.

Sin embargo, la Directiva 2014/67/UE, se aparta de esta interpretación del TJUE en el art. 9.1.c) al admitir que los Estados puedan imponer «la obligación de entregar, en un plazo razonable, los documentos que contempla la letra b) –que no menciona la autorización para trabajar de los nacionales de terceros países– una vez concluido el desplazamiento, a petición de las autoridades del Estado miembro de acogida.

Por otra parte, procede recordar que el Tribunal de Justicia somete un gran número de obligaciones documentales al principio de mutuo reconocimiento –como la de llevar un libro de matrícula especial del personal, el estable-

⁹² Vid. STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [párrafo 5 del fallo] y STJUE de 19 junio 2008 (asunto C-319/06, *Comisión/Luxemburgo*) [párrafo 95].

⁹³ STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [párrafo 76].

⁹⁴ Vid. STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [fallo] y STJUE de 19 junio 2008 (asunto C-319/06, *Comisión/Luxemburgo*) [fallo].

cimiento de un reglamento interno de trabajo, o una documentación acreditativa individual para cada trabajador desplazado⁹⁵. Así, en línea con expresado en *Webb*⁹⁶, a la hora de exigir la obligación de elaborar y poseer determinados documentos, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta si tales prestadores ya están sujetos a obligaciones, «si no idénticas, al menos similares por su finalidad, con respecto a los mismos trabajadores y durante los mismos períodos, en el Estado miembro en el que están establecidos»⁹⁷. El TJUE es particularmente estricto en la prohibición de la doble imposición de obligaciones formales⁹⁸, lo que pone de relieve un desvalor comunitario del efecto útil del derecho administrativo laboral aunque, como posteriormente diremos, la posición del Tribunal de Justicia se flexibiliza si la norma tiene como finalidad garantizar la seguridad y de salud de los trabajadores⁹⁹.

Por consiguiente, sólo será posible exigir a los prestadores que elaboren y dispongan de documentos previstos en la ley del lugar de prestación de servicios si la protección social de los trabajadores no queda suficientemente salvaguardada mediante las obligaciones formales del país de origen. En este sentido, la posibilidad de excepcionar el principio general está considerablemente limitada, pues la presentación de los documentos de los que disponga el empresario con arreglo a la normativa del Estado miembro de establecimiento se considera suficiente «para garantizar la protección social de los trabajadores» siempre

que el empresario esté sujeto, en el país de origen a obligaciones similares, por su *finalidad*, con respecto a los mismos trabajadores y durante los mismos períodos de actividad¹⁰⁰; produciéndose una inversión de la carga de la prueba, ya que son las autoridades y órganos jurisdiccionales del Estado miembro de acogida los que quedan obligados a probar tal extremo, siendo remarcable la laxitud del Tribunal a la hora de valorar la existencia de una legislación con una finalidad equivalente¹⁰¹.

En tales circunstancias, la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 45/1999 deberá necesariamente acomodarse al principio de mutuo reconocimiento tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia cuando su cumplimiento se exija a los prestadores de servicios externos, debiendo la autoridad laboral y los tribunales tener en cuenta las obligaciones documentales con valor equivalente que ya hayan sido cumplimentadas en el Estado miembro de establecimiento¹⁰².

7. OBLIGACIONES ADICIONALES EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

A este respecto procede recordar que el Real Decreto 1109/2007 que desarrolla la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, (en adelante, el «Real Decreto 1109/2007»), en su disposición adicional 1^a, establece para los supuestos de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional la obligación de (a) acreditar la observancia de los requisitos previstos en el artículo 4.2 a) de la Ley 32/2006, mediante documentación justificativa del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas nacionales de transposición de los artículos 7 y 12 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, rela-

⁹⁵ Vid. STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [fallo].

⁹⁶ En la STJUE de 17 de diciembre de 1981, (asunto *Webb*, 279/80) [párrafo 20] se establece que para evitar la aplicación desproporcionada de las leyes del país de destino se debe tener en cuenta medios de prueba y garantías que ya han sido aportados en el país de origen. El Tribunal no detalla, sin embargo, si el país de destino puede exigir una nueva aportación de tales pruebas, aunque sean las mismas, o debe admitir como válido el control ya efectuado por el país de origen de dichas pruebas.

⁹⁷ STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [párrafo 56].

⁹⁸ *Ibid.* [párrafo 58].

⁹⁹ *Ibid.* [párrafo 61].

¹⁰⁰ *Ibid.* [párrafo 66].

¹⁰¹ *Ibid.* [párrafo 65].

¹⁰² STJUE de 17 de diciembre de 1981 (asunto 279/80, *Webb*) [párrafo 17]; STJUE de 3 de febrero 1982 (asuntos 62 y 63/81, *Seco y Desquenue*) [párrafo 8 y 9].

tiva a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo; (b) inscribirse en el registro dependiente de la autoridad laboral en cuyo territorio se vaya a llevar a cabo su primera prestación de servicios en España, salvo que el desplazamiento no exceda de ocho días; considerándose a tal efecto, que la primera comunicación que realicen conforme al artículo 5 de la Ley 45/1999, tiene el carácter de solicitud de inscripción. Dicha solicitud formulada permitirá provisionalmente a la empresa intervenir en el proceso de subcontratación hasta la fecha de la inscripción o denegación; (c) sin embargo, en los desplazamientos sucesivos, la declaración deberá incluir, junto con los datos legalmente exigidos, el número de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas.

El Real Decreto 1109/2007 incorpora, por tanto, un criterio de mutuo reconocimiento flexible, en cuya virtud —a diferencia el principio de mutuo reconocimiento rígido o en sentido estricto, que exigiría que las normas del país de origen garantizaran un nivel de protección laboral idéntico al del país de acogida— sería suficiente una adecuación de estándares sociales aproximada¹⁰³. En este sentido, cabe considerar que aunque en materia de condiciones de empleo el principio de equivalencia flexible o «principio de mutuo reconocimiento generalizado» sea el criterio adoptado por el TJUE, tal criterio no resulta adecuado en el ámbito de prevención de riesgos si tenemos en cuenta que los informes de la Comisión sobre aplicación de la Directiva Marco 89/391/CEE han puesto de manifiesto la existencia de importantes diferencias en lo que respecta a la aplicación de la misma¹⁰⁴.

¹⁰³ Según las dos acepciones acuñadas por LÓPEZ ESCUDERO, M. (1993), «La aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia* n.19/1993 (serie D), [pp. 123-126] y desarrolladas por GARDEÑES SANTIAGO, M. (1999), *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, [p. 88].

¹⁰⁴ Más información en relación a esta norma puede encontrarse en LLOBERA, M. (2010), *Límites a la subcontratación*

8. INSUFICIENCIAS DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/67/UE EN MATERIA DE SALUD LABORAL

Los prestadores externos que desplacen trabajadores a España, en cualquier sector de actividad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1º, letra e) de la Ley 45/1999 deben dar cumplimiento a la totalidad de las normas españolas en materia de prevención de riesgos¹⁰⁵. En este sentido, debe hacerse una distinción fundamental entre los aspectos relativos a las condiciones de trabajo y los aspectos de salud laboral, que como ya se ha expuesto, han merecido un tratamiento diferenciado por parte del Tribunal de Justicia. En consecuencia, el establecimiento de estándares materiales de protección en materia de riesgos laborales (a) respeta la distinción fundamental establecida por la jurisprudencia comunitaria, a efectos de justificación, entre las normas materiales y las procedimentales conforme a la doctrina *Arblade*¹⁰⁶, (b) forma parte del núcleo duro de protección de la Directiva 96/71/CE conforme a la doctrina *Laval*¹⁰⁷, y no infringe el principio de proporcionalidad atendiendo al nivel de protección a nivel comunitario de la finalidad de la norma nacional, que en este caso está directamente dirigida a proteger el derecho fundamental de los trabajadores a la salud laboral reconocido, de modo incondicional, en el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFU)¹⁰⁸.

en el sector de la construcción y libre prestación de servicios, Albacete, Bomarzo.

¹⁰⁵ Aunque debemos reseñar que este criterio no es compartido algunos autores, *vid.* CAMAS RODA, F./MARTÍNEZ ASO, M. (2009), «El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», *op.cit.*, [pp. 111-118].

¹⁰⁶ STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [parágrafo 37].

¹⁰⁷ STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, *Laval un Partneri*) [parágrafo 80].

¹⁰⁸ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, D.O. n.º C 83 de 30-3-2010.

En los términos del nuevo artículo 6.4 de la Ley 45/1999, los empresarios deberán notificar por escrito a la autoridad laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen, los daños para la salud de los trabajadores desplazados que se hubieran producido con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejecute en España. A este respecto, como es conocido, el TJUE ha admitido que los procedimientos de control previo al desarrollo de la actividad económica pueden ser necesarios «si se considera que el control *a posteriori* es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido [siendo] para ello preciso tener en cuenta, los riesgos y contingencias que pueden derivarse del hecho de que tales defectos se descubran después de que se presten los servicios a sus destinatarios»¹⁰⁹. Ciertamente, las medidas *a posteriori* en relación a los accidentes laborales no van más allá de una finalidad resarcitoria cuando el daño a la integridad física o la vida ya se ha producido. Puede considerarse que la norma española muestra una enorme cautela a fin de no provocar interrupciones en el normal desenvolvimiento de las actividades económicas, incluso mostrando excesivo celo en evitar procedimientos desproporcionados para el control del cumplimiento de la legislación laboral nacional.

Conforme al art. 9.3 de la Directiva 2014/67/UE, «nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las demás obligaciones derivadas de la legislación de la Unión, incluidas las derivadas de la Directiva 89/391/CEE del Consejo [relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco)][...], siempre que estas últimas sean igualmente aplicables a las empresas establecidas en el Estado miembro de que se trate y estén justificadas y sean proporcionadas». Esta disposición se recoge en términos literales en la disposición adicional octava de la Ley 45/1999, no haciéndose, sin

embargo, efectiva la obligación del Estado de velar por el cumplimiento de tales normas. Una excesiva prudencia reguladora lleva al legislador a no plantear la exigencia de acreditar previamente al desplazamiento el cumplimiento de la normativa preventiva, al menos, conforme a la ley del Estado de origen.

Incluso el TJUE ha admitido que el Estado de destino exija el nivel de protección establecido en su legislación¹¹⁰. Así, la protección de la salud laboral ha sido establecida por el Tribunal de Justicia como excepción también en el caso de requisitos de orden administrativo laboral, apoyándose para ello en una aplicación directa de los principios de la Directiva 89/391/CE¹¹¹. La protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión, «incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por los Tratados como la libre prestación de servicios»¹¹², que en el caso de la Ley nacional se dirija a garantizar el derecho de todo trabajador, recogido en el artículo 31.1 CDFU, a «trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad», estando esta disposición basada en la Directiva Marco 89/391/CEE, a tenor de las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales¹¹³.

Como es conocido, la interpretación jurisprudencial del artículo 137 TCE (actual

¹¹⁰ En este sentido, GARDENES SANTIAGO, M. (1999), La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional, op.cit. [p. 88-81] y LÓPEZ ESCUDERO, M. (1993), «La aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el derecho comunitario», op.cit., [p. 139].

¹¹¹ STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Arblade) [parágrafo 61 y 69].

¹¹² STJUE de 14 de octubre de 2004 (Omega, C-36/02), [parágrafo 35].

¹¹³ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, D.O. nº C 303 de 14.12.2007, [p. 26], las cuales fueron «elaboradas para guiar la interpretación de la presente Carta serán debidamente tenidas en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los estados Miembros» (apartado 7º del artículo 25 CDFU).

¹⁰⁹ STJUE de 22 de enero de 2002, (Canal Satélite Digital, C-390/99), [parágrafo 39].

artículo 153 TFUE)¹¹⁴ –que establece la competencia compartida por la Comunidad y los Estados miembros para la mejora del entorno de trabajo y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores– ha venido desarrollándose por el Tribunal de Justicia desde la óptica de la protección de los derechos fundamentales «tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho de la Unión»¹¹⁵. De modo que resulta relevante a este respecto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya incorporado la dimensión de la salud laboral en el ámbito del artículo 2 del CEDH relativo al derecho a la vida¹¹⁶.

En concreto, la protección comunitaria del derecho del trabajador a la protección y prevención de su salud, que garantiza el artículo 31.1 CDFU, se apoya tanto los tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos de los que son signatarios los Estados miembros –en concreto en el artículo 3 de la Carta Social Europea¹¹⁷, en el punto 19 de la Carta comunitaria de los derechos

sociales fundamentales de los trabajadores¹¹⁸ y en el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada¹¹⁹– así como en las reglas comunes a los derechos nacionales que conforman principios generales del orden jurídico de la Comunidad¹²⁰. En relación a estos últimos, la CDFU proporciona una valiosa fuente del común denominador de los valores jurídicos primordiales en los Estados miembros, de donde emanan, a su vez, los principios generales del derecho de la Unión¹²¹.

El respeto a la dignidad humana como principio fundamental comunitario se ha recogido en el primer artículo de la CDFU, proyectándose al ámbito laboral en el artículo 31.1 CDFU, que recoge el derecho a «trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad». Este derecho está formulado con carácter incondicional en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFU), correspondiendo la modalidad de protección de este derecho fundamental en el ordenamiento español a un legítimo margen de apreciación por parte del legislador nacional¹²². Así, una

Instrumento de 7 enero 2000, BOE 25 abril 2000, núm. 99, [pág. 16074].

¹¹⁸ Resolución del Consejo sobre la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales, D.O. n.º C 323 de 27/12/1989 [p. 44].

¹¹⁹ Aprobada en Estrasburgo por el Consejo de Europa de 3 de Mayo de 1996, habiendo entrado en vigor el 1 de julio de 1999, España ha firmado la Carta Social Europea revisada, pero aún no la ha ratificado.

¹²⁰ Por todas, STJUE de Justicia de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra Consejo).

¹²¹ Vid. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo al asunto C303/05 presentadas el 12 de septiembre de 2006, [párrafo 59].

¹²² Así, a la hora de justificar posibles restricciones impuestas por la Ley 45/1999 a la libertad de prestación de servicios, hay que tener en cuenta que la Sentencia Omega permitió flexibilizar el principio de primacía cuando se ven afectados valores constitucionales fundamentales en algún Estado miembro. En este pronunciamiento el TJUE abordó una interpretación sistemática en sentido débil de las libertades comunitarias a partir de criterios teleológicos asentados en la valoración de la finalidad de la norma estatal, aunque no cabe soslayar que esta actitud prudente del Tribunal de Justicia vino precedida de una defensa cerrada, por parte del Tribunal Constitucional alemán, de los valores protegidos en su Constitución nacional. Concretamente, en la Sentencia Omega el TJUE se hace eco de

¹¹⁴ Esta disposición debe ponerse en relación con el artículo 9 TFUE, en cuya virtud, «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana».

¹¹⁵ Apartado 2 del artículo F del Tratado UE.

¹¹⁶ Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso Pereira Henriques contra Luxemburgo, Sentencia de 9 mayo 2006 [JUR 2006\157008]; habiéndose establecido, por otra parte, esta relación también en la doctrina. Así, en palabras de Alonso Olea y Casa Baamonde (2001) el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo puede considerarse una derivación del derecho a la vida e integridad física, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, M.E. (2001), *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, [p. 243].

¹¹⁷ Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 mayo 1988, BOE 26 junio 1980, núm. 153, [pág. 14533] y Protocolo Adicional de 5 mayo 1988, ratificado por

de las proyecciones constitucionales del derecho del trabajador a la protección y prevención de su salud se encuentra en el art. 15 CE que garantiza la «incolumidad corporal» frente a las injerencias o agresiones de terceros y, en particular, frente a los riesgos del trabajo¹²³, lo que entronca directamente con el artículo 3.1 CDFU, apartado 1º.

El derecho a la salud laboral se reconoce sin reserva alguna en la CDFU¹²⁴, establecién-

dose una relación interna de conexión entre el derecho a la salud laboral garantizado en el artículo 31.1 CDFU y la protección del derecho a la dignidad humana, a la vida y a la integridad física, reconocidos en los tres primeros artículos de la Carta. Lo que impide, tal como tiene declarado el Tribunal de Justicia¹²⁵, que la mejora de la seguridad, la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en tanto que objetivo legislativo pueda subordinarse a consideraciones de carácter económico.

la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativa al necesario margen de apreciación estatal en lo referente a las modalidades de protección de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, la teoría sobre el margen de apreciación en la intervención legítima en el espacio jurídico de los derechos fundamentales acuñado por el TEDH es el reverso teórico del test de proporcionalidad. Ambos están estrechamente ligados, de modo que un control intenso de proporcionalidad de la medida estatal determinará un margen muy estrecho de apreciación atribuido a los Estados. Por ello, el TJUE admite que los Estados puedan acogerse a la excepción de orden público en materia de derechos fundamentales, al ser esta noción susceptible de «variar de un país a otro», reconociendo a los Estados: [...] «un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado [...] no [siendo] indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido». STJUE de 14 de octubre de 2004 (Omega, C-36/02), [parágrafos 31, 32 y 37]

¹²³ Vid. Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia núm. 160/2007 de 2 julio, [fundamento jurídico 2º] y Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia núm. 62/2007 de 27 marzo [fundamento jurídico 3º].

¹²⁴ Sobre el tratamiento de la salud laboral como excepción a las libertades comunitarias *vid.* O'LEARY, S. (2002), *Employment Law and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, [pp. 115 y ss.].

¹²⁵ STJUE de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra Consejo) [parágrafo 28].

RESUMEN

El estudio comienza con una descripción del marco jurisprudencial aplicable al desplazamiento temporal de trabajadores. Debe recordarse que la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento transnacional de trabajadores es una norma de concepción relativamente reciente. De modo que durante varias décadas la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha atendido a un concepto de desplazamiento (en lo relativo a condiciones laborales) inscrito exclusivamente en el contenido del Tratado relativo a la libre prestación de servicios.

A continuación, se aborda la cuestión de la ausencia de límites en lo concerniente a la duración del desplazamiento. La temporalidad es, actualmente, innata a la noción de desplazamiento con independencia de su duración. La noción de lo temporal se vislumbra de este modo como contraria a lo indefinido, pero no necesariamente como contraria a lo prolongado. Una circunstancia que deja entrever otra razón del atractivo económico de dicha mano de obra subcontratada, y la difícil justificación de diferencias en las condiciones de trabajo de los desplazados, respecto de los trabajadores locales.

En este sentido, la noción de «movilidad en el empleo» ha quedado superada desde el momento en el que tanto la jurisprudencia, como la Directiva 96/71/CE y el Reglamento 883/2004 extienden sus efectos al «desplazamiento atípico» –dónde se elimina el requisito de existencia previa del vínculo laboral y se admite la contratación de trabajadores con el propósito de ser desplazados, así como los desplazamientos de larga duración, incluso de varios años. Ya se trate de un desplazado comunitario o extracomunitario, la necesidad de detentar un empleo en el país de origen no es un requisito constitutivo de la noción de desplazamiento de trabajadores, ni desde la óptica de la Directiva 96/71/CE, ni del artículo 12, apartado 1º del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, pues en ambos casos se admite jurisprudencialmente la contratación *ex professo* para desplazar, dándose por cumplido el requisito de «ser enviado en el marco de un empleo» mediante una vinculación contractual inmediatamente anterior al desplazamiento.

También se estudia la Ley 45/1999, tras su modificación por el Real Decreto-Ley 9/2017, a fin de trasponer la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE. Para ello se describe la jurisprudencia que ha enjuiciado disposiciones de Derecho administrativo laboral a la luz del art. 56 TFUE, para pasar seguidamente a analizar el contenido de la norma española en relación a las obligaciones de (a) declaración y registro; (b) disponer de un representante en territorio nacional; y (c) conservación de documentos; (d) apuntándose también las obligaciones adicionales en el sector de la construcción.

Si el TJUE hubiera optado por el desarrollo de la doctrina *Wolff*, la aplicación a los operadores externos de las medidas de control y garantía contenidas hubiera tenido plena cobertura jurídica mediante su integración en el espacio de intervención estatal garantizado por la Directiva 96/71/CE. Sin embargo, la reversión de dicha doctrina operada en *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)* y *Comisión contra Alemania (C-490/04)* –dónde el TJUE evita servirse de las disposiciones del artículo 5 de la Directiva 96/71/CE como título habilitante de la intervención estatal en materia de control– hace necesario que la legislación laboral nacional, que impone límites a la subcontratación transnacional de servicios, se adecue al artículo 56 TFUE.

Este contexto jurídico en el que se inserta la Directiva 2014/67/CE, que desempeña el papel de establecer los requisitos administrativos que pueden imponerse a los operadores externos, actuando como norma de «máximos». Con ello se trata de evitar, en las palabras del TJUE, procedimientos «desproporcionados» para el control del cumplimiento de la

legislación laboral. El principio de proporcionalidad comunitario actúa así en la jurisprudencia y en la Directiva 2014/67/UE (considerandos 4º, 36º, 47º, 50º y artículos 9.1, 9.2, 9.3, 10.2, 12.1, 12.4, 12.6 y 17) como parámetro de control de la adecuación de las normas estatales al principio de remoción de barreras no arancelarias (BNA).

Es criticable en este sentido que los Estados miembros deban priorizar los controles *ad hoc* y *a posteriori* frente a los controles y sistemas de autorización previos. Dicha alternativa, además de traspasar las cargas económicas y administrativas al Estado, tiene un carácter de muy inferior eficacia que las disposiciones nacionales que pueden prevenir con un alcance general los riesgos asociados a las relaciones de empleo triangulares –donde resulta difícil prevenir los fenómenos interpositivos de mano de obra y la cesión de trabajadores por las denominadas «empresas de buzón».

Por último, se desarrolla un análisis crítico relativo a las insuficiencias de la transposición de la Directiva 2014/67/UE en materia de salud laboral. Así, conforme al art. 9.3 de la Directiva 2014/67/UE, nada de lo dispuesto en dicho artículo afectará a las demás obligaciones derivadas de la legislación de la Unión, incluidas las derivadas de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, siempre que estas últimas sean igualmente aplicables a las empresas establecidas en el Estado miembro de que se trate y estén justificadas y sean proporcionadas. Esta disposición se recoge en términos literales en la disposición adicional octava de la Ley 45/1999, no haciéndose, sin embargo, efectiva la obligación del Estado de velar por el cumplimiento de tales normas. Una excesiva prudencia reguladora lleva al legislador español a no plantear la exigencia de acreditar previamente al desplazamiento el cumplimiento de la normativa preventiva, al menos, conforme a la ley del Estado de origen; cuando el TJUE ha admitido que el Estado de destino exija el nivel de protección establecido en su legislación. En efecto, la protección de la salud laboral ha sido establecida por el Tribunal de Justicia como excepción también en el caso de requisitos de orden administrativo laboral, apoyándose para ello en una aplicación directa de los principios de la Directiva 89/391/CE. La protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión, «incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por los Tratados como la libre prestación de servicios». Lo que impide, tal como tiene declarado el Tribunal de Justicia, que la mejora de la seguridad, la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en tanto que objetivo legislativo pueda subordinarse a consideraciones de carácter económico.

Palabras clave: Trabajadores desplazados, Directiva 2014/67/UE, libre circulación de trabajadores, libre prestación de servicios, principio de eliminación de BNA, dumping social, Derecho administrativo laboral, Derecho social comunitario.

ABSTRACT The study begins with a description of the case law on posting of workers. It should be remembered that Directive 96/71/EC is a relatively recent standard. Thus, for several decades the case law of the European Court of Justice (ECJ) has interpreted national rules (in terms of working conditions) under the light, exclusively, of Treaty provisions on freedom to provide services.

Next, the issue of the absence of temporary limits is addressed. Its temporary nature is currently innate to the notion of posting regardless of its duration. The notion of the temporal duration is seen in this way as contrary to the indefinite, but not necessarily as contrary to a prolonged posting. A circumstance that suggests another reason for its economic attractiveness, and the difficult justification of differences in the working conditions of posted workers, in comparison with local workers.

In this sense, the notion of «mobility in employment» has been overcome since both case law, Directive 96/71/ EC and Regulation 883/2004 extend their effects to «atypical displacement» –where the requirement of prior existence of the employment relationship is eliminated; the hiring of workers for the purpose of being posted is admitted, as well as the long-term displacement, even of several years.

The need to hold a job in the country of origin is not a requirement of the notion of posting of workers, neither from the point of view of Directive 96/71/EC, nor of the article 12, 1st paragraph of Regulation 883/2004 on the coordination of Social Security systems. In both cases, *ex professo* contracting is admitted. The requirement of «being sent within the framework of a job» is considered to be fulfilled even in case of a contractual relationship immediately prior to the displacement.

Law 45/1999 is also studied, after its modification by Royal Decree-Law 9/2017, in order to transpose Directive 2014/67/ EU on the guarantee of Directive 96/71/EC. To this end, it is described case law that has interpreted administrative rules on the light of art. 56 TFEU. Such case law is put in relation with the content of the Spanish standard in relation to: the obligations of (a) declaration and registration; (b) have a representative in the national territory; and (c) preservation of documents; (d) also describing additional obligations in the construction sector.

If ECJ had chosen to develop Wolff doctrine, the application of guarantee measures would have had had full legal coverage. However, the reversal of that doctrine operated in Commission against Luxembourg (C-319/06) and Commission against Germany (C-490/04) –where the CJEU avoids using the provisions of Article 5 of Directive 96/71 / CE as qualifying title of the state intervention in control– makes it necessary for national labor legislation, which imposes limits on the transnational subcontracting of services, to be in line with Article 56 TFEU.

This legal context in which Directive 2014/67/EC is inserted. This Directive plays the role of establishing the administrative requirements that may be imposed on external operators, acting as a «maximum» standard. This is to avoid, in the words of the ECJ, «disproportionate» procedures for the control of compliance with labor legislation. The principle of Community proportionality thus acts in case law and in Directive 2014/67/ EU (recitals 4, 36, 47, 50 and Articles 9.1, 9.2, 9.3, 10.2, 12.1, 12.4, 12.6 and 17) as a control parameter of the adaptation of the state norms to the principle of removal of non-tariff barriers (BNA).

Member States should prioritize *ad hoc* and *a posteriori* controls over prior controls and authorization systems. Such alternative, in addition to transferring the economic and administrative burdens to the State, has lower effectiveness than national provisions that can prevent with a general scope the risks associated with triangular employment relationships -where it is difficult to prevent the interposition phenomena and the transfer of workers by «mailbox companies».

Finally, a critical analysis is developed regarding the inadequacies of the transposition of Directive 2014/67/ EU on occupational health matters. Thus, according to art. 9.3 of

Directive 2014/67/ EU, nothing in this article shall affect the other obligations arising from Union legislation, including those arising from Council Directive 89/391/ EEC, provided that the latter are equally applicable to companies established in the Member State concerned and which are justified and proportionate. This provision is included in literal terms in the eighth additional provision of Law 45/1999, however, the State's obligation to ensure compliance with such regulations does not become effective. Excessive regulatory prudence leads the Spanish legislator not to raise the requirement to accredit beforehand the compliance with health and safety regulations, at least, in accordance with the law of the State of origin. The CJEU has admitted that the State of destination requires the level of protection established in its legislation. In fact, the protection of occupational health has been established by the Court of Justice as an exception also in the case of labor administrative requirements, based on direct application of the principles of Directive 89/391/ EC. The protection of fundamental rights constitutes a legitimate interest that can justify a restriction on the obligations imposed by Union law, «including by virtue of a fundamental freedom guaranteed by the Treaties, such as the freedom to provide services». Thus, as stated by the Court of Justice, protection of safety and health of workers at work cannot be subordinated to considerations of an economic nature.

Keywords: Directive 2014/67/EU, Free movement of workers, Freedom to provide services, Principle of elimination of NTBs, Social dumping, Administrative labor law, Community social law.

Las relaciones colectivas de trabajo en el Derecho Internacional Privado*

The collective labour relations in Private International Law

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO**

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones de trabajo plurilocalizadas y las dificultades que éstas plantean desde la perspectiva de la determinación del foro competente como de la legislación aplicable, han venido siendo objeto de atención desde antiguo, tanto por parte de la doctrina laboralista como de la internacional privatista. Si bien ello es así, podemos decir que, en general y en la mayor parte de las ocasiones, las aproximaciones realizadas se abordan desde la perspectiva de los litigios derivados de la relación individual de trabajo, siendo prácticamente residuales –cuantitativamente hablando– los análisis que se refieren a la vertiente colectiva de nuestra disciplina¹. Algún autor ha justificado esta

diferencia de trato en que el número de litigios conectados con dos o más ordenamientos jurídicos y anudados a la vertiente individual superan exponencialmente a las que se producen con respecto al marco de la vertiente colectiva de trabajo². Y sin descartar, obviamente, que ésta pueda ser una buena razón para justificar un mayor interés de los investigadores en el análisis de los conflictos plurilocalizados derivados del contrato de trabajo, es posible también que la práctica ausencia

* Trabajo realizado en el contexto del Proyecto Grupos EHU15/04 sobre «Derecho transnacional del Trabajo y Transporte» cuya IP es la que esto suscribe.

** Profesora T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco. Euskal Herriko Unibertsitatea.

¹ Lo que no ha de significar que no existan obras sobre el particular de enorme relevancia, tales como, el estudio ya clásico de RODIERE, P: *La Convention collective de travail en droit international. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Litec editorial, Université de Bourgogne, 1987 o el trabajo mucho más reciente dirigido por DORSSEMONT, F; JASPERS, T y VAN HOEK, A: *Cross-border collective actions in Europe: A legal challenge. A study of the legal as-*

pects of transnational collective actions from a Labour Law and Private International Law perspective, Intersentia editorial, Antwerpen-Oxford, 2007. A su vez, y por citar, alguna obra más reciente, *vid.* en nuestra doctrina, SERRANO GARCÍA, M^aJ: *Competencia judicial internacional y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales*, editorial Reus, Madrid, 2011, pp. 126 y ss, donde se encarga de analizar las cuestiones colectivas y el DIP. LAURICHESSE, C: *La Grève en droit international privé*, Tesis doctoral 2014, Université de Bourgogne, HAL Id: tel-01219460, que puede consultarse en línea en <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01219460/document>.

² Así lo ha señalado KREBBER, S quien además añade, como motivo o razón para esa relativa desatención lo siguiente «Whereas the rules of private international law in collective employment matters often are less clear» en «Conflict of laws in employment in Europe», *Comparative labour law and policy journal*, vol. 21, 2000, p. 503. También hay quien ha señalado que «Pour le praticiens du droit social les aspects collectifs constituent un angle d'attaque peu habituel pour aborder le problème des relations internationales de travail», NICOLAS, J: «Détachement, expatriation et relations collectives de travail», *Droit social* n° 11, 1991, p. 856.

de instrumentos *ad hoc* que regulen las distintas cuestiones que afectan a los litigios conectados con más de un ordenamiento jurídico desde el área colectiva de las relaciones de trabajo, amén del marcado carácter territorial y de orden público anudados a la regulación de las relaciones colectivas, sean otros de los motivos fundamentales que permiten justificar la premisa supra realizada.

Lo anterior, obviamente, no significa que no existan supuestos litigiosos conectados con más de un ordenamiento jurídico relativos a la vertiente colectiva del Derecho del Trabajo. De hecho y siguiendo ya un estudio clásico en la materia firmado por Morgenstern en 1987³, se habrían enunciado hasta cuatro bloques que bajo la denominación de «*relaciones obrero-patronales en Derecho Internacional Privado*» pueden dar lugar a la aparición de esta tipología de contrastes y sobre los que, en mayor o en menor medida, focalizaremos el presente trabajo. Así, y de acuerdo con el texto apenas mencionado, los bloques a los que se ha hecho referencia serían los siguientes: los conflictos anudados a las organizaciones de empresarios y de trabajadores; los convenios colectivos, la representación y participación de los trabajadores en la empresa y los conflictos colectivos. En otras palabras, las cuestiones relativas a los conflictos de leyes y de jurisdicciones que, en este ámbito, pueden surgir son muchas y variadas, en tanto que referidas a las diversas manifestaciones sobre las que planea la autonomía colectiva, esto es, la capacidad de auto-organización, de autorregulación o de auto-tutela de los agentes sociales. Y estas manifestaciones, a su vez, dan lugar a litigios derivados, entre otros, de la identificación de la Ley que rige la capacidad de las instituciones representativas sindicales o legales de los trabajadores, la determinación de la ley aplicable a los requisitos para el establecimiento de sistemas de participación en la empresa, la

constitución de sindicatos, las condiciones del ejercicio del derecho a la huelga o de otras medidas de conflicto colectivo, la articulación de la negociación colectiva, etc.

De entre todos los aspectos enumerados y anunciados, mi intención en estas páginas no es volver sobre los diversos métodos para la elección de la ley aplicable que distintos autores han venido propugnando para dar solución a este tipo de controversias, dado que ya me he pronunciado sobre éstos en algún que otro momento con anterioridad⁴. Es por ello, que, en realidad, y dado el carácter limitado de una contribución de estas características, prefiera optar por analizar dos cuestiones que me parecen especialmente relevantes en el contexto de la temática objeto de estas páginas. Así, por una parte, es intención de quien esto suscribe hacer referencia a los problemas que desde la perspectiva de la competencia judicial y de la ley aplicable originan los denominados como Acuerdos Marco Internacionales (en adelante AMI), en la medida en que son instrumentos negociados entre una empresa multinacional y una federación sindical mundial, y que, como tales impactan sobre las condiciones laborales de trabajadores que desempeñan su actividad en diversos países; por lo que —obviamente— ante el incumplimiento de alguno/s de sus contenidos, puede originar la necesidad de determinar ante qué jurisdicción se debe plantear la eventual controversia surgida a propósito de esta tipología de instrumentos negociados a nivel supranacional, así como qué legislación sería la aplicable para la resolución de aquéllos. Por su parte, y en el mismo contexto, debemos tener en cuenta que, en la mayor parte de esta tipología de acuerdos, se establece el recurso a mecanismos extrajudiciales de conflicto para resolver los eventuales problemas interpretativos y/o aplicativos que

³ MORGENSTERN, F: *Conflictos internacionales de derecho laboral: investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pp. 135 y ss.

⁴ FOTINOPOULOU BASURKO, O: *La determinación de la Ley aplicable al contrato de trabajo internacional (estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2006.

podrían surgir de aquéllos⁵. Y si tomamos en consideración que sobre el particular existe una diversidad de regulaciones nacionales que se aproximan a este tipo de mecanismos de manera diferenciada (en algunos Estados este tipo de procedimientos son de carácter obligatorio, mientras que en otros son de carácter voluntario), lo cierto es que, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado (en adelante DIP), las interrogantes están más que servidas⁶.

Y de manera paralela a lo apenas planteado, el segundo de los bloques que, a continua-

⁵ En la siguiente página web pueden consultarse los Acuerdos Marco Internacionales suscritos por empresas españolas: http://diarium.usal.es/rse_multinacionales/acuerdos-marco-internacionales/. Como es visible, y si se consulta de manera pormenorizada cada AMI, se verá que se recogen cláusulas para facilitar la resolución de conflictos a través de fórmulas extrajudiciales, lo que en algún caso lleva incluso a que las partes acuerden no judicializar el conflicto (AMI Codere).

⁶ Si bien es cierto que en este trabajo no nos detendremos de manera pormenorizada en los posibles problemas conflictuales que pudieran presentarse en relación con los medios alternativos de resolución de conflictos, debe señalarse que al respecto se ha dicho que «no parece que los medios pacíficos de resolución de conflictos colectivos planteen serias cuestiones de Derecho Internacional Privado» (MORGENSTERN, F: Conflictos internacionales de Derecho laboral..., *op. cit.* p. 161). No obstante, y a mi parecer si es probable que se establezcan diversas cuestiones de Derecho internacional privado del trabajo cuando el recurso a estos procedimientos sea de carácter obligatorio en un Estado, pero pueda no serlo en otro; o bien, cuando los mecanismos de arbitraje, conciliación y mediación se hayan establecido en el convenio colectivo que resulte de aplicación o en otro tipo de acuerdos establecidos entre las partes. Naturalmente, en la primera de las posibles situaciones apuntadas la solución conflictual recae directamente en la cuestión general de la determinación de la Ley que rige la relación de trabajo de que se trate, y en el segundo de los casos, la solución se determinaría a partir del esclarecimiento de la Ley aplicable a los convenios colectivos o a los acuerdos en su caso, de tal modo que la problemática resultante entronca directamente con la cuestión general que en este trabajo se trata de mostrar. En este sentido, este tipo de controversias pueden alcanzar cotas importantes cuando, como es el caso de EEUU, es posible que las empresas puedan exigir unilateralmente a los empleados no sindicados que renuncien al derecho a reparación judicial, siendo su única alternativa precisamente la del recurso a los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos, en ZACK, A.M: «Procedimientos alternativos de resolución de conflictos laborales», *Revista Internacional de Trabajo*, vol. 116, n° 1, 1997, p. 109.

ción, pretendo desarrollar en estas páginas es el relativo a las dificultades que desde la perspectiva del DIP origina la posibilidad de ejercer acciones colectivas transnacionales y, en particular, de ejercer el Derecho a la huelga; no en vano, ésta permite abordar dos cuestiones básicas derivadas –ambas– del problema de la calificación jurídica que desde la perspectiva del DIP se otorgue a la huelga, tales como –en primer lugar– la determinación de la ley aplicable a la licitud o ilicitud de la huelga, así como de la legislación aplicable a las consecuencias potenciales que el ejercicio del Derecho de huelga transnacional pueda plantear para los sujetos colectivos que han convocado ésta. Estas reflexiones tienen por finalidad, fundamentalmente, las de determinar si la calificación como delictual o cuasi delictual realizada por el TJUE en el conocido caso Torline del año 2004⁷ desde la perspectiva del Forum y, posteriormente, incorporada al Reglamento Roma II⁸, es la que mejor se adapta a la realidad de un fenómeno tan complejo como éste, sobre todo cuando, en primer lugar, la huelga transnacional puede ser una respuesta colectiva para mostrar el desacuerdo con respecto al contenido de un AMI, por ejemplo; o, cuando –en segundo lugar– el ejercicio del Derecho a la huelga transnacional puede impactar en los contratos de trabajo de los huelguistas, siendo ambos supuestos calificados como contractua-

⁷ C-18/02. Para profundizar sobre el asunto concreto, consúltese CHAUMETTE, P: «Fragment d'un droit des conflits internationaux du travail? CJCE 5 février 2004, DFDS Torline, aff. C-18/02», *Droit Social* 2005, pp. 295-302; FOTINOPOULOU BASURKO, O: «Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad sindical por conflicto entablado frente a empresario marítimo», *Revista de Derecho Social* n° 26, 2004, pp. 99-114. También, PATAUT, E: «De la juridiction competente pour juger de la légalité d'une grève internationale», *Revue critique de droit internationale privé* 2004, pp. 791 y ss. Asimismo y del mismo autor, «La grève dans les rapports internationaux de travail: question de qualification», *Droit Social* 2005, pp. 303-310. Comentado brevemente por CHAUMETTE, P: «Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises», *Droit Social* n° 2, 2008, pp. 210-220.

⁸ Reglamento (CE) n° 864/2007, del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. DOUE L199, de 31 de julio de 2007.

les a efectos tanto del Reglamento Bruselas I bis⁹, como del Reglamento Roma I¹⁰, por lo que quizá sería oportuno reflexionar acerca de si el conjunto del sistema por lo que respecta a las cuestiones aquí anunciadas es coherente o si, por el contrario, sería necesario abordar una reflexión más sosegada por lo que respecta a la aplicación de estos instrumentos jurídicos a las relaciones colectivas de trabajo en aras a buscar soluciones específicas y homogéneas entre sí.

2. LOS ACUERDOS MARCO INTERNACIONALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Los Acuerdos marco internacionales o globales pueden definirse como acuerdos firmados entre un sindicato mundial y una empresa multinacional con el fin de establecer mecanismos que permitan el cumplimiento de los estándares laborales mínimos en todas las plantas que esa empresa posea en el mundo, y muchas veces también en las empresas sub-contratistas y tercerizadas. Sobre este producto del diálogo social transnacional existe una vasta literatura¹¹,

⁹ Reglamento UE nº 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (refundido) sobre competencia judicial internacional y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE nº 351, de 20 de diciembre de 2012).

¹⁰ Como es visible, en estas páginas no se tratarán cuestiones relacionadas ni con los eventuales problemas que a título individual pudieran surgir, por ejemplo, del incumplimiento del contenido de los Acuerdos AMI o incluso, también, de las consecuencias que el ejercicio de una huelga transnacional declarada ilícita pudiera tener sobre el contrato de trabajo de un trabajador que ha participado en dicha acción colectiva.

Sobre los AMI, existe una enorme literatura, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras. Así, podemos citar entre otras obras monográficas dedicadas a la cuestión: PAPADAKIS, K (ed.): *Cross-border social dialogue and agreements*, ILO, Ginebra, 2008. EVEN, S: *Transnational collective bargaining in Europe: a proposal for a European regulation on transnational collective bargaining*, Den Haag, Boom, 2008. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De la condicionalidad social a los acuerdos marco internacionales: sobre la evolución de la responsabilidad social empresarial*, Thom-

son Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012. CORREA CARRASCO, M: *Acuerdos Marco Internacionales: de la Responsabilidad social empresarial a la autonomía colectiva transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. CANALDA CRIADO, S: *Acuerdos Marco Transnacionales y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. Por su parte, y ya en cuanto a artículos doctrinales, *inter alia*: HAMMER, N: «International Framework Agreements: global industrial relations between rights and bargaining», *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 11, Nº. 4, 2005, pp. 511-530. BAYLOS GRAU, A.P: «Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica», *Lan Harremanak: revista de relaciones laborales* nº 12, 2005, pp. 103-138. PAPADAKIS, K: «Investigaciones sobre el diálogo social transnacional y los acuerdos marco internacionales», *Revista internacional del trabajo*, Vol. 127, Nº 1, 2008, págs. 109-116. SCHÖMANN, I; SOBZACK, A, VOSS, E & WILKE, P: «International framework agreements: new paths to workers' participation in multinationals' governance?», *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 14, nº. 1, 2008, pp. 111-126. MORENO, E: «International framework agreements: a stepping stone towards the internationalisation of industrial relations?», *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 14, nº. 2, 2008, pp. 379-380. SCHÖMANN, I; SOBZACK, A, VOSS, E & WILKE, P: «International framework agreements: new paths to workers' participation in multinationals' governance?», *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 14, nº. 1, 2008, pp. 111-126. MORENO, E: «International framework agreements: a stepping stone towards the internationalisation of industrial relations?», *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 14, nº. 2, 2008, pp. 379-380. TELLOHANN, V; DA COSTA, I; MÜLLER, T; REHFELDT, U & ZIMMER, R: «European and international framework agreements: new tools of transnational industrial relations», *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 15, nº. 3-4, 2009, pp. 505-525. PÉREZ YÁÑEZ, R.M: «Los acuerdos marco internacionales como experiencias de la negociación colectiva transnacional», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (Coord.): *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Ediciones Cinca, Madrid, 2010, pp. 463-486. SOLER ARREBOLA, J.A: «Estructura y contenido de los acuerdos marco internacionales del sector del metal» en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (Coord.): *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Ediciones Cinca, Madrid, 2010, pp. 488-507. CEINOS SUÁREZ, A: «Contenidos de los acuerdos marco internacionales: los derechos y principios fundamentales de carácter laboral» en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (Coord.): *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Ediciones Cinca, Madrid, 2010, pp. 513-524. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A: «La eficacia de los acuerdos marco internacionales: implementación y control» en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (Coord.): *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad,*

donde se abordan fundamentalmente cuáles

nuevas tecnologías y globalización, Ediciones Cinca, Madrid, 2010, pp. 547-575. DROUIN, R-C: «Promoting Fundamental Labor Rights Through International Framework Agreements: Practical Outcomes and Present Challenges», *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 31, n.º. 3, 2010, pp. 591-631. FICHTER, M; HELFEN, M. & SCHIEDERIG, K: «Si può organizzare la solidarietà internazionale a livello aziendale?: La prospettiva degli International Framework Agreements (IFA)», *Sociologia del lavoro*, n.º 123, 2011, pp. 97-116. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J: «Los sujetos protagonistas de los acuerdos marco internacionales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º. 28, 2012. GOLDMAN, A.L: «Enforcement of international framework agreements under U.S law», *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 33, n.º. 4, 2012, pp. 605-634. STEVIS, D. & FICHTER, M: «International framework agreements in the United States: Scaping, projecting, or globalizing social dialogues», *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 33, n.º. 4, 2012, pp. 667-690. HENNEBERT, M-A; FAIRBROTHER, P. & LÉVESQUE, C: «The mobilization of international framework agreements: A source of power for social actors?», *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 33, n.º. 4, 2012, pp. 691-713 KRAUSE, R: «International framework agreements as instrument for the legal enforcement of freedom of association and collective bargaining? The german case», *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 33, n.º. 4, 2012, pp. 749-773. NIFOROU, C: «Shaping Global Industrial Relations: The Impact of International Framework Agreements», *Industrial & labor relations review*, Vol. 66, n.º 3, 2013, pp. 725-726. CURTIN, D: «Official secrets and the negotiation of international agreements: is the EU executive unbound?», *Common market law review*, Vol. 50, n.º 2, 2013, pp. 423-457. DEHNEN, V: «Transnational Alliances for Negotiating International Framework Agreements: Power Relations and Bargaining Processes between Global Union Federations and European Works Councils», *British journal of industrial relations*, Vol. 51, n.º. 3, 2013, pp. 577-600. MAIRA VIDAL, M.M: «Los acuerdos marco internacionales: sentando las bases de la negociación colectiva de ámbito supranacional», *La harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.º 30, 2014, pp. 137-162. SOLER ARREOLA, J.A: «Los acuerdos marco internacionales suscritos por empresas españolas: encuadramiento y caracterización general» en SANGUINETY RAYMOND, W (Dir): *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española: una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Ediciones Cinca, 2014, pp. 155-180. WILLIAMS, G.; DAVIS, S.J & CHINGUNO, C: «Subcontracting and Labour Standards: Re-assessing the Potential of International Framework Agreements», *British journal of industrial relations*, Vol. 53, n.º. 2, 2015, pp. 181-203. NIETO ROJAS, P: «Los acuerdos marco internacionales como una manifestación de la negociación colectiva en red», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 26, 2017, págs. 67-76.

son sus características y contenidos, amén de reflexionar sobre el papel o rol que estos instrumentos negociados ocupan en la construcción de un diálogo social a nivel internacional. Como es lógico, nuestro interés en estas páginas es distinto al apenas mencionado, por lo que, en primer lugar –y como es lógico– deviene imprescindible, en atención al objetivo marcado en esta contribución, abordar la calificación jurídica que estos acuerdos pueden tener desde la perspectiva de los instrumentos de DIP, ya sea a efectos del Forum, como del Ius. En otras palabras, determinar si un AMI puede considerarse como materia civil o mercantil a efectos de la aplicación ya sea, en primer lugar, del Reglamento Bruselas I bis, como de Roma I después, es básico para poder enfrentarnos con posterioridad –y en caso afirmativo– a los puntos de conexión y criterios conflictuales que son de aplicación, de acuerdo a los instrumentos normativos apenas anotados.

2.1. La calificación jurídica de los Acuerdos Marco Internacionales: ¿son materia civil y mercantil a efectos del Reglamento Bruselas I bis y Roma I? ¿Y materia contractual?

Siendo plenamente consciente de la enorme controversia que puede suponer la calificación de esta tipología de acuerdos como «contratos», tanto en los países cuyo sistema de negociación colectiva está amparado constitucionalmente como en los supuestos en los que ello no es así, es evidente la existencia de una enorme resistencia a entender aplicable tanto el Reglamento Bruselas I bis, como –en su caso– Roma I, a semejantes productos del diálogo social transnacional¹². Sin embargo, y sin perjuicio de lo apenas reseñado, lo cierto

¹² Vid. por ejemplo, el trabajo del Prof. BAYLOS, A: «Códigos de conducta y Acuerdos-Marco de empresas globales...», loc. cit. pp. 131 y ss, donde aborda dicha cuestión, si bien sin analizar la aplicabilidad del entonces Reglamento Bruselas I, que descarta, para intentar un análisis y estudio sobre el eventual conoci-

es que no podemos descartar esta idea o posibilidad, dado que en esta sede debemos recordar que el concepto de «contrato» empleado por los dos instrumentos de DIP apenas mencionados, así como de cualquier otro concepto regulado en el Derecho de la UE depende de una calificación «autónoma» e independiente con respecto de lo que a tal fin dispongan los Derechos nacionales de los Estados miembros, incluido el nuestro. De este modo, determinar si un eventual litigio surgido a partir del incumplimiento de alguno de los contenidos de los AMI podría precisar la determinación del foro competente y/o de la legislación aplicable a partir de esos instrumentos, queda ligado –por mucho que para cualquier laboralista pueda parecer una «aberración»– a la consideración de la citada controversia como «materia civil o mercantil», en primer lugar y, con posterioridad, a su calificación o no como obligaciones contractuales; nociones ambas a las que los instrumentos de DIP europeos se refieren a efectos de su aplicabilidad.

En este sentido, y por lo que respecta a la consideración de un AMI como materia civil o mercantil a los efectos de Bruselas I bis y/o Roma I, lo cierto es que existirían dos argumentos favorables a la consideración como tales de esta tipología de Acuerdos. Así, por una parte, y de acuerdo a los Informes Jenard y Giuliano/Lagarde redactados a propósito de los antecedentes de ambos instrumentos normativos, esto es, el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional en materia civil y mercantil y el Convenio de Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma en 1980, respectivamente; la intención de sus redactores no era otra que la de establecer un ámbito de aplicación sumamente amplio, ya que de hecho, ni tan siquiera en los debates llevados adelante para la adopción, por ejemplo, del Convenio Bruselas de 1968 se quiso precisar qué debía entenderse por tales materias, descartando además la inclusión de alguna

norma destinada a resolver este problema de calificación previa con la finalidad de superar las diferencias regulatorias que los distintos sistemas nacionales contemplan a tales efectos y con el fin de atraer el máximo de litigios posibles bajo su ámbito de aplicación¹³. Es por esta razón que, en realidad, los litigios considerados como materia civil o mercantil se articulan en función de lo dispuesto en el art. 1 de ambos instrumentos jurídicos, esto es, en atención –a sensu contrario– de las materias excluidas de sus respectivos ámbitos de aplicación. De este modo, y siguiendo lo dispuesto en el art. 1.2 Reglamento Bruselas I bis, son materias excluidas de su ámbito de aplicación, en lo que aquí interesa, las cuestiones relativas a la seguridad social, así como al arbitraje¹⁴; cuestión esta última que como es obvio originaría la inaplicabilidad de este instrumento jurídico a las cláusulas contenidas en algunos AMI que optan por el arbitraje en caso de que surgiera alguna discrepancia en cuanto a su contenido. Y del mismo modo que para Bruselas I bis, el Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación (art. 1.2) una serie de materias, similares a las apenas reseñadas para el campo del Forum, si bien incorpora –en el listado de exclusiones– algunas otras materias interesantes para nuestro campo de estudio, tales como, por ejemplo, todas las cuestiones atinentes a las personas jurídicas, como la constitución, la capacidad jurídica de éstas, su funcionamiento interno, etc., que si bien tendrían interés desde la perspectiva de la configuración de un sindicato y de su estructura y funcionamiento internos, no afectarían a los productos que eventualmente éstos pudieran negociar por sí mismos

¹³ En este contexto, se recomienda la consulta de ambos informes, que pueden encontrarse, por lo que respecta al Informe Jenard, en la siguiente página web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1990:189:FULL&from=ES> (última consulta el 1 de octubre de 2017) y por lo que atiene al Informe Giuliano/Lagarde en el siguiente enlace: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31980Y1031(01)) (última consulta de la misma fecha).

¹⁴ El resto de materias excluidas hacen alusión a la capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales, quiebra y concurso, alimentos y sucesiones.

miento por parte de nuestros tribunales de litigios derivados del incumplimiento de estos instrumentos vía art. 25.2 LOPJ.

o a través de una federación internacional, ni de los conflictos que –por ende– pudieran surgir a propósito de su inaplicación y/o incumplimiento. En consecuencia, y si desde la perspectiva del ámbito de aplicación de los citados instrumentos, no se produce la exclusión del Derecho del Trabajo (algo que, por otra parte es claro con respecto al contrato de trabajo), ni tampoco los AMI se encuentran entre las materias allí excluidas; debe entenderse –a sensu contrario, como digo– que estos acuerdos quedan incluidos dentro de la consideración autónoma de «materia civil y mercantil» que los instrumentos de DIP europeos manejan a efectos de su aplicabilidad.

Pero es que, además de lo anterior, y tal y como hemos referido líneas más arriba, el TJUE ha tenido ya la ocasión de conocer y reconocer la aplicabilidad del Reglamento Bruselas I a cuestiones directamente ligadas con las relaciones colectivas de trabajo, tal y como ha sucedido en el caso *Torline* del año 2004 donde, como es bien sabido, el TJUE aplicó el foro en materia delictual o cuasidelictual contenido en el Reglamento de Bruselas a un supuesto reclamación por daños derivado de conflicto colectivo entablado frente a un empresario marítimo. A su vez, y ya si se quiere de manera indirecta, algo parecido sucedió con respecto a los célebres casos *Viking Line* o *Laval* (2007) y también *Fonnship* (2014)¹⁵. De este modo, y sin perjuicio de que las insti-

tuciones comunitarias no tengan competencia para regular las cuestiones relacionadas con la vertiente colectiva de nuestra disciplina, no es menos cierto que debemos prestar atención a la labor desarrollada por el TJUE en estos supuestos, dado que a través de estos pronunciamientos, que –insisto– abordan de manera directa o indirecta aspectos relacionados con la competencia judicial internacional y ley aplicable a las acciones colectivas transnacionales, se está dando carta de naturaleza a su consideración como materia civil o mercantil a los efectos de la aplicabilidad de Bruselas I bis y Roma I¹⁶. Y si ello es así, entiendo que no existe motivo o razonamiento alguno para que algo similar y/o idéntico pudiera ocurrir con respecto a los litigios nacidos a partir de los AMI¹⁷.

Una vez delimitado el alcance de la noción «materia civil o mercantil» a efectos de la inclusión de los AMI bajo tal consideración, conviene adentrarse en el asunto más espinoso de todos, al que nos hemos referido al comienzo de este epígrafe. Y es que considerar a los AMI

¹⁵ Sobre este asunto, CHAUMETTE, P: «L'armateur communautaire, bénéficiaire de la liberté de prestation de services», *Neptunus, e.revue*, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, vol. 20, 2014/3, www.cdmo.univ-nantes.fr. Por su parte, se desea hacer constar que además de los litigios supra mencionados, existe algún otro, más reciente, en el que el Tribunal de la EFTA se enfrenta a un caso semejante, en la medida en que nos encontramos ante una acción de boicot por parte de un indicato noruego contra una promotora de carga noruega, enteramente controlada por una sociedad danesa, con el fin de forzar la aplicación de un convenio colectivo noruego que regula la prioridad en el empleo de estiba y desestiba en los puertos de dicho país. Tribunal de Justicia del EFTA de 19 abril 2016, E-14/15, *Holship Norge*. Un comentario a la misma, CHAUMETTE, P: «La priorité d'emploi des dockers soumise au droit AELÉ de la concurrence», *Droit Social* n° 10, 2016, pp. 845-859.

¹⁶ En todo caso, parece oportuno señalar en esta sede que la opinión supra mantenida no es coincidente con algún pronunciamiento vertido por la Commercial Court, High Court of Justice inglesa, en el caso *British Airways Plc, International Consolidated Airlines Group S.A vs Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas y The International Federation of Airlines Pilots Association*, cuya referencia es: [2013] EWHC 1657 (Comm) de 26 de abril de 2013. En este caso, se solicitaba al citado tribunal que asumiera la competencia judicial internacional en un supuesto donde los primeros demandan por daños al sindicato SEPLA derivados de una acción colectiva (huelga) en atención a los arts. 49 a 56 TFUE y el citado tribunal desestima la demanda porque, entre otras cosas, entiende que estas materias no entran a formar parte de la consideración «civil o mercantil» a efectos de la aplicación del Reglamento de Bruselas, puesto que considera que se trata de una acción colectiva basada en normas de derecho público que, per se, excluiría la consideración de litigio privado al que se refieren, de manera diferenciada, tanto el instrumento relativo al Forum, como por extensión, al lus.

¹⁷ En términos similares se pronuncia, VAN HOEK, A.H: *Finding a legal framework for transnational collective agreements through international private law*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper N° 2016-12, Universidad de Amsterdam.

como «obligaciones contractuales¹⁸» a los efectos de la aplicabilidad de los instrumentos de DIP mencionados hasta la sociedad, puede y seguramente levante ampollas, sobre todo en la doctrina laboralista. Como es lógico, y sin desconocer la naturaleza y los efectos jurídicos que para nosotros ostenta un producto de la negociación colectiva a nivel interno, no podemos trasladar *mutatis mutandi* nuestra concepción interna a los AMI, ni tampoco –por ende– asimilar la noción de contrato a nivel interno a lo que por tal se entienda a efectos de Bruselas I bis o Roma I¹⁹; algo sobre lo que –por otra parte– el TJUE ya ha tenido la ocasión de pronunciarse²⁰. Y en este contexto, se

¹⁸ Por supuesto, otro problema añadido sería la distinción entre materia contractual y extracontractual. Sobre el particular, CEBRIÁN SALVAT, M.ª A: «Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: Distinción entre materia contractual y extracontractual», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, nº 2, pp. 315-329

¹⁹ Soy plenamente consciente que la calificación jurídica contractual que utilizan los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I persiguen objetivos diferentes. No obstante, y a pesar de ello, entiendo también que a pesar de la inexistencia de una vinculación automática en cuanto a la calificación jurídica de las nociones y de los criterios conflictuales y puntos de conexión que se manejan en uno y otro bloque normativo, no es menos cierto que junto con la petición de uniformidad interpretativa entre ambos instrumentos jurídicos y que se ha venido haciendo a nivel doctrinal, es el propio TJUE el que lo ha hecho como máximo intérprete del Derecho de la UE. Y ello se ha producido, sin ir más lejos, por lo que atiene a los conflictos y litigios derivados del contrato de trabajo plurilocalizado, siendo el exponente más reciente de esta realidad, la sentencia del TJUE, de 14 de septiembre de 2017 (Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16), Casos Sandra Nogueira y otros / Crewlink Ltd y Miguel José Moreno Osácar / Ryanair) respectivamente.

²⁰ Véase, por ejemplo, el considerando 22 de la Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 2004, Asunto C-265/02, caso Frahuil SA y Assitalia SpA, donde señala expresamente lo siguiente: «Según reiterada jurisprudencia, el concepto de «materia contractual» debe ser interpretado de manera autónoma, refiriéndose principalmente al sistema y a los objetivos del Convenio, para garantizar la aplicación uniforme de éste en todos los Estados contratantes; por ello, este concepto no puede entenderse como una remisión a la calificación dada por la ley nacional aplicable a la relación jurídica que es objeto de debate ante el órgano jurisdiccional nacional (véanse, entre otras, las sentencias de 17 de junio de 1992, Handte, C-26/91, Rec. p. I-3967, apartado 10; de 27 de octubre de 1998, Réunion européenne y otros, C-51/97, Rec. p. I-6511, apartado 15; de 17 de septiembre de 2002, Tacconi, C-334/00, Rec. p. I-7357,

ha de señalar que sobre este particular ya se ha indicado que se considerarán como materia contractual todas las acciones que deriven de un «compromiso libremente asumido por una parte frente a otra²¹». En consecuencia, para que una acción se considere como contractual han de reunirse dos requisitos: el primero, que exista un «compromiso libremente asumido por una parte frente a otra» y segundo, que la acción que se ejercita «derive» de dicho compromiso. En otras palabras, si para la consideración de un acto como contrato a los efectos de los instrumentos anotados, basta simplemente con que el Acuerdo en cuestión (también los AMI) contengan obligaciones voluntariamente asumidas por las partes que lo suscriben, con independencia –dado que aquí no se exige– de la posición que a efectos legales tengan los representantes de los trabajadores que suscriben esta tipología de acuerdos transnacionales, ha de concluirse este apartado señalando la aplicabilidad de los instrumentos antes-citados a esta tipología de acuerdos nacidos del diálogo social transnacional²².

apartado 19, y de 1 de octubre de 2002, Henkel, C-167/00, Rec. p. I-8111, apartado 35)».

²¹ Así lo ha afirmado en las sentencias STJCE Jakob Handte vs. Mecano-Chimoques, Recopilación, 1992, pp.3967-399; STJCE de 27 de octubre de 1998, asunto C-51/97, Réunion européenne SA y otros vs. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV, Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002», Recopilación, 1998.

²² Lo que no significa que no estemos ante una tarea harto complicada en función de cada caso particular, tal y como se afirma en el documento COM (2008) 419 final, The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration, donde expresamente se indica que: «Nonetheless, in cases where a signatory party, employee, local employer or third party seeks to have rights under transnational texts recognised by the courts, the situation as determined by the rules of international private law is particularly complex and unclear today». Por su parte, y en esta sede, remito a los que se encuentren interesados en esta materia, a consultar el Informe final dirigido por VAN HOEK, A & HENDRICKX, F: *International private law aspects and dispute settlement related to transnational company agreements*, de 20 de octubre de 2009, que pueden consultar en <https://www.google.es/search?source=hp&eq=International+private+law+aspects+and+dispute+settlement+related+to+transnational+company+agreements&toq=International+pri->

2.2. La aplicabilidad del Reglamento Bruselas I bis a los Acuerdos Marco Internacionales

Habiendo despejado la primera gran duda con respecto a la temática que aquí nos proponemos desarrollar, esto es, la de la aplicabilidad de los instrumentos de DIP europeos a los AMI, es el momento de adentrarse en la determinación del foro competente para el conocimiento de un eventual litigio nacido de la inaplicación o del incumplimiento de los contenidos recogidos en un acuerdo de esta naturaleza. Y sin descuidar, bajo ningún concepto, que se trata de una materia compleja y harto controvertida, es mi intención señalar a continuación y a grandes rasgos, cuáles serían –a mi parecer– el juego de foros que podrían tener cabida en este caso. Así, lo que primero se ha de señalar es que la sección 5ª del Reglamento Bruselas I bis no tiene cabida para resolver un supuesto de esta naturaleza, ya que como es sabido, se refiere a los litigios derivados del contrato individual de trabajo. Es por esta razón que a efectos del *forum* se habrá de recurrir a los foros, ya sea el foro general del domicilio del demandado, por una parte, así como –por otra– al resto de criterios o puntos de conexión contenidos en el Reglamento Bruselas I bis, ya sea en primer lugar ante el foro de sumisión expresa y/o tácita (arts. 25 y 26 Reglamento Bruselas I bis) o también, ante el foro en el art. 7.1.a) Reglamento Bruselas I bis, esto es, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda o también recurriendo al foro por conexión, hoy contenido en el art. 8.1 del Reglamento Bruselas I. De este modo, y por lo que se refiere al foro general del domicilio del demandado, la elección de foro dependerá del demandante, quien podrá litigar –siempre que no mediara sumisión expresa (incluida en

el clausulado del AMI) o tácita y se cumplieran todos los requisitos expresados por ambas normas, ante los tribunales del país donde se sitúe bien el establecimiento principal de la multinacional o bien ante los órganos jurisdiccionales del país donde se sitúe la filial de la citada multinacional, siempre en atención a lo expresado en el art. 63 en relación con la determinación del domicilio de las personas jurídicas. Por su parte, entiendo también que el foro por conexión puede tener aquí una enorme operatividad, en la medida en que ello posibilitaría que se pudiera demandar conjuntamente a la multinacional tanto ante su sede central como ante cualquiera de sus filiales.

2.3. Problemática en cuanto a la determinación de la ley aplicable a los Acuerdos Marco Internacionales

Por lo que atiene a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable a los AMI, se ha de señalar, al igual que acaece en el caso anterior, que para su concreción debemos recurrir a los criterios conflictuales generales establecidos en el Reglamento Roma I y no a la disposición específica contenida en éste para los contratos de trabajo. De este modo, y en primer lugar, si las partes firmantes del AMI hace uso de la *electio iuris* contenida en el art. 3 del mismo y de acuerdo a los criterios allí establecidos, el ordenamiento jurídico seleccionado sería el aplicable, máxime teniendo en cuenta que en este caso no jugaría el favor *laboratoris* contenido en el art. 8.1 del mismo texto jurídico. En caso de que las partes no hicieran uso de esta facultad de elección de Ley, entonces, tendríamos que recurrir a los criterios conflictuales contenido en el art. 4 Roma I. Ahora bien, la práctica totalidad de los criterios allí contenidos serían inaplicables al supuesto de determinación de la Ley aplicable a los AMI, dado que se refieren a contratos específicos que nada tienen que ver con la materia que aquí se aborda. Pero, es más, incluso en el caso de que acudiéramos al criterio conflictual del país donde se encuentre la residencia habi-

vate+law+aspects+and+dispute+settlement+related+to+transnational+company+agreements&tgs_l=psy-ab.3.0i30k1.2060.2060.0.3000.3.2.0.0.0.0.129.129.0j1.2.0....0...1.64.psy-ab.1.2.262.6.35i39k1.134.VPJHTRY_B4w (última consulta de 9 de octubre de 2017).

tual de quien tenga que realizar la prestación característica del contrato, tampoco ésta sería una solución viable en la medida en que, en un acuerdo de estas características, la prestación característica del contrato –como mínimo– es doble o recíproca y además ubicada –per se– en distintos países, por lo que, como digo, no resolvería el problema de seleccionar un ordenamiento jurídico u otro para su regulación. Siendo ello así, mucho me temo que la única opción es la de entender aplicable el criterio de los vínculos más estrechos (art. 4.4 Roma I) a estos supuestos, lo que nos lleva, de manera indefectible, a buscar el ordenamiento mejor conectado con el citado acuerdo, lo que normalmente se producirá vinculando el acuerdo con el establecimiento principal de la empresa multinacional de que se trate. En mi opinión, por tanto, la mejor de las opciones en estos supuestos es que las partes seleccionaran un ordenamiento u otro para regir el contenido y las obligaciones de las partes en los AMI; algo que por otra parte no sucede, pero que de ocurrir podría facilitar mucho su aplicabilidad, sin perjuicio de las normas internacionalmente imperativas que pudieran ser de aplicación con posterioridad²³.

3. LA ACCIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL Y LOS PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como señalaba al comienzo de estas páginas, es el momento de referirse a la segunda de las cuestiones que aquí se pretenden tratar, esto es, la de los litigios conectados con más de un ordenamiento jurídico y derivados de la capacidad de autotutela de los agentes sociales. Y en concreto, aquí interesa abordar las medidas de conflicto colectivo, dado que puede sostenerse que la problemática más acentuada a nivel internacional se presenta

en relación con ciertas formas de acción sindical, tales como la huelga, en su dimensión colectiva o individual²⁴, el boicot o el cierre patronal. En este sentido, centraremos nuestra atención en dos aspectos principales. Por una parte, en relación con la licitud o ilicitud de la huelga transnacional, esto es, el problema calificadorio previo, para con posterioridad –y en segundo lugar– abordar la responsabilidad derivada del ejercicio de acciones colectivas transnacionales, con especial atención al derecho a la huelga, por cuanto que sobre este particular sí que existe una regulación específica en el ámbito europeo²⁵. Me refiero concretamente al artículo 9 del Reglamento Roma II²⁶. Claro está que esta intervención normativa no puede llegar a entenderse sin tener en cuenta los conflictos que la preceden, ya sea de carácter directo o indirecto, y que dieron lugar a la intervención interpretativa del TJ en su momento. En este sentido, cabe destacar, por su enorme incidencia en el tema que nos ocupa, el caso *Torline* del año 2004, donde –como se ha señalado previamente– lo que se debatía era el alcance que había que dar al art. 5.3 del entonces Convenio de Bruselas sobre competencia judicial internacional en materia delictual o cuasidelictual (actual art. 7.2 RB 2012), para esclarecer cuál debía ser el tribunal competente para determinar la indemnización que pudiera corresponder al empresario marítimo afectado por una acción colectiva transnacional y del que trae causa la introducción del art. 9 en el Reglamento Roma II.

En este caso, el litigio surge a propósito de la adopción de medidas de conflicto colectivo por parte de sindicatos suecos –con preaviso de acción colectiva por parte de un sindicato danés– para tratar de obligar a un arma-

²³ Con respecto a los indudables problemas que de esta índole surgen, *vid.* VAN HOEK, A.H: *Finding a legal framework for transnational...loc. cit.* Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper N° 2016-12, Universidad de Amsterdam.

²⁴ Aunque como ya se ha dicho, aquí no se abordará la dimensión individual de los efectos de la huelga.

²⁵ A pesar de que, en su momento, algún autor avisará del descenso del número de conflictos laborales en Europa, ALIGISAKIS, M: «Tipología y evolución de los conflictos laborales en Europa occidental», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, n° 1, 1997, pp. 79-102.

²⁶ DOUE L199, de 31 de julio de 2007.

dor de esta última nacionalidad a suscribir un convenio colectivo que se aplicara a la tripulación polaca del buque Tor Caledonia, de pabellón danés (segundo registro DIS), que cubría una línea regular entre el Reino Unido y Goteburgo. Las acciones colectivas emprendidas dieron lugar a un bloqueo (tras una acción de solidaridad) de la carga y de descarga del buque en el puerto de Goteburgo, lo que obligó al armador a retirar el buque de la ruta y sustituirlo por un buque de alquiler. A raíz de estos hechos, el armador va a demandar a los sindicatos suecos que habían promovido el conflicto ante los tribunales daneses a fin de resarcirse por los perjuicios sufridos. Con posterioridad, en varios asuntos mucho más sonados que el apenas mencionado, el TJ tuvo que enfrentarse a los enormemente conocidos como asuntos Laval²⁷ y Viking Line²⁸, de finales del 2007, donde si bien es cierto no se solicitaba indemnización alguna por daños y perjuicios ocasionados, sí que de manera indirecta impactan de manera relevante en la materia objeto de este trabajo, ya que lo que se encontraba en juego era la determinación de la licitud o ilicitud de la huelga transnacional cuando entra en concurrencia con las libertades económicas comunitarias. En consecuencia, se trata de controversias sumamente relevantes, en la medida en que dada la interpretación realizada por el Tribunal de Luxemburgo se hace posible atribuir cierta responsabilidad a los sindicatos convocantes y reclamar daños y perjuicios derivados de este tipo de acciones colectivas. Los supuestos de ambos casos y la interpretación efectuada en los mismos son lo suficientemente conocidos como para no tener que detenernos en estos momentos sobre

los mismos²⁹. Si bien ello es así, conviene po-

²⁹ Si bien conviene precisar que recientemente en otra sentencia que ha pasado relativamente inadvertida se vuelve a reiterar, si bien de manera indirecta, la misma interpretación que en los casos supra señalados. Se trata del Asunto C-83/13, de 8 de julio de 2014. Caso Fonnshipp A/S donde en realidad se preguntaba al TJ sobre el alcance del Reglamento (CEE) n° 4055/86, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo en un supuesto de conflicto colectivo que afectaba a un buque de nacionalidad panameña, aunque perteneciente a una sociedad noruega. El Tribunal interpreta que la regulación relativa a esta libertad económica es extensible y extensiva a los países del EEE. Por su parte, y en la medida en que los asuntos supra referenciados han sido profusamente comentados, me remito a una pequeña muestra de ellos para abundar en la materia: inter alia, ORLANDINI, G: *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, Working Papers, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona», WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» INT – 45/2006, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania, pp. 1-60; DAVIES, A: «The Right to Strike Versus Freedom of Establishment in EC Law: The Battle Commences», *Industrial Law Journal*, N° 35, 2006. AHLBERG, K; BRUÑI, N & MALMBERG, J: «The Vaxholm case from a Swedish an European perspective», *Transfer, European Review of Labour and Research*, n° 2, 2006, vol. 12 (Summer 2006), pp. 155-167; BLANKE, T: «The Viking case », *Transfer*, 2/06, vol. 12, pp. 251-266; NOVITZ, T: «The right to strike and re-flagging in the European Union: free movement provisions and human rights», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, LMCLQ (2006) 129-288, may, pp. 242-256; BERCUSSON, B: «The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day», *European Law Journal*, Vol. 13, n° 3, May 2007, pp. 279-308; BJÖRKHOLM, M: «Safeguarding EC fundamental freedoms: are ship blockades exempt from the freedom of movement rules?», *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Université de Nantes, T. XXV, 2007, pp. 103-124. CHAUMETTE, P: «Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises», *Droit Social* n° 2, 2008, pp. 210-220. LO FARO, A: «Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazione minime in margine ai casi Laval e Viking», *Lavoro e Diritto* n° 1, 2008, pp. 63-96. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A: «La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line», *Aranzadi Social* n° 21, 2007. De la misma autora, «Los límites de la acción sindical en las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores», *Aranzadi Social* n° 22, 2007. SCIARRA, S: «Viking y Laval: huelga, convenio colectivo y libertades fundamentales en el mercado europeo», *Relaciones Laborales* n° 15, 2008. BALLESTRERO, M. V: «Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia «bilancia» il diritto di sciopero», *Lavoro e Diritto*, 2008, pp. 371 y ss; BELL, M: *Understanding Viking and Laval*, Centre for European Law and Integration, University of Leicester, 2008; CARABELLI, U: «Note critiche a margine della Corte di giustizia nei casi Viking e Laval», *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n°

²⁷ Asunto C-341/05, Laval un Partneri Ltd contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros, [Petición DO C281, de 12 de noviembre de 2005, p. 10. Conclusiones del Abogado general Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 23 de mayo de 2007, DO 1997, L18, p. 1.] STJCE de 18 de diciembre de 2007.

²⁸ Asunto C-438/05, The International Transport Workers' Federation y The Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti [Petición DO C60, de 11 de marzo de 2006, p. 11; Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, de 23 de mayo de 2007].

ner de manifiesto que han sido precisamente estos litigios los que han dado lugar a que se haya decidido reconocer el derecho de acción colectiva como principio general de la UE, al ser incluido como derecho fundamental en el art. 28 de la CDFUE, quedando –como es sabido– sometido a límites provenientes de la aplicación del principio de proporcionalidad al que hace referencia fundamentalmente la sentencia Laval; restricción ésta que también se incluyó en la propuesta de Reglamento Monti II, finalmente frustrada³⁰.

Teniendo en cuenta los elementos que se acaban de describir a grandes rasgos, nuestro objetivo a lo largo de las siguientes páginas tiene por objeto abordar la cuestión de la responsabilidad sindical por daños y perjuicios imputables a los sindicatos convocantes cuando se trate de supuestos derivados de acciones colectivas transnacionales, esto es, en aquellos casos en los que existe un elemento de extranjería o conexión con distintos ordenamientos jurídicos, tanto desde la perspectiva de la competencia judicial internacional como de la ley aplicable a estos supuestos. Y antes de cualquier otra consideración, no es de recibo que abordemos con carácter preliminar una cuestión esencial, cual es la cuestión de la calificación previa de los supuestos que recaen bajo el campo de aplicación de las normas relativas al Forum y al Ius³¹. Esto es, se hace ne-

cesario determinar o concretar la calificación de la huelga (o de la acción colectiva en general). Este segundo aspecto se convierte en una cuestión imprescindible, puesto que a nadie se le escapa que el ejercicio del derecho fundamental a la huelga (al menos en nuestro país) tiene por objeto el de producir daños. Dicho de otro modo si se quiere, la producción de consecuencias dañosas es intrínseca al ejercicio de este derecho. En consecuencia, la posibilidad de entablar una acción judicial para exigir responsabilidades a los sujetos individuales o colectivos que han participado en un conflicto colectivo con elemento de extranjería, a cuyo fin el art. 9 Roma II establece la norma conflictual que determinará la ley que regirá aquélla, dependerá fundamentalmente de la calificación como ilícita o si se quiere, para ser más precisos, antijurídica, que al supuesto de hecho otorgue el órgano jurisdiccional que conozca del litigio.

4. LA CALIFICACIÓN DE LA HUELGA COMO LEGAL O ILEGAL

Como es sabido, ni el Reglamento Bruselas I bis, ni el Reglamento Roma II contienen una calificación jurídica autónoma de qué haya de considerarse como huelga lícita o ilícita (antijurídica), puesto que tienen por objeto –exclusivamente– el de identificar tanto el juez competente como la Ley que rige las consecuencias de este tipo de medidas de exteriorización de controversias que hunden su raíz en las relaciones colectivas de trabajo. Lo anterior es del todo lógico, sobre todo si tenemos en cuenta que el derecho a la huelga u otras medidas de presión colectiva son derechos colectivos regulados constitucionalmente en la mayor parte de los Estados

117, 2008, pp. 147 y ss.; CARUSO, B: «La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional: primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking», *Relaciones Laborales*, nº 15-16, 2008, pp. 29 y ss.

³⁰ Sobre el particular, CASTELLI, N: «Derecho de Huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II», *Revista de Derecho Social* nº 59, 2012, pp. 147-170.

³¹ No me voy a referir, aquí, por tanto a la delimitación entre qué supuestos de conflictos colectivos transnacionales son interesantes para el Derecho Internacional privado y, por otra, para el Derecho del Trabajo, dado que ya me he pronunciado previamente sobre el particular. *Vid.* FOTINOPOULOU BASURKO, O: «La huelga en el Derecho de la UE desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado» en FOTINOPOULOU BASURKO, O (Coord.): *El derecho de huelga en el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 161-219. existen autores que diferencian entre las acciones colectivas transnacionales en sentido laboral, de aquéllas otras acciones de conflicto

con implicaciones internacionales relevantes para el Derecho internacional privado. También, en este sentido, VAN HOEK, A.A.H: «Private international law aspects of collective actions – comparative report» en VV.AA (Dir. DORSEMONT, JASPERS y VAN HOEK): *Cross-border collective actions in Europe...op. cit.* p. 427.

miembros³² y que, por otra parte, esta materia está excluida del ámbito competencial regulador de la UE, por más que en las sentencias más recientes –y no exentas de múltiples críticas– el TJUE haya declarado que se trata de derechos que se integran como principios generales del Derecho comunitario. No obstante, y a pesar de lo anterior, es necesario –como señalaba líneas más arriba– determinar con carácter previo una cuestión que merecería un tratamiento más profundo y detallado que el que se va a desarrollar en estas páginas. Nos estamos refiriendo al problema de calificación previa de la huelga o, en general, de la acción colectiva de que se trate; no en vano es necesario delimitar a los efectos de la aplicación de los instrumentos sobre Forum y Ius, la ley que rige la calificación de la huelga como lícita o ilícita ante la ausencia de una armonización comunitaria sobre esta materia concreta³³. Y es que solamente –entendemos– en el caso de que la huelga fuera considerada ilegal o, para ser más exactos, contraria al legítimo ejercicio del derecho de huelga, podría demandarse a los responsables por las eventuales responsabilidades derivadas de los daños que pudieran provocar. Y es que no podemos olvidar que junto con las responsabilidades que pueden surgir derivadas de la calificación de la ilegalidad del conflicto en su conjunto; nos podemos encontrar con otros supuestos en los que si bien la huelga puede ser declarada legal; sin embargo, la responsabilidad de las organizaciones sindicales puede reclamarse cuando el daño se derive de conductas imputables al sujeto colectivo no reconducibles al ejercicio legítimo de este derecho³⁴.

³² Sobre la divergencia de concepciones sobre el derecho de huelga en algunos países de la UE, véase GONZÁLEZ MOLINA, M^D: *La responsabilidad civil de los sindicatos derivada del ejercicio de acciones colectivas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 31 y ss.

³³ Sobre esta cuestión, véase PATAUT, E: «La grève dans les rapports internationaux de travail: questions de qualification», *Droit Social* n° 3, 2005, pp. 303-310.

³⁴ En extenso, DE LA PUEBLA PINILLA, A: *La responsabilidad civil del sindicato. Un estudio sobre la responsabilidad deriva-*

Desde esta perspectiva, y dejando de lado –en este momento– la situación derivada del ejercicio ilegítimo del derecho de huelga, aunque ésta sea declarada legal; y centrando nuestra atención en la determinación de la Ley aplicable en materia de calificación de la huelga como legal o ilegal, un sector doctrinal ha venido manteniendo en relación a las cuestiones ligadas a la dimensión colectiva y al ejercicio individual de este derecho colectivo la aplicación de la ley del lugar donde la huelga se articula³⁵; ley que normalmente coincidirá con la *lex loci laboris*. Así, se ha venido defendiendo esta conexión conflictual por el carácter netamente territorial de las consecuencias de la huelga en el Estado donde ésta se manifiesta³⁶, en tanto que esta expresión de conflicto colectivo se regula a través de disposiciones de carácter imperativo³⁷ o normas de policía³⁸ del Estado donde se desenvuelve. Por su parte, hay un sector doctrinal que llega a una conclusión –en algunos casos coincidente con la anterior– señalando que el problema de la calificación previa se resuelve a través de la aplicación de la ley del país donde sobreviene o se desarrolla el conflicto, esto es, a través de la aplicación –muy particular– de la denominada *lex loci delicti*³⁹, que perfectamente puede ser distinta de la anterior.

da de la actividad sindical, La ley editorial, Madrid, 2000, pp. 224 y ss.

³⁵ RODIERE, P: «Conflicts de lois en droit du travail», *Juris Classeur de Droit international*, Fasc. 94.10 (1986), n° 42, p. 13. En el mismo sentido, KNAPP, B: *Droit international des groupes de sociétés*, Ginebra, Georg, 1973, p. 183.

³⁶ Ya que califica las normas de derecho de huelga como reglamentaciones de Derecho público KNAPP, B: «Droit international des groupes...», loc. cit. p. 183. LYON CAEN, A: «La grève en droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 1977, p. 278 cuando afirma «que le droit de grève soit un droit constitutionnellement reconnu, qu'il requière une action étatique positive, il n'y a pas là de motif suffisant pour appeler au droit public».

³⁷ COURSIER, P: «Conflicts de lois en droit du travail», *Juris classeur de Droit international*, Fasc. 573-10, 2000, p. 24.

³⁸ COURSIER, P: *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Étude en droit international privé français*, LGDJ editorial, Paris, 1993, p. 142.

³⁹ En este sentido, LABORDE, J.P: *Les rapports collectifs de travail en droit international privé*, Travaux du comité français de droit international privé 1995-1998, pp. 143-154.

En este orden de cosas, las acciones de solidaridad de carácter internacional, esto es, aquellas huelgas que se susciten en apoyo de una huelga declarada en otro país, pueden plantear asimismo diversos problemas jurídicos en este contexto⁴⁰. En este sentido, la primera cuestión que cabría delinear al respecto sería determinar si un conflicto de solidaridad se torna ilícito o lícito simplemente por el hecho de que éste se desenvuelve en el extranjero. Dicha calificación, en opinión de algún autor, dependerá de la conceptualización que se otorgue en este mismo sentido al conflicto principal, ya que normalmente la ley del lugar donde se produce la huelga de solidaridad reputará como ilegal si el conflicto principal también es declarado de una manera o de otra⁴¹. No obstante, existen asimismo posiciones contrapuestas en relación a cuál debe ser la ley aplicable para la determinación de la legalidad o ilegalidad de estas acciones –siendo además ésta la posición mayoritaria–. Así, se ha señalado que la regla general aplicable para determinar la legalidad del conflicto principal sería la ley del lugar donde se lleve a cabo la acción de solidaridad, y por lo tanto dependerá de las restricciones que ese ordenamiento jurídico establezca en relación con estas acciones con carácter general⁴². En el marco de esta controversia, se ha de señalar

que el TJUE ha optado (en el caso *Torline*)—por calificar este tipo de acciones colectivas—incluso las acciones de solidaridad— como delictuales; de tal manera que tanto la licitud o ilicitud de la acción colectiva como la eventual responsabilidad civil que pudiera derivarse de aquélla son consideradas materia delictual o cuasidelictual a efectos procesales; haciendo coincidir a estos efectos la regulación laboral que regula la calificación previa del conflicto con la normativa civil que ordena la responsabilidad derivada de aquélla⁴³. Asimismo, y por lo que se refiere a los supuestos de acciones de solidaridad, se señala —de acuerdo a la interpretación dada en la sentencia *Torline*— que la calificación jurídica de la acción colectiva dependerá de la ley del país donde la acción de solidaridad o secundaria se desenvuelve, sin que en estos términos interese la acción principal a ningún efecto⁴⁴. Sin perjuicio de que la solución interpretativa adoptada por el TJUE sea la que con carácter general se ha venido defendiendo por algunos autores; no debemos perder de vista que aquélla se configuró en función de una situación concreta y en atención a la complejidad procesal que en el caso se planteaba, amén de que era un supuesto en el que se interpretaba una norma sobre competencia judicial internacional y no el ordenamiento jurídico aplicable. De ahí que, a estos efectos, no podamos perder de vista lo dispuesto en el considerando 28 del Reglamento Roma II, que establece que «*la norma especial sobre acción colectiva del art. 9 se entenderá sin perjuicio de las condiciones relativas al ejercicio de esa acción de acuerdo con la legislación nacional*» de los Estados miembros (o de terceros Estados)⁴⁵.

⁴⁰ Sobre esta cuestión, véase PANKERT, A: «Acciones internacionales de solidaridad de los trabajadores. Algunos problemas jurídicos», *Revista internacional del Trabajo*, vol. 96, nº1, 1977, pp. 75–84. Asimismo, desde la perspectiva material GERMANOTTA, P y NOVITZ, T: «Globalisation and the right to Strike: the case for European-level Protection of Secondary Action», *The International Journal of comparative law and industrial relations*, vol. 18, issue 1, 2002, pp. 67–82.

⁴¹ REITHMANN, C: «Internationales Vertragsrecht», Colonia, 1980, citado por MORGENSTERN, F: «Conflictos internacionales de trabajo...», *op. cit.* nota a pie nº 61, p. 163.

⁴² LYON-CAEN, G: *Les relations de travail internationales*, Editions Liaisons, Paris, 1991, p. 140. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «Contrato de trabajo y Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español», *Relaciones Laborales* 1996-I, p. 1361. PANKERT, A: «Acciones internacionales de solidaridad de los trabajadores...», *loc. cit.* p. 83, si bien este mismo autor declara que «ninguna de estas soluciones está libre de toda crítica».

⁴³ Del mismo modo, véase CRESPO HERNÁNDEZ, A: «Análisis metodológico de la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de la adopción de medidas de conflicto colectivo», pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/analisis-conflicto-colectivo.pdf, pp. 4–5 del documento pdf.

⁴⁴ En el mismo sentido, MORSE, R: «Industrial action in the conflict of laws» en VV.AA (VENTURINI, G. y BARIETTA, S (Coord): *Nuovi strumenti di diritto internazionale privato*, Giuffrè editorial, Milán, 2009, p. 728.

⁴⁵ Se hace esta precisión, ya que si bien es verdad que el considerando habla de Estados miembros, de acuerdo a lo dis-

En estas circunstancias, y teniendo en cuenta que el artículo 9 sólo rige la norma aplicable a las consecuencias dañosas del ejercicio antijurídico de una acción colectiva –huelga, etc.–, cabría pensar que la interpretación efectuada por el TJUE en el asunto *Torline* –que hace coincidir la legislación relativa a la calificación jurídica de la acción colectiva con la legislación que determina la responsabilidad extracontractual de los sujetos que han intervenido en un conflicto colectivo del que cabe deducir su antijuricidad–, no es una solución pacífica, ni tampoco concluyente o definitiva. Y es que, a pesar de que se haya sostenido que este considerando «*carece de importancia real, ya que una ley y otra son la misma*»⁴⁶, debemos tener en cuenta que no siempre ambas cuestiones –calificación y efectos– tienen por qué recaer bajo la misma legislación. Piénsese a tal efecto, por ejemplo, en el caso de conflictos colectivos en el ámbito del transporte, y particularmente en el marco de la industria marítima. En esta tipología de supuestos, es posible que la acción colectiva se desenvuelva extramuros de la soberanía de cualquier Estado –a bordo de buques (no en puerto), por ejemplo–; donde –desde luego– hacer depender la calificación jurídica de la acción de conflicto colectivo en función del lugar donde ésta se desenvuelve se demuestra hartamente complicada. Asimismo, y en este orden de consideraciones contrarias a entender que una y otra ley son la misma; es posible contra-argumentar dicha posición no sólo sobre elementos fácticos o de hecho –a los que nos acabamos de referir–; sino en la propia regulación contenida en el art. 9 Roma II. Y es que, si bien es cierto que esta disposición señala como ley aplicable a los efectos de determinar la responsabilidad extracontractual de los sujetos intervinientes en conflictos colectivos antijurídicos tanto la ley del país en el que se haya emprendido la acción como la ley del país donde la acción

vaya a emprenderse; no es menos cierto que esta regla conflictual se aplicará en defecto del resto de reglas contenidas en aquélla. Y en este contexto, es perfectamente factible que ambas leyes sean divergentes. Esto es, que la calificación del supuesto dependa de lo que determine un ordenamiento jurídico y que la responsabilidad extracontractual resultante sea regulada de acuerdo a una ley distinta de aquélla.

En efecto, si de acuerdo al sistema Roma II las partes en el conflicto están facultadas para seleccionar la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual, o bien que en defecto de elección sea de aplicación la ley de residencia común de las partes; es perfectamente posible pensar que el considerando 28 de Roma II no introduce una interpretación baladí, ni carente de importancia, puesto que en esos supuestos –por no citar los de carácter fáctico a los que hemos hecho referencia más arriba– la cuestión de la calificación previa puede depender de un ordenamiento jurídico distinto al que regula la responsabilidad extracontractual. Dicho esto, sin embargo, es cierto que normalmente ambas leyes serán coincidentes; sobre todo en el caso de que la norma conflictual aplicable sea la de la ley del país donde la acción se haya emprendido o donde vaya a emprenderse y además el tribunal que conoce del asunto sea el de ese mismo Estado en aplicación del art. 5.3 RB (actual 7.2 RB I bis) o que, de no ser así, el Tribunal competente acabe aplicando la *lex fori* para determinar la juricidad o antijuricidad del conflicto. Pero una cosa es señalar que difícilmente un tribunal cualquiera admitiría la aplicación de un ordenamiento jurídico distinto al suyo para calificar la huelga como legal o ilegal –teniendo en cuenta el carácter netamente territorial de las regulaciones sobre conflicto colectivo y el alcance de los intereses constitucionalmente protegidos mediante aquéllas–; y otra cosa muy distinta es decir que la coincidencia entre las leyes aplicables –relativas a la calificación y a las consecuencias– es absoluta en todo caso; ya que de acuerdo al Reglamento Bruselas I bis, sería también posible interponer

puesto en el art. 3 Roma II –carácter universal–, la ley designada por el presente reglamento puede ser la de un tercer país.

⁴⁶ CRESPO HERNÁNDEZ, A: «Análisis metodológico de la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados...», loc. cit. p. 5 del documento pdf.

la demanda ante los tribunales del domicilio del demandado, que puede estar situado en un país distinto al de aquél donde se desenvuelve la huelga o el conflicto colectivo de que se trate; y también desde esta perspectiva –considero– que ambas leyes no tendrían por qué coincidir, máxime teniendo en cuenta que lo más probable es que el juzgador califique la acción colectiva en función de la *lex fori*. En consecuencia, y desde esta perspectiva entiendo que la cuestión de la jurisdicción o antijurisdicción de la huelga transnacional de que se trate no tiene por qué recaer en todo caso bajo el ordenamiento jurídico del país donde la huelga se desenvuelva, por más que esa solución fuese la más deseable en todos los sentidos. Y es que cuando ambas leyes no sean coincidentes, parece inevitable que las leyes de policía del foro (art. 16 Roma II) vayan a jugar un papel más que destacable o relevante en la solución de la controversia, amén de que en estos casos, el juez que conociera del asunto eventualmente pudiera dar entrada a las normas de seguridad y de comportamiento reguladas en el art. 17 Roma II o a la excepción de orden público (art. 26 Roma II); elevando exponencialmente la complejidad en la resolución de un conflicto de estas características.

5. LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA EL CONOCIMIENTO DE UNA DEMANDA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADA DE UNA ACCIÓN DE CONFLICTO COLECTIVO

Dilucidado el problema calificadorio al que el juez que conozca del asunto debe enfrentarse con carácter previo a cualquier otra cuestión; es el momento de abordar la cuestión relativa a la competencia judicial internacional para la determinación del tribunal competente para el conocimiento de una demanda por daños y perjuicios que un empresario afectado por tales medidas podría elevar como consecuencia de una acción colectiva. En tal sentido, lo primero que se ha de señalar es que no existe en el contexto del RB un foro

de competencia específico para el caso de la huelga. De este modo, no queda sino recurrir o bien al foro general del domicilio del demandado (dado lo improbable de que las partes en el conflicto recurran ya sea al foro de sumisión expresa o tácita) o bien, como a continuación se va a analizar, al foro en materia delictual o cuasidelictual contenido en el actual art. 7.2 RB 2012, que prácticamente recoge –de manera mimética– lo dispuesto en el extinto art. 5.3 del CB. En segundo lugar, y aunque no haya sido objeto de interpretación alguna por parte del tribunal de Luxemburgo con respecto a la vertiente colectiva del Derecho del trabajo, debemos hacer mención al foro por conexidad, que posibilita la interposición de una demanda conjunta por daños y perjuicios contra los sindicatos convocantes ante el domicilio de uno de ellos, sin perjuicio de que el hecho dañoso se exteriorice en otro Estado. Éste foro (por conexidad) es el que implícitamente se aceptaba en el caso *Viking Line*, cuando la empresa naviera demandó ante los tribunales del Reino Unido dado que la ITF tiene su domicilio social en aquél país.

5.1. El foro en materia delictual o cuasidelictual: la interpretación del TJ en el caso *Torline*

A pesar de que no nos es desconocido que el juego de foros comprendidos en el RB I bis van más allá de la aplicación de lo dispuesto en el art. 7.2 del mismo texto, en materia delictual o cuasidelictual, tal y como se ha señalado hace un momento; lo cierto es que esta disposición se erige como el punto de conexión específico para dilucidar la competencia de los órganos jurisdiccionales que deban conocer de controversias en materia de responsabilidad por daños. Así, a continuación nos vamos a limitar a analizar este foro sobre la base de la interpretación que en su momento realizara el TJ en el caso *Torline*, que –como se ha avanzado– era un litigio cuyo supuesto fáctico se encuadraba en los supuestos de acciones colectivas de solidaridad a los que se ha hecho referencia con anterioridad. La dificultad principal que se de-

riva de la aplicación del citado foro deriva del alcance que haya de darse a la expresión «*lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso*», para lo cual resulta imprescindible manejar la interpretación que el tribunal comunitario ha realizado sobre esta expresión en otras ocasiones. A estos efectos, el problema de precisar la noción de «*lugar donde se produce el hecho dañoso*» surge en aquellas ocasiones en las que cabe distinguir un lugar o país donde tiene lugar el hecho o acontecimiento causal del que deriva el daño, y un lugar diferente donde aquél se exterioriza, manifiesta o materializa. Esta situación ha provocado que el TJCE en diversos pronunciamientos sobre esta materia mantenga una interpretación amplia de la dicción contenida en esta disposición⁴⁷, determinando que esta expresión debe entenderse en el sentido de que alude tanto al lugar donde el daño ha sucedido como al lugar del hecho causal⁴⁸. A través de esta interpretación, el Tribunal comunitario ha pretendido la apertura de este foro especial, como foro de ataque al demandante, permitiendo que éste pueda elegir la presentación de la demanda ante cualquiera de los dos foros implicados, tanto ante los tribunales del lugar donde el daño se exterioriza como ante los tribunales del lugar donde se produjo el acontecimiento causal. Ahora bien, y por precisar aún más la posición interpretativa sostenida por el TJCE en relación con el entonces art. 5.3 CB, debemos señalar que la opción que para el demandante se deriva de aquella no responde –como a primera vista pudiera parecer– al criterio de *favor laesi*, esto es, como un foro de protección que juega a favor del que

sufre el daño, sino que trae causa en estimar que ambos lugares constituyen contactos significativos en orden a una buena organización del proceso, especialmente en lo que se refiere a la obtención y valoración de pruebas. Asimismo, y en apoyo a esta afirmación, debemos señalar que el TJCE ha precisado el alcance de esta doble opción, lo que pone de manifiesto la ausencia del criterio de *favor laesi* como inspirador del actual art. 7.2 RB I bis. Así, por un lado, limita el foro relativo al lugar de materialización o manifestación del daño exclusivamente respecto de las víctimas directas y, por otra parte, realiza una interpretación restrictiva que impida englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño sucedido en otro lugar, puesto que ello derivaría en el riesgo de consagrar el foro del domicilio del demandante.

Trasladando las notas anteriores al caso de las acciones colectivas de solidaridad que se planteaba en el caso *Torline*, se ha de señalar que el órgano jurisdiccional comunitario afrontó el problema de la concreción del «lugar donde se produce el hecho dañoso», para lo cual fue necesario que este tribunal tomara una postura acerca de la existencia o inexistencia de una vinculación necesaria y objetiva entre la acción colectiva principal y la secundaria o de solidaridad. En el caso *Torline* no existen demasiadas dudas a la hora de considerar cuál de las acciones entabladas –principal o secundaria– era la única capaz de originar daños al armador danés, ya que en el caso particular, al tratarse de un trayecto regular entre Suecia y el Reino Unido, parece lógico sostener que solamente la acción de solidaridad sostenida en Suecia era la única capaz de originar daños al empresario marítimo. No obstante, y a los efectos de la determinación del tribunal competente para conocer del litigio, el TJCE afrontó la cuestión tratando de establecer si el daño se origina en Dinamarca como consecuencia del preaviso de acción colectiva realizado por el sindicato de marinos danés y la consecuencia dañosa se materializa en Suecia, o si por el contrario tanto el hecho

⁴⁷ Que se refleja en la redacción del art. 5.3 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RBI), que modifica la misma disposición contenida en el CB, señalando «*Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso*». La refundición del año 2012 de esta norma recoge de manera idéntica lo dispuesto en el RBI.

⁴⁸ Entre otras, Sentencia de 30 de noviembre de 1976, *Minas de Potasio de Alsacia* (21/76, Rec. p. 1735).

causal como la consecuencia dañosa devienen únicamente de la acción de solidaridad planteada por el sindicato sueco en este territorio. En este sentido, el TJ sostuvo que el ejercicio de la medida de presión secundaria es consecuencia *sine qua non* de la acción principal, lo que le conduce inevitablemente a efectos de la aplicación del entonces aplicable art. 5.3 CB a considerar como jurisdicciones competentes para conocer del caso tanto a Dinamarca como Estado donde se produce el hecho causal como a Suecia, lugar donde se aprecia la consecuencia dañosa del preaviso de acción colectiva de solidaridad.

Sin embargo, en mi opinión no existe una relación forzosa entre ambas acciones colectivas que haga posible habilitar al demandante dos foros alternativos de ataque contra el sindicato danés como responsable de los perjuicios económicos causados por el ejercicio de acción colectiva de la federación de trabajadores del transporte sueco⁴⁹. De este modo, aún siendo correcta la interpretación del art. 5.3 CB (actual art. 7.2 RB I bis) en el sentido de entender que pueden ser competentes los tribunales del país donde se produce el hecho causal como aquéllos del Estado donde se exteriorizan los daños, entiendo que en aquel litigio tanto el hecho causal como la materialización del daño se produce en Suecia. Por tanto, según esta interpretación del art. 5.3 CB (actual art. 7.2 Reglamento Bruselas I bis) serían competentes para conocer del caso los órganos jurisdiccionales suecos exclusivamente. En consecuencia, y a la sazón de lo apenas expuesto, y sin perjuicio de no estar de acuerdo en este punto con el Tribunal de Luxemburgo; de acuerdo a la interpretación realizada por el TJ, el demandante (normalmente en estos casos el empresario) puede recurrir indistin-

tamente cualquiera de los dos foros descritos, esto es, acudir a los tribunales del lugar donde se produce el hecho causal o bien del lugar donde la consecuencia dañosa se exterioriza, originando –ante la ausencia de un foro ad hoc– la posibilidad de que exista una especie de forum shopping en este marco concreto.

5.2. La aplicación implícita del foro por conexidad en el marco de las acciones colectivas marítimas: el ejemplo de Viking Line y la búsqueda de un «forum Shopping»

Junto con la apertura de dos foros indistintos para el establecimiento de la demanda por daños y perjuicios derivado de acción colectiva transnacional que acabamos de señalar, conviene poner de manifiesto otra posibilidad que, desde aquí, entendemos puede entrañar enormes riesgos, amén de constituir jurídicamente una opción que técnicamente no compartimos. Nos referimos a la posibilidad de que la empresa que sufre la acción colectiva de que se trate recurra al denominado foro por conexidad contenido en el actual art. 8.1 del RB I bis, como de manera implícita ocurrió en el caso Viking Line, en el que la empresa finlandesa demandó conjuntamente ante los tribunales ingleses al sindicato de marinos fines y a la federación internacional de trabajadores del transporte. En este sentido, se ha de señalar que, en aplicación del foro anterior, tal y como desde aquí se ha defendido, la empresa naviera no hubiera tenido posibilidades de demandar en el Reino Unido (país donde está domiciliada la ITF). Asimismo, y en aplicación del foro general del domicilio del demandado, la empresa tampoco hubiera podido eludir subsumir el conocimiento del litigio, ni la aplicación de la legislación finlandesa, dado que era el sindicato de marinos finés el que eventualmente hubiera provocado daños a la naviera. No obstante, y en una buena estrategia jurídica, la empresa articula su demanda ante los tribunales ingleses que, sin mayores explicaciones, asumen la competencia para el conocimiento del litigio. La razón que lleva a la empresa a demandar a ambos sindicatos conjuntamente ante estos

⁴⁹ Máxime cuando el concepto que emplea el art. 5.3 CB no puede interpretarse en el sentido de que incluya el lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial consecutivo a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado contratante. En este sentido, STJCE de 19 de septiembre de 1995, *Marinari* (C-365/93, Rec. p. I. 2719, apartados 14 y 15).

tribunales trae causa en la clásica posición que han mantenido éstos en relación con los conflictos colectivos en general y, en particular con los relacionados con la industria marítima, ya que de acuerdo al ordenamiento jurídico inglés, la huelga y los conflictos colectivos marítimos se han venido considerando como ilícitos en la mayor parte de los casos, por no decir en su totalidad. Obviamente, y como consecuencia de lo anterior, la reclamación por daños y perjuicios que eventualmente se hubiera derivado de la acción colectiva preventiva en este caso hubiera alcanzado el éxito que la empresa naviera perseguía.

En efecto, aquí el problema es el de determinar si el foro por conexidad⁵⁰ recogido en el art. actual 8.1 RB I bis puede ser de aplicación en el caso de acciones colectivas conectadas con más de un ordenamiento jurídico donde el sujeto colectivo que autoriza o insta al conflicto es una Federación Internacional de trabajadores (por ejemplo) domiciliada en un país distinto al de aquél donde se desenvuelve el conflicto y donde se encuentra domiciliada la organización sindical inferior –integrada en la anterior–

⁵⁰ Seguimos a estos efectos, las consideraciones vertidas por VIRGÓS SORIANO, M y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas editorial, Madrid, 2000. pp. 141 y ss. El foro por conexidad, recogido en el art. 6.1 del RB I (art. 8.1 RB 2012 actual) establece que «Las personas a las que se refiere el artículo anterior también podrán ser demandadas: 1) si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente». Esta disposición permite acumular las pretensiones contra varios demandados en el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siendo un foro que opera de manera alternativa tanto al foro del domicilio del demandado como a los foros especiales por razón de la materia. Para que esta disposición sea aplicativa es necesario que se den tres condiciones. La primera que exista cierta conexidad procesal entre las pretensiones que se ejercen contra todos los demandados, y particularmente que ambas pretensiones tengan elementos fácticos o jurídicos comunes cuya tramitación independiente conllevaría el riesgo de inconciliabilidad de decisiones. En segundo lugar, que exista cierta relación material entre los demandados que justifique la acumulación de todas las demandas. En tercer y último lugar, se ha de señalar que no se puede hacer un empleo abusivo del foro previsto en el art. 8.1 RB 2012.

que organiza y desarrolla la huelga. De acuerdo con lo anterior, el problema que se suscita es si la aplicación de este foro es factible a la hora de imputar responsabilidades por daños y perjuicios cuando las organizaciones sindicales se estructuran en grupos complejos integrados por distintas personas jurídicas, cada uno de ellos –debe recordarse– jurídicamente separada de las demás a efectos de la imputación de responsabilidades. Desde esta perspectiva, creemos oportuno señalar que si se admite –sin más consideraciones– que en cualquier caso de participación de una federación sindical en la acción de que se trate, es posible la imputación conjunta de responsabilidades ante los tribunales ad hoc que seleccione el perjudicado (entendiendo que será la elección mas favorable a sus intereses) por aplicación conjunta del foro del domicilio del demandado-foro por conexidad del RB I bis; a la postre lo que se deduce es la consideración en todos estos casos de que la organización sindical supranacional y los sindicatos afiliados a ella constituyen un grupo de empresas; con las evidentes consecuencias que de toda índole se detraen de esta conclusión. Esta perspectiva, conduce a considerar que en todo supuesto de esta naturaleza se está produciendo una utilización abusiva de la personalidad jurídica, lo que desde luego –como mínimo– nos parece del todo excesivo; por no señalar que no podemos estar más que en un profundo desacuerdo. En este sentido, desde aquí se considera que una cosa es que el empleo del foro por conexidad no sea factible para estos supuestos y otra, muy distinta, es que de acuerdo a la legislación aplicable resultante de la aplicación de Roma II, no sea posible imputar la responsabilidad extracontractual solidaria de los sujetos intervinientes.

6. LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA HUELGA

Como ya se ha avanzado al comienzo de estas páginas, es el art. 9 del Reglamento

Roma II –sobre acción de conflicto colectivo– el que regula la materia objeto de estudio. Esta disposición señala cuanto sigue: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2, la ley aplicable a una obligación extracontractual respecto de la responsabilidad de una persona en calidad de trabajador o de empresario o de las organizaciones que representen sus intereses profesionales por los daños causados por una acción de conflicto colectivo futura o realizada, será la ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse*». Como es visible del precepto anotado, la ley aplicable a una obligación extracontractual por los daños causados por una acción de conflicto colectivo futura o realizada, será en primer lugar y en defecto de elección de ley aplicable (art. 14 Roma II⁵¹), la ley del país de la residencia habitual común de las partes –ex art. 4.2 Roma II–. Y si las partes no tienen su residencia habitual en un mismo país, entonces será de aplicación la Ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse. A la luz de lo expuesto, y dado que ya se ha abordado con anterioridad el problema calificadorio previo, así como los supuestos que pueden dar pie a la aplicación de la norma, se hace necesario abordar a continuación los siguientes aspectos. Así, se comenzará por analizar el ámbito subjetivo de aplicación del precepto, por cuanto que señala que la responsabilidad extracontractual puede ser reclamada frente a los sujetos individuales (trabajadores y empresarios) como, obviamente, a los sujetos colectivos (sindicatos y asociaciones empresariales). Por su parte, y como es lógico, se tratará el alcance de la norma de conflicto, cuando señala que la norma será de aplicación a los daños causados por una acción de conflicto

colectivo, lo que nos llevará a considerar a qué daños se está refiriendo la disposición citada, esto es, a los daños derivados directamente de la acción de conflicto colectivo y/o a los daños indirectamente consecuencia del ejercicio del derecho a la huelga. Asimismo, y en este orden de consideraciones, se abordarán –en último lugar– los puntos de conexión contenidos en el artículo 9 de Roma II, dejando a un lado el alcance de las disposiciones internacionalmente imperativas, de seguridad y orden público que pueden limitar o excepcionar el resultado al que se llegue de la aplicación de la norma de conflicto que analizamos, dado que ya me he pronunciado en alguna otra ocasión sobre este particular.

6.1. **Ámbito subjetivo: sujetos individuales (trabajador o empresario) y sujetos colectivos (sindicatos o asociaciones empresariales)**

Entrando en el análisis concreto de la norma que se estudia, parece lógico comenzar reflexionando acerca del ámbito subjetivo de aplicación de aquella, esto es, los sujetos que quedan comprendidos bajo el ámbito de la norma que analizamos; ya que esta disposición se refiere a «*la responsabilidad de una persona en calidad de trabajador o de empresario o de las organizaciones que representen sus intereses profesionales*». Ya se ha dicho al comienzo de este trabajo que nuestro objeto no es otro que el de analizar la responsabilidad extracontractual del sindicato derivado de su participación en una huelga que sea susceptible de ser calificada como antijurídica de acuerdo al ordenamiento jurídico que sea de aplicación, por lo que evidentemente nos vamos a centrar –sobre todo– en el marco de los eventuales problemas que puedan surgir en relación con la identificación del sujeto colectivo. Y ello, sin perjuicio de que no nos es desconocido que los sujetos individuales –trabajadores– puedan ser asimismo responsables por su participación en estos

⁵¹ Si bien se ha sostenido que esta disposición no opera en relación con supuestos especiales sujetos a sus propias normas de conflicto como la acción de conflicto colectivo. Así lo indican CALVO CARAVACA, A-L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado. El reglamento Roma II*, Comares editorial, Granada, 2008, p. 84.

conflictos⁵², o que la norma también extienda su ámbito subjetivo al empresario y a las asociaciones empresariales. Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que en tanto que desde nuestra perspectiva interna, el recurso a las acciones civiles de resarcimiento frente a los trabajadores no cuenta con demasiada tradición⁵³, parece más razonable centrarse –como se señala– en el alcance del radio de acción de la norma atinente al sujeto colectivo y particularmente en relación a varios supuestos diferentes. Hablamos en primer lugar, de los problemas que se derivan en los casos en los que la responsabilidad sea imputable a una estructura sindical compleja, así como –en segundo lugar– cuando nos encontramos con que el sindicato generador de los daños o participante en conductas antijurídicas sea uno distinto al sindicato convocante u organizador de la huelga trasnacional de que se trate. Asimismo, cabría interrogarse por la posibilidad de que un tercero ajeno al conflicto pudiera o no imputar responsabilidades a los sujetos anteriores por los daños resultantes de una huelga antijurídica.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, no podemos obviar que las organizaciones sindicales se estructuran en grupos complejos integrados por distintas personas jurídicas, cada uno de ellos jurídicamente separada de los demás a efectos de imputación de responsabilidades. Desde esta perspectiva, no es descabellado –por tanto– preguntarse por el alcance del artículo 9 Roma II cuando nos encontramos ante acciones colectivas conectadas con más de un ordenamiento jurídico donde el sujeto colectivo que autoriza o insta al conflicto es una Federación Internacional de trabajadores (por ejemplo) domiciliada en un país distinto al de aquél donde se desenvuelve

el conflicto y donde se encuentra domiciliada la organización sindical inferior –integrada en la anterior– que organiza y desarrolla la huelga⁵⁴. A estos efectos, la norma específica no parece excluir la posibilidad de imputar responsabilidades a las organizaciones complejas intervinientes en la acción colectiva de que se trate. Esta solución parece que es la más coherente con el conjunto del sistema, ya que viene refrendada o avalada por lo dispuesto en el art. 15.a) Roma II relativa al ámbito de la ley aplicable (Capítulo IV – normas comunes), puesto que establece que «*el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos*» se determinará en función de la ley aplicable a la obligación extracontractual según lo dispuesto en el art. 9 Roma II. Esta disposición se refiere al hecho de que la ley que regule la obligación extracontractual determinará el alcance de la responsabilidad para los sujetos colectivos participantes; y en este caso, si cabe o no deducir la responsabilidad extracontractual solidaria del sindicato participante junto con la organización en la que ese sindicato esté integrado. Esta circunstancia que se plantea con asiduidad en el contexto de la industria marítima no es desconocida para el TJUE. Baste recordar el supuesto de hecho planteado en la sentencia *Viking Line*, donde –como es sabido– la amenaza de acción colectiva venía precedida por una circular enviada por la ITF al sindicato de marinos finlandés. Desde esta perspectiva, esto es la posibilidad de deducir la responsabilidad extracontractual solidaria para los sujetos intervinientes en la huelga; lo cierto es que desde mi punto de vista se debe aplicar el principio de separación de responsabilidades, puesto que para determinar el sujeto sindical responsable debemos acudir al ámbito de cada persona jurídica y no recurrir a lo que cabría considerar como una utilización abusiva de la persona-

⁵² O incluso que, de acuerdo con algunos ordenamientos jurídicos, sólo puedan ser los trabajadores responsables, ya que los sindicatos no tienen personalidad jurídica, como ocurre en Bélgica. Así, VAN HOEK, A.A.H: «Private international law aspects of collective actions...», *op. cit.* p. 431.

⁵³ DE LA PUEBLA PINILLA, A: La responsabilidad civil del sindicato..., *op. cit.* p. 160.

⁵⁴ Por ejemplo, los supuestos de acciones colectivas en el ámbito de la industria marítima, propiciadas por la acción de la ITF en el contexto de su política contra los pabellones de conveniencia.

alidad jurídica al permitir, como ocurría en el mismo caso, que el Juez inglés admitiera una demanda conjunta contra la ITF y el sindicato finés sobre la aplicación del foro del domicilio de demandado-foro por conexidad del RB I bis, dado que la ITF tiene su sede en Londres.

Junto con la cuestión previa que se acaba de dibujar o describir a grandes rasgos, esta disposición plantea también ciertas interrogantes cuando el sujeto colectivo generador del daño de que se trate es un sujeto colectivo ajeno al convocante u organizador de una huelga lícita⁵⁵. En estos supuestos, parece claro que nos estamos refiriendo a supuestos en los que los daños se derivan de acciones o medidas de presión complementarias que puedan ser calificadas de ilícitas en el transcurso del desenvolvimiento de una huelga lícita⁵⁶. En estas circunstancias entiendo que la dicción del art. 9 Roma II permite incluir bajo su regulación este tipo de comportamientos, siendo de aplicación –por tanto– a cualquier organización sindical distinta a la que organiza una acción colectiva transnacional. Mayores problemas parece encerrar la posibilidad de que sea un tercero distinto a los sujetos contemplados en la norma (–empresario/trabajador o asociaciones empresariales/representación de los trabajadores–) los que puedan reclamar por daños derivados de una acción de conflicto colectivo conectada con más de un ordenamiento jurídico, puesto que la disposición no menciona nada al respecto. Es evidente, sin embargo, que cualquier huelga provoca daños a terceros (clientes, usuarios, trabajadores no huelguistas, etc.)⁵⁷, por lo que la interrogante está servida.

⁵⁵ Lo que se producirá por la organización de actos colectivos ilícitos por sindicato distinto al convocante u organizador. Así, por ejemplo, cuando el sindicato de que se trate difunda octavillas o publique documentos injuriosos o perjudiciales para el prestigio empresarial con ocasión de una huelga lícita. Asimismo, si el sindicato X incita a los huelguistas a realizar actos de sabotaje o la realización de actos violentos. En este sentido se expresa DE LA PUEBLA PINILLA, A.: La responsabilidad civil del sindicato..., *op. cit.* p. 225.

⁵⁶ Sobre la distinción, *Ibidem*, p. 225.

⁵⁷ Sobre el particular, *Ibidem*, pp. 265 y ss.

Desde esta perspectiva y si prestamos atención al proceso de adopción de la norma que analizamos, es visible que esta cuestión sí fue puesta de manifiesto para subrayar y lamentar la «ambigüedad» en la que la dicción de la norma se mueve⁵⁸, aunque no se produjo ningún tipo de alteración en aquélla. Lo que parece que está claro es que, por una parte, el artículo 9 Roma II no impide que un tercero ajeno al conflicto pueda reclamar por daños; y por otra que, tal y como se establece en el art. 15 –ámbito de la ley aplicable– la ley reguladora de la responsabilidad extracontractual determina los sujetos que pueden ser considerados como titulares del derecho a solicitar una indemnización por los perjuicios que pudieran haber sufrido por el ejercicio ilegítimo de la huelga⁵⁹. En consecuencia, entiendo que los terceros perjudicados podrían entablar una acción resarcitoria de acuerdo a lo que disponga el ordenamiento jurídico resultante de la aplicación del art. 9 Roma II.

6.2. **Ámbito objetivo de aplicación.** **El alcance de la noción de conflicto colectivo empleado en el art. 9 Roma II**

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación del art. 9 Roma II, lo cierto es que la disposición específica no contiene calificación jurídica, ni definición específi-

⁵⁸ El texto de la disposición (artículo 9) en la Posición Común es una reformulación que intenta responder a las principales objeciones formuladas por la Comisión durante los debates en el Consejo. Su alcance se define ahora más precisamente y se limita, en particular, al problema de la responsabilidad de empleadores, trabajadores y/o sindicatos en el contexto de una acción colectiva. Sin embargo, la Comisión lamenta su ambigüedad, ya que no precisa que no debe extenderse a las relaciones con terceros. Así, en Posición común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). Documento COM (2006) 566 final, de 27 de septiembre de 2006.

⁵⁹ Esta misma duda es la que aborda MORSE, R.: «Industrial action in the conflict of Laws»..., *op. cit.* pp. 730-731, si bien considera que sobre esta última cuestión la última palabra la tendrán los tribunales nacionales o el TJUE.

ca entorno a la noción de conflicto colectivo que emplea su rúbrica. De ahí que tengamos que acudir a lo dispuesto en el considerando 27 del Reglamento Roma II que establece cuanto sigue: «*El concepto exacto de acción de conflicto colectivo, ya sea huelga o cierre patronal, varía de un Estado miembro a otro y se rige por las normas internas de cada Estado miembro*». Desde esta perspectiva, y de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo que se ha seleccionado, la noción de conflicto colectivo a la que se refiere el art. 9 Roma II parecería excluir cualquier otra acción colectiva distinta a la de la huelga o el cierre patronal. Si bien es cierto que, en una primera impresión, esa podría ser la dirección interpretativa correcta; lo cierto es que la dicción del precepto incluye ambas formas de presión colectiva de una manera ejemplificativa, cuestión ésta última que queda refrendada por la rúbrica general de la disposición que hace referencia a «Acción de conflicto colectivo». En consecuencia, los supuestos que pueden incluirse bajo el precepto que analizamos van más allá de la huelga o del cierre patronal, abarcando cualquier otra medida de acción distinta a las anteriores (boicot, bloqueos, etc.), en función de lo dispuesto en las normas internas de cada Estado miembro.

Por su parte, el artículo 9 se refiere a los daños causados por una acción de conflicto colectivo futura o realizada, de manera coincidente a las regla conflictual aplicable en defecto de elección o de residencia común de las partes, cuando señala que será de aplicación la ley del país en el que se haya emprendido la acción como la ley del país donde la acción vaya a emprenderse. La cuestión que se deriva de la inclusión de la expresión «futura» en el contexto de esta norma se vincula –al menos desde nuestra perspectiva– con la posibilidad de entablar acciones judiciales encaminadas a solicitar la adopción de medidas dirigidas a paralizar o suspender la convocatoria o el desarrollo de la huelga; cuestión ésta que analizaremos –por cuestiones de sistematización– en el siguiente epígrafe.

6.3. Responsabilidad ¿limitada a los daños causados por una acción de conflicto colectivo?

De acuerdo a lo preceptuado en el art. 9 Roma II, los sujetos intervinientes en una huelga o acción de presión complementaria a la anterior ejercida de manera ilegítima responderán por los daños causados por aquéllas. La cuestión a dilucidar en este momento no es otra que la de determinar –como finalizábamos el apartado anterior– si además de la posibilidad de accionar por daños y perjuicios frente a los responsables, es posible accionar por causa distinta a la producción de daños, teniendo en cuenta que la norma conflictual se extiende asimismo a los daños causados por una acción colectiva futura. Esta interrogante tiene su razón de ser en el hecho de que algunos ordenamientos jurídicos ofrecen instrumentos al empresario para que puedan prevenir un daño inminente o hacer cesar una situación ilícita, previsiones éstas que en nuestro ordenamiento jurídico no se contemplan⁶⁰. Así, en nuestro país no existe la posibilidad de ejercitar alguna acción que permita suspender o anular la convocatoria de huelga o el desarrollo de la misma. Si bien ello es así, en el derecho anglosajón esta clase de mecanismos son –como se decía– una realidad asentada (como ocurría en el caso *Viking Line* sin ir más lejos; supuesto que se desenvuelve por una amenaza de huelga frente al reabanderamiento de un buque en Estonia), por lo que si bien es cierto que la literalidad del art. 9 Roma II sólo habla de daños causados por una acción de conflicto colectivo, parece lógico interesarse por la posibilidad de que se accione contra los sujetos eventualmente responsables no sólo por los daños ocasionados, sino a través de la interposición de acciones de cesación o acciones que permitan suspender o anular la convocatoria de huelga. Lo anterior tendría su razón de ser en el propio artículo 9, puesto que como se ha señalado hace referen-

⁶⁰ Como ocurre en el Derecho inglés a través de la interlocutory injunction. Así, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: La responsabilidad civil del sindicato..., *op. cit.* pp. 250 y ss.

cia no sólo a los daños realizados o causados, sino a los daños futuros que pudieran producirse. Entiendo desde esta perspectiva, que la interpretación literal del precepto que hace referencia a «los daños causados» cobraría todo su sentido en conjunción con la expresión «conflicto colectivo futuro» y que sí cabría, por tanto, la interposición de acciones dirigidas a evitar la generación de daños. Esta postura viene refrendada –una vez más– por la aplicación de otras normas contenidas en el propio Reglamento, y particularmente por lo dispuesto en el art. 15.d) que señala que la ley aplicable a la obligación extracontractual regula «dentro de los límites de los poderes públicos conferidos al tribunal por su derecho procesal, las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño». Así, entiendo que el tribunal que conoce del asunto, si de acuerdo a sus normas procesales internas puede establecer medidas o mecanismos distintos a las acciones reparadoras de daños, entonces serían igualmente empleables en el contexto del art. 9 Roma II.

Sin embargo, hay que subrayar que la operatividad de estas medidas se puede ver restringida o limitada por el juego que estos efectos prevé el reglamento, ya que es cierto que esos mecanismos sólo podrán implementarse de acuerdo a la *lex fori* –la normativa interna del juez que conozca del litigio– y siempre que la ley aplicable a la obligación extracontractual regule estas medidas [art. 15.d) Roma II] –*lex causae*–. Y es que nos podríamos encontrar ante un supuesto en el que se demande ante los tribunales ingleses –cuyo derecho interno sí prevé este tipo de acciones– (*lex fori*) y la huelga de desenvuelva en España (que nos los contempla) (*lex causae*). En estos casos, cabría pensar en la imposibilidad de que el Tribunal inglés pudiera hacer uso de esos mecanismos, puesto que la ley reguladora de la responsabilidad sería la española que no los prevé para el empresario⁶¹. En el supuesto inverso, la interrogante que se nos plantea es

si el tribunal español que conoce del asunto estaría o no obligado a adoptar esas medidas jurídicas para prevenir el daño futuro. Y en este caso, entiendo que sólo podría hacerlo –como dice la norma– dentro de los límites que establece el Derecho procesal interno; lo cual me parece coherente si tenemos en cuenta que las normas procesales son normas imperativas. No obstante, he de reconocer que sobre este particular concreto son muchas las dudas que me asaltan, y que no las tengo todas conmigo, puesto que no podemos olvidar que la interpretación de esta norma guarda relación con lo dispuesto en el art. 35 de Bruselas I bis –relativo a *Medidas provisionales y cautelares*–, donde se establece que «podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Reglamento, un tribunal de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo», por lo que la solución a esta controversia entiendo no sé si depende en todo caso de lo dispuesto en la *lex fori*, lo cual es la interpretación que mayoritariamente sostiene la doctrina –y que asimismo comparto– o, si por el contrario, habrá que estar también a lo dispuesto en la *lex causae*. Y en este último caso, esto es, de concurrencia incompatible entre ambas, cómo deben jugar entre sí en un aspecto tan sensible como éste⁶².

⁶² He de señalar que se trata de una materia enormemente controvertida, por lo que no alcanzo a comprender –muy probablemente por mis propias limitaciones en la materia– lo que los profesores CARRASCOSA y CALVO-CARAVACA exponen en *Las obligaciones extracontractuales en Derecho...*, sobre el asunto, cuando señalan (y cito textual, p. 134) que «la ley reguladora de las obligaciones extracontractuales regula, en el caso de daños futuros, las medidas jurídicas que pueden adoptarse para prevenir tal daño futuro. Y en el caso del daño presente, dicha Ley regula las medidas para detener el daño presente y reparar los perjuicios producidos por el mismo. Ahora bien, el art. 15 Roma II permite que el tribunal que conoce del asunto pueda adoptar una medida cautelar prevista por su legislación (*lex fori*) pero en relación con bienes determinados respecto de los cuales la medida cautelar no puede adoptarse según la *Lex fori*, aunque sí según la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales».

⁶¹ Donde la legitimación activa sólo corresponde a trabajadores y sindicatos.

7. REGLAS CONFLICTUALES EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL SINDICATO POR HUELGAS TRANSNACIONALES

Como se señalaba anteriormente, el art. 9 Roma II establece las reglas conflictuales aplicables a la acción de conflicto colectivo transnacional conectada con más de un ordenamiento jurídico. A tal fin, se establece –como decíamos líneas más arriba– los siguientes criterios de conexión. En primer lugar, la ley aplicable a la obligación extracontractual será la que las partes determinen, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 14 Roma II –Libertad de elección–, ya que el art. 9 Roma II no excluye su aplicación⁶³. En defecto de ley aplicable, y tal como recuerda el art. 9 será de aplicación lo dispuesto en el art. 4.2 Roma II, que establece como criterio de conexión la ley de residencia común de las partes. Finalmente, y en el caso de que ninguna de las anteriores jugará, la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de una acción de conflicto colectivo se someterá a la ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse. Como es visible, esta última regla conflictual constituye una excepción los parámetros generales sobre los que se asienta el criterio general contenido el art. 4 Roma II. En efecto, si tenemos en cuenta que la regla general es entender aplicable la ley del país donde se produce el daño (*lex loci delicti commissi*), con independencia del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión; el art. 9 Roma II establece que –en defecto de elec-

ción o de residencia común de las partes– será de aplicación la ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse (*lex loci actus*). Por su parte, se ha de señalar que para los supuestos que analizamos se ha excluido el recurso a la cláusula de excepción, esto es, al recurso a los vínculos más estrechos o, dicho de otro modo, a la aplicación de la ley de un país distinto a los designados mediante las reglas anteriores con el que el conflicto tenga una relación socio-económica estrecha. Sobre todas estas cuestiones nos centraremos a continuación.

7.1. Autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la ley aplicable

El art. 9 Roma II no señala ninguna restricción a que las partes en un conflicto colectivo puedan seleccionar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de aquella. En este sentido, la disposición que regula la libertad de elección –art. 14 Roma II– será la norma que debemos tomar en consideración en estos momentos para analizar la operatividad y el alcance de esta previsión en el contexto que tratamos. Con carácter general, es perfectamente posible augurar la escasa operatividad de la *electio iuris* en el marco de las acciones colectivas con elemento de extranjería, tanto por cuestiones técnicas, como fácticas. Por lo que se refiere a la escasa o nula operatividad de esta regla conflictual debido a causas técnicas, lo cierto es que parece bastante complicado que las partes decidan realizar un pacto de estas características que desplace los criterios del art. 9 Roma II. Y ello así, porque la regulación de las relaciones colectivas y particularmente de las acciones de conflicto colectivo están fuertemente limitadas por normas imperativas y de orden público, por lo que incluso admitiendo que las partes recurran a una Ley que determine la responsabilidad extracontractual derivada de aquella; éste resultado quedaría fuertemente afectado –o para ser más exactos, corregido o desplazado– por lo dispuesto en los artículos

⁶³ En el mismo sentido, JOUBERT, N.: «Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)», en VV.AA (CORNELOUP y JOUBERT Dir.): *Le Règlement communautaire Roma II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec –lexis Nexis editorial, Université de Bourgogne, Actes du colloque du 20 septembre 2007 –Dijon, vol. 31, 2008, p. 77.

16 –leyes de policía–; 17 –normas de seguridad– y 26 –orden público del foro– (art. 4.2 y 4.3 Roma II); así como al hecho de que el pacto de *lege utenda* no podría nunca perjudicar los derechos de terceros (art. 4.1 *in fine* Roma II)⁶⁴. Y todo ello sin hacer referencia a que este mecanismo conflictual tendría cabida sólo una vez que el hecho generador del daño se hubiera producido, y que además dicha elección debe manifestarse con carácter expreso o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso (art. 4.1 *in fine* Roma II).

Si a las dificultades técnicas y límites que establece la propia regulación del Reglamento entorno a esta cuestión, añadimos que desde el punto de vista fáctico tampoco es necesario el recurso a esta regla conflictual para obtener una regulación favorable a los intereses empresariales en estos contextos, la posibilidad de que este criterio sea empleado se reduce enormemente en la práctica. En efecto, si nos atenemos a algunos de los supuestos más cercanos en el tiempo que han sido objeto de interpretación por el TJUE (*Torline* y *Viking Line*), podemos observar que en aplicación del Reglamento Bruselas I es perfectamente factible demandar ante los tribunales de un país distinto al lugar donde se desenvuelve la huelga, por una parte, y/o incluso al lugar donde los daños derivados de la huelga se producen. En este sentido, hablamos de una especie de *forum shopping* en aplicación de lo dispuesto en los artículos 4.1 (foro del domicilio del demandado); 8.2 (foro por conexidad) y 7.2 Bruselas I bis (foro especial en materia delictual o cuasidelictual); que hace innecesario –sobre todo al que probablemente sea demandante en estos casos: el empresario– tener que recurrir a la elección de ley aplicable para obtener un resultado más favorable a sus intereses⁶⁵.

⁶⁴ Sobre estas cuestiones ampliamente y con carácter general, PALAO MORENO, G: *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 303 y ss.

⁶⁵ Vid. Supra epígrafe 4.1. Y en todo caso, sírvase analizar el documento enviado por la ITF y la ETF conjuntamente en relación con el libro verde de revisión del Reglamento Bruselas I. Documento titulado: Submission by the ETF and the ITF on

7.2. La designación de la ley aplicable a través del criterio de la residencia habitual común de las partes

El artículo 9 comienza señalando que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2, la ley aplicable será la del país donde se haya emprendido o se emprenda la acción colectiva de que se trate. En consecuencia, habrá que acudir a la regla conflictual establecida en el art. 4.2 Roma II que señala que «cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país». Se trata de una regla conflictual que en los casos que tratamos tendrá operatividad en todos los supuestos en los que no sea posible identificar el país donde se desenvuelva o vaya a desenvolverse la acción colectiva. Por ejemplo, en los supuestos de huelga a bordo de buques, esto es, en supuestos donde la acción colectiva se desenvuelve extramuros de la soberanía (territorio) de cualquier Estado. Por su parte, no hay que perder de vista que para que esta regla surta efectos, es necesario que ambos sujetos ostenten la residencia habitual en un mismo Estado, lo cual en el caso de la industria marítima o en otros casos es relativamente complicado. No obstante, existen otros supuestos donde la aplicabilidad de la regla conflictual que analizaremos en el epígrafe siguiente puede presentar ciertas dificultades, que pudieran ser salvadas en atención al criterio de la residencia habitual común de las partes. Nos referimos a supuestos de los perjuicios que pudieran derivarse de acciones colectivas que se desenvuelven al amparo del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional que no

the Green paper on the review of Council Regulation (EC) N° 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters (COM (2009) 175 final)).

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0002/contributions/civil_society_ngo_academics_others/europen_transport_workers_federation_en.pdf

tengan una vinculación socio-económica con el Estado de acogida de los trabajadores, y sí con el Estado de origen. En estos supuestos, considero que el recurso a la regla contenida en el art. 4.2 Roma II podría tener una cierta operatividad.

En cualquier caso, y a pesar de las bondades de esta regla conflictual en algunos casos, se ha de señalar que los autores que han trabajado esta materia entienden que la aplicación de esta regla no debe ser automática y que habrá que estar a las circunstancias del caso con la finalidad de evitar que conduzca a resultados no queridos para las partes o que se aplique un ordenamiento jurídico que no guarda conexión socio-económica con el supuesto de hecho⁶⁶. Desde luego que desde aquí compartimos esta aseveración, y sostenemos que esta regla conflictual debería ser empleada con bastantes reservas, teniendo en cuenta que algunos ordenamientos jurídicos son más restrictivos que otros en materia de huelga. Y es que no se entendería por qué un sindicato o federación sindical (–con residencia habitual en Inglaterra–) que inicia una acción contra una empresa (–con residencia también en Inglaterra–) en territorio Sueco podría incurrir en responsabilidad extracontractual de acuerdo con el derecho inglés, pero sin embargo tratarse de una huelga o de acción colectiva perfectamente legítima de acuerdo al derecho sueco⁶⁷. En todo caso, en estos supuestos pueden surgir problemas a la hora de determinar la residencia habitual común de las partes, para lo cual el art. 23 Roma II establece los criterios de localización del citado elemento⁶⁸. Desde esta perspectiva, esa disposición indica que la residencia habitual de una persona jurídica será el lugar de su administración central, y en el caso de una persona física que esté ejerciendo actividad profesional, la residencia

habitual será el establecimiento principal de dicha persona⁶⁹.

7.3. La *lex loci actus*: la ley del país donde se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse

Finalmente, el art. 9 Roma II establece que en defecto de aplicación de las reglas de conexión anteriores –lo cual se producirá en la mayor parte de los casos– será de aplicación la ley del país donde la huelga –o acción colectiva– se desenvuelva o vaya a desenvolverse. Desde esta perspectiva, y como se señalaba líneas más arriba, la regla conflictual contenida en esta disposición supone una excepción al régimen general aplicable de acuerdo al art. 4 Roma II relativa a la aplicación de la ley del daño. De este modo, se ha querido evitar la aplicación de la *lex loci delicti commissi*, dados los problemas singulares que se habían suscitado a propósito de la sentencia *Torline*⁷⁰ sustituyendo esta previsión por la determinada en función del lugar donde la acción colectiva se emprenda o vaya a emprenderse. Con carácter general, se trata de una opción muy adecuada porque normalmente el lugar donde la huelga o acción colectiva transnacional se desenvuelve es el lugar que mayor conexión presenta con la cuestión litigiosa, amén de que el ejercicio del derecho a la huelga se encuentra sometida a normas de orden público, que ocupan –como se sabe– una posición preferente en estas regulaciones. Asimismo, si además nos encontramos con que se ejercitan acciones de presión complementarias –piquetes, blo-

⁶⁶ Así, PALAO MORENO, G. citando a GONZÁLEZ CAMPOS, J.D en Responsabilidad civil extracontractual..., *op. cit.* p. 373.

⁶⁷ Es el ejemplo que expone MORSE, R.: «Industrial action in the conflict of Laws»..., *op. cit.* pp. 726-727.

⁶⁸ Sobre el particular, véase PALAO MORENO, G: Responsabilidad civil extracontractual..., *op. cit.* p. 370 y ss.

⁶⁹ La norma hace referencia asimismo a los supuestos en los que el hecho generador del daño se produzca en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento; siguiendo a estos efectos la regla del art. 5.5 Bruselas I. En todo caso, para un crítica sobre dicha delimitación, véase PALAO MORENO, G: Responsabilidad civil extracontractual..., *op. cit.* p. 370 y ss.

⁷⁰ La aplicación del lugar del daño provocaba que la ley reguladora de la acción fuera la ley del establecimiento del empresario. Así, CRESPO HERNÁNDEZ, A: «Análisis metodológico de la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados...», *loc. cit.* p. 9 del documento pdf.

queos, etc.— lo normal es que se realicen en ese mismo país, lo que permite la aplicación de un mismo ordenamiento regulador. Finalmente, en la mayor parte de los casos, los daños derivados de la acción colectiva se producirán en ese mismo país. En cualquier caso, parece evidente que lo que se ha pretendido a través de la introducción de este criterio es evitar los problemas que resultarían de la aplicación de la regla general *—lex loci delicti commissi—*, ya que en los supuestos de huelga con elemento de extranjería, los daños derivados de aquélla pueden producirse en varios países, de modo y manera que con esta disposición se pretende evitar los problemas que provoca la multiplicidad de lugares de producción del daño, al mismo tiempo que la regla evita tener que concretar la ley reguladora a estos casos cuando el acto generador y los daños se manifiestan en diversos Estados. Así, la regla contenida en el art. 9 Roma II niega valor de localización al país donde los daños se producen y reconduce todos los aspectos relativos a la responsabilidad civil extracontractual del sindicato al mismo lugar *—país donde se desenvuelve la acción—*.

No obstante, cabe preguntarse si esta solución es la más adecuada para todos los supuestos, tomando en consideración que no podemos olvidar que las acciones colectivas transnacionales pueden presentar una multiplicidad de lugares donde la acción colectiva se desenvuelve y/o los daños se producen. En efecto, puede ocurrir que esos países puedan o no tener un mayor interés en regular los resultados de una huelga ilegítima o simplemente que el país donde se desenvuelva la acción (o vaya a emprenderse) no tenga una vinculación estrecha con el supuesto en cuestión. Asimismo, podemos considerar los supuestos más paradigmáticos en este contexto, como son los que se establecen en el marco de la industria marítima, donde por ejemplo en el caso de huelga a bordo de buques esta regla conflictual deviene absolutamente insertible. Por lo que se refiere a los casos en los que esta regla conflictual no tiene porqué ser la más adecuada, podemos pensar en algunos

supuestos de acciones colectivas que se desenvuelven en el contexto del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, donde el objetivo de la acción colectiva que se desarrolla en el país de desplazamiento no sea otro que el de presionar a la empresa a mejorar las condiciones de trabajo reguladas de acuerdo a la ley que rige los contratos de trabajo *—Estado de origen—*. En estos supuestos, parece más acorde *—desde luego—* someter las consecuencias del ejercicio ilegítimo de la acción colectiva al Estado que ostenta una conexión socio-económica con el supuesto de hecho. Asimismo, podemos pensar en el ejercicio de una acción colectiva que se desenvuelve simultáneamente en diversos países *—incluso de terceros estados—* con el objeto de modificar las condiciones de trabajo reguladas de acuerdo a una empresa situada en un único país *—Estado miembro—*, lo que se puede producir con respecto a los trabajadores que prestan servicios para algún organismo público en el extranjero. Finalmente, esta regla va a tener una nula operatividad en los supuestos de huelgas acontecidas a bordo de buques, puesto que el buque no es ningún territorio, ni el pabellón o bandera del buque localiza un país específico. Asimismo, y en los supuestos en los que este tipo de acciones colectivas venga acompañada de boicot u otro tipo de medidas en un puerto particular, tampoco entiendo que el país donde el buque ataque tenga que tener *—en todo caso—* un interés particular en el conflicto colectivo en cuestión, por más que en algún supuesto se haya aplicado la ley del puerto para solucionar estos conflictos. Y en general, entiendo que esta solución tampoco es demasiado interesante en muchos supuestos de transporte internacional distintos al del transporte marítimo⁷¹. En definitiva, si bien es cierto que esta regla conflictual es la más apropiada para la mayor parte de los supuestos; no podemos dejar de pensar en múltiples casos en los que su operatividad

⁷¹ Sobre alguna de estas críticas también se pronuncia, VAN HOEK, A.A.H: «Private international law aspects of collective actions —...», *op. cit.* pp. 451 y ss.

puede o ser nula o ser escasa. Incluso es perfectamente factible que, aunque este criterio conduzca a la aplicación de una ley determinada; ese ordenamiento jurídico tenga una escasa conexión socioeconómica con el conflicto en cuestión.

8. CONCLUSIÓN O REFLEXIÓN FINAL

En las páginas precedentes hemos intentado abordar en forma de pequeña pincelada dos de las cuestiones que, en mi opinión, merecen una cierta atención desde la perspectiva de las dificultades que surgen a propósito de las relaciones de trabajo colectivas plurilocalizadas; por ser ambas, las analizadas, las que con mayor profusión podrían producirse o se producen en la práctica. No obstante, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que las cuestiones que de Derecho Internacional privado pueden surgir a propósito de las diversidad y divergencia de regulaciones existentes en relación con la vertiente colectiva de Derecho del Trabajo son distintas a las aquí analiza-

das y que intuyo, además, irán incrementándose en el futuro; lo que debería llevarnos a plantearnos un estudio o estudios pormenorizado/s sobre todas estas cuestiones que, aquí por razones de espacio y opción, no han podido siquiera mencionarse. Y en este contexto, y ya en segundo lugar, creo que deberíamos prestar atención a la diversa manera en la que los instrumentos generales o ad hoc existentes se aproximan para resolver estas cuestiones, ya sea desde la perspectiva contractual y/o extracontractual; ya que con ello se olvida que se trata de materias interrelacionadas entre sí y que, además, pueden originar consecuencias sobre los contratos de trabajo conectados con más de un ordenamiento jurídico. Lo apenas señalado debería, a su vez, llevarnos a reconsiderar –en ese conjunto de reflexiones futuras– si esta aproximación a las relaciones colectivas de trabajo desde la perspectiva del DIP son consistentes o inconsistentes en términos jurídicos y, en cualquier caso, si sería o no necesario tratar de afrontar una regulación específica sobre estos temas con carácter general.

RESUMEN

Las relaciones colectivas de trabajo han recibido una menor atención desde la perspectiva de la competencia judicial y del conflicto de leyes si comparamos esta realidad con respecto a los trabajos existentes en referencia a la relación individual de trabajo plurilocalizada. Es por ello que el objeto de estas páginas es abordar algunas de las cuestiones que, en la actualidad, pueden tener un mayor impacto práctico, tales como los problemas que pueden suscitarse con respecto a los Acuerdos Marco Internacionales (AMI) desde la óptica del Derecho Internacional Privado (DIP) y también con respecto a las acciones colectivas transnacionales: en concreto la huelga. En este contexto, es objeto de este trabajo, abordar una cuestión que ha pasado sumamente desapercibida en nuestra doctrina, cual es la posibilidad de aplicar las reglas y criterios contenidos en el Reglamento Bruselas I bis y Roma I a los acuerdos atípicos producto del denominado diálogo social transnacional, denominados genéricamente AMI. Y en este marco, y a diferencia de lo que se viene sosteniendo, se considera que estos productos negociados entrarían dentro del ámbito de aplicación de ambas normas reguladoras de la vertiente del Forum y del Ius a efectos del Derecho Internacional Privado del Trabajo europeo. Junto con esta cuestión, sumamente delicada, la autora aborda las acciones colectivas transnacionales y, en concreto, la huelga, desde la perspectiva del DIP, con la finalidad en primer lugar de despejar los problemas calificatorios previos que, en esta materia, existen, con la finalidad de señalar las dificultades que pudieran derivarse de la consideración de estos conflictos como materia delictual o cuasidelictual en el contexto de los dos instrumentos jurídicos anteriormente anotados y por ende, objeto de tratamiento desde la perspectiva del Reglamento Roma II que regula la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. El objetivo final es reflexionar sobre la necesidad de establecer alguna formulación homogénea para instituciones de carácter transnacional que aparecen íntimamente ligadas entre sí, amén de conectadas con las consecuencias que –por ejemplo– el ejercicio de una huelga transnacional considerada ilícita pudiera tener sobre los contratos de trabajo conectados con más de un ordenamiento jurídico y que son objeto de solución por las reglas contenidas en Bruselas I bis y Roma I, si bien las contenidas ya sea en la sección 5ª o art. 8 respectivamente, esto es, siendo –como no podría ser de otra manera– conflictos estrictamente contractuales. Por lo que respecta a la metodología seguida, ésta es de corte clásico para el análisis de cualquier cuestión jurídica, en la medida en que además de las normas de aplicación, tomamos en consideración la jurisprudencia emitida a propósito de estas cuestiones, ya sea directa o indirecta, así como a través del empleo y la lectura de obras doctrinales relacionadas con la misma cuestión. En definitiva, el principal logro de este trabajo es poner sobre la mesa la existencia de conflictos de leyes y de jurisdicciones desde la perspectiva de la vertiente colectiva de las relaciones de trabajo, dado que sobre éstas ha habido un número de intervenciones doctrinales muy inferior si lo comparamos con las mismas cuestiones, si bien desde la perspectiva del contrato de trabajo.

Palabras clave: Relaciones colectivas de trabajo, Acuerdos Marco Internacionales (AMI), La huelga como acción transnacional.

ABSTRACT

Less attention has been paid to collective labour relations from the perspective of judicial competence and conflict of laws if we compare this reality to existing works on individual relationships of multi-state work. That is why the aim of this paper is to address some of the issues that, at present, may have a greater practical impact, such as the problems that may arise in relation to International Framework Agreements (IMAs) from the point of view of Private International Law and also with respect to transnational collective actions, specifically strikes. In this context, this work is aimed at addressing a question that has gone largely unnoticed in our doctrine, which is the possibility of applying the rules and criteria contained in the Brussels I bis and Rome I Regulation to the uncommon agreements resulting from the so-called transnational social dialogue, generically referred to as IMA. Within this framework and unlike what has already been stated, it is considered that these negotiated products would fall within the scope of application of both regulatory rules of *forum and ius* for the purposes of Private International Law on European labour. Along with this extremely sensitive issue, the author addresses transnational collective actions and, particularly, strikes, from the point of view of Private International Law, with the aim, first of all, of clearing the previous qualifying problems that exist in this matter with the purpose of pointing out the difficulties that may arise from the definition of these conflicts as delictual or quasi-delictual issues within the context of the two legal instruments previously noted and, therefore, the object of treatment from the perspective of the Rome II Regulation that regulates the Law applicable to non-contractual obligations. The final objective is to reflect on the need to establish some homogeneous formulation for transnational institutions that appear closely linked to each other, in addition to the consequences that, for example, the exercise of a transnational strike considered illegal could have on work contracts related to more than one legal system and that are subject to solution by the rules contained in Brussels I bis and Rome I, although those contained either in section 5 or art. 8 respectively, that is, being –as it could not be otherwise– strictly contractual conflicts. With regard to the applied methodology, this is a classic one for the analysis of any legal issue, to the extent that, in addition to the rules of application, we take into account either the direct or indirect jurisprudence on these issues, as well as the use and reading of doctrinal works related to the same question. In short, the main achievement of this work is to discuss the existence of conflicts of laws and jurisdictions from the point of view of the collective aspect of labour relations, given the lower number of doctrinal interventions on them compared to the same issues but from the perspective of work contracts.

Keywords: Private International Law, Labour collective relations, International Framework, Agreements, Right to Strike.

Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social*

The choice of law rules in the system of coordination of rate of social safety

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ**

LA DETERMINACIÓN DE UNA LEGISLACIÓN ÚNICA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL MARCO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Desde un momento muy temprano de su existencia, la integración europea fue el escenario para una *experimentación avanzada* en materia de Seguridad Social. No porque pretendiese armonizar las legislaciones existentes en sus seis Estados miembros iniciales, aunque el Informe Spaak en 1956 hubiera señalado, utópicamente, que «*une unification des systèmes de sécurité sociale, éliminerait de sérieux obstacles a la circulation des marchandises et des personnes*». El principio de territorialidad más estricto imperaba hasta entonces en los nacientes sistemas de protección social, vinculando es-

trictamente trabajo, cotización y disfrute de prestaciones.

Por el contrario, se preocupó de crear una incipiente normativa, hasta entonces prácticamente desconocida, que extendiera los efectos de las normas existentes en cada Estado y garantizara su validez transfronteriza. La primera ocasión para ello fue el Convenio europeo sobre la seguridad social de los trabajadores migrantes, firmado en Roma, en el marco de la CECA, de 9 de diciembre de 1957. No era el primer texto internacional que trataba esta cuestión, pues ya en la posguerra podían encontrarse Tratados bilaterales e incluso multilaterales en esta materia, tras el precedente sentado por el Convenio sobre los bateleros del Rin.

En su artículo 7, el citado Convenio plasmó el que sería el principio rector durante los siguientes 60 años: la *lex loci laboris*. A él se unían una serie de excepciones, algunas ya desaparecidas de la regulación europea. La primera se ocupaba de los trabajadores desplazados a un Estado miembro, la segunda de los trabajadores de empresas de transporte ferroviario, terrestre aéreo o de navegación interior; la tercera de los trabajadores de las empresas atravesadas por una frontera entre dos Estados miembros; y, en último lugar, los

* Este trabajo se enmarca en el proyecto DER2015-66922-R (AEI/FEDER, UE) *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (anteriormente, por el Ministerio de Economía y Competitividad) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional; y de la Red- GPC- ED431B-2016 y - ED431D 2017/19 del *Programa de Consolidación y Estructuración de Unidades de Investigación Competitivas* de la Xunta de Galicia.

** Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela.

trabajadores asalariados al servicio de establecimientos diplomáticos y consulares¹.

La relevancia de este Convenio no se vio reflejada en su duración, pues poco tiempo después entraron en vigor la primera pareja de Reglamentos en materia de Seguridad Social: los Reglamentos nº3 y nº4. La importancia que se atribuyó a esta materia resulta evidente si se recuerda que, en el marco de la entonces Comunidad Económica Europea, sólo habían sido aprobados con anterioridad a este los Reglamentos nº1, sobre el régimen lingüístico de la CEE, y nº2, a propósito de los salvoconductos de los miembros de la entonces denominada Asamblea Parlamentaria.

El Reglamento nº 3 dejaba claro en sus considerandos previos que el Convenio era su antecedente inmediato y que la mayor parte de sus contenidos eran una adaptación del anterior texto. No obstante, la estructura del nuevo texto fue ya diferente y quedaría consolidada hasta nuestros días en la versión del Reglamento (CE) nº 883/2004. Su Título II se ha ocupado desde entonces de las disposiciones sobre ley aplicable, intentando crear un conjunto homogéneo de normas de conflicto.

El primer cambio en este sistema llegó con el Reglamento nº 36/63/CEE, de 2 de abril, a propósito del régimen de los trabajadores fronterizos. El objetivo de este Reglamento no fue modificar el Reglamento nº 3 para integrar en él sus contenidos. Por el contrario, se situó en paralelo a él y su Título II recogió un sistema propio para la determinación de la legislación aplicable, con sus especialidades.

La primera modificación real del Título II del Reglamento nº 3 llegó con el Reglamento nº 24/64/CEE, a propósito de los trabajadores desplazados y de los que realizaban actividades en más de un Estado miembro. Fue el primero de una serie de cambios legislativos

que mostraron la enorme dificultad de regular esta materia en el ámbito comunitario.

Casi contemporánea fue la sentencia de 9 de junio de 1964, *Nonnenmacher/Sociale Verzekeringsbank*², que trató de la segunda cuestión prejudicial planteada a propósito del Reglamento nº 3, antecedida únicamente por la pionera sentencia *Unger*³. Por primera vez, el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse a propósito de los criterios de determinación de la legislación aplicable.

A su vez, el Reglamento nº 80/65/CEE añadió una nueva categoría, la de los agentes auxiliares de las Comunidades Europeas, dotados entonces de un derecho de opción entre legislaciones que también ha continuado su trayectoria hasta el Reglamento (CE) nº 883/2004.

La incorporación de la gente de mar al ámbito subjetivo de los Reglamentos en virtud del Reglamento nº 47/67/CEE hizo necesario cambiar la numeración del Título II para dar cabida al nuevo grupo. Entró así en el acervo comunitario el conocido criterio de la ley del pabellón del navío, que en una ficción jurídica queda asimilado al territorio del Estado cuya bandera enarbola.

Muchos de estos contenidos fueron recogidos en el posterior Reglamento (CEE) nº 1408/71, el de más larga vigencia hasta ahora. La dispersión de contenidos, la consciencia de que la normativa estaba perdiendo coherencia sistemática y la voluntad de pasar de un sistema de «migrantes» a «trabajadores que se desplazan por el interior de la Comunidad y sus familias» fueron las principales causas de este cambio.

² *M. Th. Nonnenmacher, viuda H.E. Moebis contra Bestuur der Sociale Verzekeringsbank*, Asunto C-92/63 (ECLI:EU:C:1964:40).

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1964, *M.K.H. Unger, esposa de R. Hoekstra contra Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten te Utrecht*, Asunto C-75/63 (ECLI:EU:C:1964:19).

¹ Ampliamente sobre este Convenio, DOUBLET, J: «Problèmes de Sécurité Sociale et Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier», *Annuaire français de droit international*, nº. 3, 1, 1957, pp. 568-585.

El Título II de este nuevo Reglamento continuó recogiendo las disposiciones sobre legislación aplicables, codificando la normativa existente e incorporando alguna mejora técnica. No obstante, pronto fue modificado a propósito del seguro voluntario por el Reglamento (CEE) n° 1392/74. También de alcance limitado fue la alteración del articulado sobre los titulares de pensiones llevada a cabo por el Reglamento (CEE) n° 2595/77. En la misma línea, el Reglamento (CEE) n° 1517/79 se ocupó de ajustar la ley aplicable a los trabajadores llamados a cumplir el servicio militar.

El cambio más importante en el Título II se produjo con el Reglamento (CEE) n° 1390/81, por el que los trabajadores no asalariados, los trabajadores autónomos en la terminología del Reglamento, se incorporaron al ámbito subjetivo del sistema comunitario de articulación de Seguridad Social. Fue necesario proceder al ajuste de todos los preceptos vigentes para recoger esta nueva categoría. En algunos casos, se extendió la norma existente, en otros se elaboraron criterios específicos para reflejar las peculiaridades del trabajo autónomo. Se incorporó de esta manera, por ejemplo, la regla sobre el ejercicio simultáneo de una actividad asalariada y otra autónoma.

Los problemas derivados de esta pluriactividad condujeron a una nueva reforma, a través del Reglamento (CEE) n° 3811/86. El Reglamento (CEE) n° 2195/91, a su vez, siguió añadiendo matices y ajustes. Las letras duplicadas ya alcanzaban el *quinquies* y se hacía evidente la desorganización del Reglamento (CEE) n° 1408/71 provocada por las sucesivas reformas. Pese a que el Reglamento (CE) n° 118/97 pretendió aportar mayor coherencia y claridad al sistema, no lo consiguió de forma completa. Prueba de ello fueron las modificaciones producidas por el posterior Reglamento (CE) n° 1606/98, que, además de otros ajustes, elevaron las excepciones del artículo 14 hasta la letra *septies*.

El Reglamento (CE) n° 883/2004 supuso el último episodio, hasta ahora, en la evolución de la normativa de la Unión Europea en esta

materia. No obstante, tampoco esta norma consiguió resolver los problemas existentes⁴. En primer lugar, por la doble vigencia de los Reglamentos durante el periodo transitorio. En el momento en que este artículo se escribe, el Reglamento (CEE) n° 1408/71 continuará vigente hasta, se espera, 2020, en virtud del artículo 87.8⁵, además de las especialidades del artículo 90⁶, y sigue dando lugar al plan-

⁴ GARCÍA MURCIA, J: «Los Reglamentos 883/2004 y 978/2009 y el Tratado de Lisboa», en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, p. 26: «Esta nueva operación normativa, siendo muy importante por muchas razones, no ha entrañado en realidad transformación alguna en el método o manera de actuar de la Unión Europea en este terreno».

⁵ Según la literalidad de dicho artículo: «Si, en virtud del presente Reglamento, fuese aplicable a una persona la legislación de un Estado miembro distinta de la determinada en virtud del título II del Reglamento (CEE) n° 1408/71, se seguirá aplicando a dicha persona esta última legislación tanto tiempo como se mantenga la situación que haya prevalecido, en cualquier caso por un período máximo de diez años a partir de la aplicación del presente Reglamento, salvo en caso de que el interesado presente una solicitud para que se le aplique la legislación determinada en virtud del presente Reglamento. Si se presenta la solicitud en un plazo de tres meses a partir de la fecha de aplicación del presente Reglamento ante la institución competente del Estado miembro cuya legislación sea aplicable en virtud del presente Reglamento, se le aplicará dicha legislación a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento. Si se presenta la solicitud tras la expiración de dicho plazo, se le aplicará dicha legislación a partir del primer día del mes siguiente».

⁶ De acuerdo con este precepto: «No obstante, el Reglamento (CEE) n° 1408/71 se mantiene en vigor y se preservan sus efectos jurídicos a los efectos: a) del Reglamento (CE) n° 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, en tanto que no se derogue o modifique dicho Reglamento; b) del Reglamento (CEE) n° 1661/85 del Consejo, 13 de junio de 1985, por el que se establecen las adaptaciones técnicas de la normativa comunitaria en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes en lo que se refiere a Groenlandia, en tanto no se derogue o modifique dicho Reglamento; c) del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra, y otros acuerdos que contengan una referencia al Reglamento (CEE) n° 1408/71, en tanto que dichos Acuerdos no se modifiquen a la luz del presente Reglamento».

teamiento y resolución de cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de su Título II. Mientras tanto, el Reglamento (CE) n° 883/2004 ya es de aplicación íntegra a las situaciones producidas tras su demorada entrada en vigor el 1 de mayo de 2010. A los efectos de las comparaciones entre Reglamentos, se empleará la versión consolidada del Reglamento (CEE) n° 1408/71 de 7 de julio de 2008, y se atenderá a las tres distintas versiones del articulado del Título II del Reglamento (CE) n° 883/2004 que se van a indicar a continuación.

No puede negarse que el periodo de tiempo transcurrido entre la aprobación del Reglamento (CE) n° 883/2004 y la de su Reglamento de aplicación, el Reglamento (CE) n° 987/2009, trajo importantes consecuencias. Adviértase que el primero fue publicado el 30 de abril de 2004, el último día de la UE de 15 Estados miembros, mientras que el segundo ya se desarrolló en el marco de una Europa de 27, con las consiguientes dificultades en la elaboración de un texto de tal calado. En efecto, el Reglamento (CE) n° 988/2009 ya introdujo modificaciones de detalle en el Título II.

Más importante fue la reforma llevada a cabo por el Reglamento (UE) n° 465/2012. En primer lugar, introdujo un nuevo criterio de determinación de la legislación aplicable para las tripulaciones de vuelo o de cabina. Pero, en segundo lugar, sustituyó íntegramente el régimen de la actividad múltiple por cuenta ajena e introdujo matices en la regulación de los trabajadores desplazados. Estas reformas fueron impulsadas por la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social y determinaron la legislación aplicable en el momento actual, por lo que se volverá posteriormente sobre ellas. Las posteriores reformas del Reglamento sólo se han ocupado de sus anexos, pero no es descartable que en un futuro próximo se proceda a la incorporación de nuevos criterios para adaptar la normativa a la realidad del trabajo en el siglo XXI, como por ejemplo el teletrabajo transfronterizo.

El hilo conductor de los últimos años de evolución recogidos aquí queda sintetizado a la perfección por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esta ha sido muy clara al afirmar que, tras la entrada en vigor del Reglamento (CEE) n° 1408/71, «las disposiciones del Título II del Reglamento constituyen un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes, cuyo objetivo es someter a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad al régimen de Seguridad Social de un único Estado miembro para evitar la acumulación de legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello pueden derivarse»⁷.

2. EL CRITERIO GENERAL: LA LEY DEL LUGAR DE TRABAJO Y SUS Matices

En ambos textos vigentes, el Título II se inicia con la proclamación de la regla general en sus artículos 13 y 11, respectivamente. Los dos emplean, como principal criterio, el lugar de trabajo –la *lex loci laboris* clásica del Derecho internacional privado⁸–, presente ya en la mayor parte de Convenios bilaterales existentes en materia de Seguridad social, siguiendo el criterio tradicional de la afiliación⁹.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1994, *Guido Van Poucke contra Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen y Algemene Sociale Kas voor Zelfstandigen*, Asunto C-71/93 (ECLI:EU:C:1994:120). Rec. p.I-1101.

⁸ Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Principios generales de la Seguridad Social comunitaria», en W.A.A., *La seguridad social internacional: convenios bilaterales y derecho comunitario*, Madrid, 1994, pp.18-19, n.6: «Es una elección que se impone *necesiter* para solucionar el eventual conflicto de leyes que pueda presentarse en cualquiera de los ordenamientos nacionales; además, parece, una opción coherente con el transfondo económico-financiero que hay detrás de la protección a los diversos riesgos contemplados por los sistemas de Seguridad Social: la cotización y las prestaciones se encomiendan al mismo sistema».

⁹ Cfr. RECIO LAZA, A. M.: *La seguridad social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, Madrid, 1997, pp. 88-89: «Pese a que no sea su objeto determinar los requisitos de afiliación a los diferentes regimenes de Seguridad social, las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 13 producen el efecto de sustituir la residencia en el territorio del Estado miembro por el ejercicio

Ese centro de atracción generado por la actividad es el imán más poderoso para atraer al trabajador hacia una legislación¹⁰. Pese a su aparente sencillez, este criterio se ha revelado como una fuente inagotable de problemas a los que ha tenido que enfrentarse la jurisprudencia comunitaria, como la aplicabilidad de los Reglamentos a nacionales de terceros Estados que trabajan en Suiza, pero que residen en Alemania¹¹.

En aquellos casos en los que el lugar de trabajo no resulte adecuado, por los diversos motivos que se expondrán, se establece la regla especial de la residencia¹²; o bien la de la sede del empleador. Aunque sobre estos criterios se tratará más adelante, conviene reparar en que estas reglas especiales no buscan sino proteger las expectativas de derecho a

de una actividad en el mismo territorio como requisito de afiliación».

¹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: *La seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1982, p. 269: «Se trata de una ley que tiene que ser aplicada incluso fuera de las propias fronteras nacionales e incluso por instituciones de Seguridad Social de otros países, por eso se ha hablado de que es una legislación que se desnacionaliza, que adquiere competencia europea».

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 2010, *Alketa Xhymshiti contra Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Lörrach*, Asunto C-247/09 (ECLI:EU:C:2010:698). Los artículos 2, 13 y 76 del Reglamento nº 1408/71, así como el artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 574/72 no son aplicables a una nacional de un Estado tercero en la situación de la demandante en el asunto principal, puesto que la situación de ésta se rige por la legislación del Estado miembro de residencia.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, *Ministerstvo práce a sociálnich včí contra B*, Asunto C-394/13 (ECLI:EU:C:2014:2199): «[E]l artículo 13, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro sea considerado el Estado competente para conceder una prestación familiar a una persona por el solo hecho de que ésta tenga un domicilio registrado en el territorio de ese Estado miembro, sin que esa persona ni los miembros de su familia trabajen o residan habitualmente en dicho Estado miembro. El artículo 13 de ese Reglamento debe interpretarse en el sentido de que se opone también a que el Estado miembro que no es el Estado competente en relación con una persona considerada conceda prestaciones familiares a ésta, a menos que exista una conexión precisa y especialmente estrecha entre la situación en cuestión y el territorio de ese primer Estado miembro».

prestaciones del trabajador migrante¹³. De este modo, ciertas contingencias quedarán cubiertas por la designación de varias normas nacionales aplicables. Tampoco son ajenas a estas excepciones las legislaciones de los estados nórdicos, que priorizan el criterio de la residencia debido a la dimensión universal y no profesional de sus sistemas de protección social.

El punto de partida es siempre el mismo: el principio de la unicidad de la legislación aplicable a las personas sometidas a esta normativa¹⁴ que son, exclusivamente, los que

¹³ Con todo, como indica RODRÍGUEZ CARDO, I.A: «La ley aplicable en el Reglamento 883/2004», en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, p. 46: «conviene precisar que la disociación entre el lugar de residencia y el de trabajo puede provocar tensiones entre la modalidad contributiva, ligada a la actividad, y las prestaciones no contributivas, que toman como base la residencia. De este modo, los trabajadores transfronterizos que presten servicios en un Estado Miembro no podrían causar prestaciones no contributivas conforme a la legislación de ese Estado, a no concurrir el requisito de residencia; por su parte, los residentes en un Estado Miembro que presten sus servicios en otro país no estarán incluidos en la modalidad contributiva de la Seguridad Social del Estado de residencia, pero sí podrían causar prestaciones asistenciales en su condición de residentes si reúnen el resto de exigencias establecidas en cada supuesto concreto».

¹⁴ Se formula, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1991, G. C. *Noij contra Staatssecretaris van Financiën*, Asunto C-140/88 (ECLI:EU:C:1991:64), pero la síntesis es mucho más clara en la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 1992, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, Asunto C-57/90 (ECLI:EU:C:1992:10): «este principio de unicidad de la legislación aplicable sólo rige para las situaciones previstas en los artículos 13, apartado 2, y 14 a 17 del Reglamento nº 1408/71, que determinan las normas de conflicto que deben aplicarse en cada situación. En efecto, se deduce de la sentencia de 21 de febrero de 1991, Noij, (C-140/88, Rec. p. I-387) apartados 9 y 10, que las personas, como los trabajadores que hayan cesado definitivamente en sus actividades profesionales, que no se encuentran en una de las situaciones contempladas en los artículos mencionados, pueden estar sometidas simultáneamente a la legislación de varios Estados miembros». Esta sentencia indicó que quedaban fuera del Reglamento específicamente «los beneficiarios de una pensión de jubilación anticipada o de una pensión de jubilación complementaria». Esta doctrina se reitera nuevamente en Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 1992, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica*, Asunto C-253/90 (ECLI:EU:C:1992:58).

se encuentren en las situaciones previstas por los artículos 13.2 y 14 a 17 del Reglamento (CEE) n° 1408/71. Así pues, quienes se encuentren fuera de estos supuestos, que son minoría, pueden estar sometidos simultáneamente a la legislación de varios Estados miembros. Conforme al artículo 13 del primer Reglamento, se aplicará una única legislación cuando se trate de evitar, entre otras, las situaciones de doble cotización que no lleven amparada una doble protección¹⁵, cuando conduzcan a una acumulación de prestaciones no deseada por los Estados¹⁶, o,

¹⁵ Vid. RECIO LAZA, A. M.: *La seguridad social en la jurisprudencia comunitaria*, op. cit., p. 84. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2000, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, Asunto C-34/98 (ECLI:EU:C:2000:84): la circunstancia de que una legislación nacional califique de impuesto a un gravamen no significa que, con respecto al Reglamento n° 1408/71, ese mismo gravamen no pueda considerarse comprendido dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento y sujeto, en consecuencia, a la regla de no acumulación de las legislaciones aplicables (...) el elemento determinante a efectos de la aplicación del Reglamento n° 1408/71 radica en la relación que debe guardar la disposición de que se trate con las leyes que regulan las ramas de Seguridad Social enumeradas en el artículo 4 del mismo Reglamento, relación que debe ser directa y suficientemente relevante. Esta misma doctrina se reitera en Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2000, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, Asunto C-169/98 (ECLI:EU:C:2000:85). Por el contrario, admite la contribución social para artistas alemana la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2001, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, Asunto C-68/99 (ECLI:EU:C:2001:137). Más recientemente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2016, *Rijksdienst voor Pensioenen contra Willem Hoogstad*, Asunto C-269/15 (ECLI:EU:C:2016:802) insiste en la indiferencia de la denominación: «el carácter fiscal de los cobros se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el procedimiento principal, que prevé el cobro de cotizaciones que guardan una relación directa y suficientemente relevante con las leyes reguladoras de las ramas de seguridad social enumeradas en el artículo 4 del citado Reglamento n° 1408/71, en su versión modificada, sobre prestaciones procedentes de regímenes de pensiones complementarias, aunque el beneficiario de estas pensiones complementarias no resida en ese Estado miembro y se encuentre, conforme al artículo 13, apartado 2, letra f), del mismo Reglamento, en su versión modificada, sujeto a la legislación en materia social del Estado miembro de residencia».

¹⁶ De acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1986, *E. S. Luijten contra Raad van Arbeid*, Asunto C-60/85 (ECLI:EU:C:1986:307): «la aplicación del Reglamen-

incluso, cuando así se consiga una simplificación burocrática¹⁷. Inicialmente, esta regla no formaba parte del primitivo Reglamento n° 3¹⁸, sino que se fue construyendo, paulatinamente, a partir de la entrada en vigor del Reglamento (CEE) n° 1408/71, de sus sucesivas reformas y como consecuencia de una constante acción jurisprudencial¹⁹, siendo

no puede suponer la pérdida de derechos adquiridos exclusivamente al amparo de una legislación nacional. Este principio, en efecto, no concierne a las normas relativas a la legislación aplicable, sino a las normas comunitarias sobre la acumulación de prestaciones previstas por diferentes legislaciones nacionales. No podría producir, pues, el resultado, contrario al artículo 13, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71, de asegurar al interesado, respecto de un mismo período, con arreglo a las disposiciones de las legislaciones de varios Estados miembros».

A su vez, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de junio de 1998, *Anne Kuusijärvi contra Riksförsäkringsverket*, Asunto C-275/96 (ECLI:EU:C:1998:279) el Tribunal señala que: «el único objetivo de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 13 del Reglamento n° 1408/71 es determinar la legislación nacional aplicable a las personas que se hallan en una de las situaciones contempladas en sus letras a) a f). Su objetivo, como tales, no es determinar los requisitos para que exista el derecho o la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social o a otra rama de dicho régimen».

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 1983, *Luigi Coppola contra Insurance Officer*, Asunto C-159/82 (ECLI:EU:C:1983:4): «seules là ou les institutions compétentes de l'Etat Membre sur le territoire duquel le travailleur est occupé ou a été occupé en dernier lieu sont compétentes pour procéder a la totalisation des périodes d'assurance conformément a l'article 18, du Règlement n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, et que seule la législation de cet Etat Membre est applicable en matière de prestations de maladie, en vertu de l'article 13, paragraphe 2, sous a), de ce règlement».

¹⁸ Un ejemplo de la jurisprudencia bajo el régimen anterior en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 1964, *M. Th. Nonnenmacher, viuda H.E. Moebis contra Bestuur der Sociale Verzekeringsbank*, Asunto C-92/63 (ECLI:EU:C:1964:40): «L'article 12 du Règlement n° 3 du Conseil de la CEE, concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants n'interdit pas aux États membres autres que celui sur le territoire duquel les travailleurs salariés ou assimilés sont occupés d'appliquer à ceux-ci leur législation en matière de sécurité sociale».

¹⁹ Cfr. RECIO LAZA, A. M.: *La seguridad social en la jurisprudencia comunitaria*, op. cit., pp. 84-85: «Tendrá que entrar en vigor el Reglamento n° 1408/71 para que el Tribunal corrija su doctrina y consagre el principio de unidad. Así el asunto *Bentzinger* mencionará «un principio» y «una norma general», y los asuntos *Kuijpers*, *Ten Holder* y *Luitjen* subrayarán que las disposiciones del Título II de los Reglamentos n° 3 y 1408/71

muy escasas las excepciones que se oponen a ella²⁰. El Tribunal, no obstante, ha señalado que es admisible que Estados que no son designados como competentes por el Reglamento puedan ofrecer una protección suplementaria aun a trabajadores que no sufren ninguna desventaja de carácter jurídico, pues conservan su derecho a obtener prestaciones de la misma naturaleza en el Estado miembro competente²¹.

La redacción en los dos Reglamentos no es la misma. El Reglamento (CE) n° 883/2004, antes de entrar en los criterios de identificación, ha introducido un nuevo apartado, en virtud del cual «las personas que reciben una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de su actividad por cuenta ajena o propia serán consideradas como si ejercieran dicha actividad», con numerosas precisiones en el propio apartado que dejan esta regla reducida, a grandes rasgos, al desempleo, ya contemplado en otro apartado, y a las presta-

tienden a que los interesados se sometan al régimen de Seguridad Social de un único Estado miembro.

²⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: *La seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, op. cit., p. 279: «El elemento común de todos estos casos es negativo, la inadecuación de la regla general de la ley del lugar de empleo como punto de conexión y como regla de conflicto para solucionar la determinación de la legislación de Seguridad Social aplicable»

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2012, *Waldemar Hudzinski contra Agentur für Arbeit Wessel -Familienkasse y Jaroslaw Wawrzyniak contra Agentur für Arbeit Mönchengladbach- Familienkasse*, Asunto 611/10 (ECLI:EU:C:2012:339): los artículos 14, punto 1, letra a), y 14 bis, punto 1, letra a), del Reglamento no 1408/71 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro que no es designado como Estado competente, en virtud de tales disposiciones, conceda la asignación por hijo a cargo conforme a su Derecho nacional a un trabajador migrante que realiza un trabajo temporal en su territorio en circunstancias como las controvertidas en los litigios principales, incluido el caso en que se constata, en primer lugar, que el trabajador de que se trate no ha sufrido ninguna desventaja de carácter jurídico por ejercitar su derecho a la libre circulación al conservar su derecho a obtener prestaciones familiares de la misma naturaleza en el Estado miembro competente y, en segundo lugar, que ni el trabajador ni el hijo respecto del que se solicita la asignación residen habitualmente en el territorio del Estado miembro donde se ha realizado el trabajo temporal.

ciones por incapacidad temporal no derivadas de accidente de trabajo.

De acuerdo con el artículo 13.2.a del Reglamento (CEE) n° 1408/71, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro²², aunque la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro. La jurisprudencia ya había matizado esta cuestión, antes de que se introdujera el artículo 13.2.f, a propósito del tiempo de trabajo, señalando que un trabajador a tiempo parcial está incluido en el ámbito del Reglamento²³ y sometido

²² Insistiendo en esta dualidad geográfica residencia/trabajo, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 1981, *Kurt Beeck contra Bundesanstalt für Arbeit*, Asunto C-104/80 (ECLI:EU:C:1981:48): «l'article 13, paragraphe 2 a), du même Règlement, selon lequel le travailleur occupe sur le territoire d'un État Membre est soumis a la législation de cet État, même s'il réside sur le territoire d'un autre État Membre. Ce régime, dérivant de la finalité du Règlement n°1408/71 qui garantit, a tous les travailleurs ressortissants des États membres et se déplaçant dans la Communauté, l'égalité de traitement au regard des différentes législations nationales et le bénéfice des prestations de sécurité sociale, quel que soit le lieu de leur emploi ou de leur résidence, doit être interprète d'une manière uniforme dans tous les États membres, quelle que soit l'organisation des législations nationales relatives a l'acquisition du droit aux prestations familiales». Lo recalcó Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 1990, *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank contra M. G. J. Kits van Heijningen*, Asunto C-2/89 (ECLI:EU:C:1990:183): no puede oponerse a las personas contempladas en dicha disposición una norma de la legislación nacional que, para la admisión al régimen de seguro previsto por dicha legislación, exija un requisito de residencia en el Estado miembro en cuyo territorio se ejerce la actividad por cuenta ajena.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 1990, *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank contra M. G. J. Kits van Heijningen*, Asunto C-2/89 (ECLI:EU:C:1990:183): una persona que ejerce una actividad por cuenta ajena dos días por semana durante dos horas cada día está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento n° 1408/71, si reúne los requisitos exigidos por las disposiciones de la letra a) del artículo 1 y del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento. Añade la misma sentencia: «está sometida a la legislación de dicho Estado tanto durante los días en que ejerce dicha actividad como durante los días en que no la ejerce.» Reiterado

a la legislación del Estado miembro en el que presta su actividad, tanto los días que la ejerce como los que no; así como quien ha dejado de trabajar en un Estado miembro y no se ha trasladado a otro Estado miembro distinto, queda sujeto a la legislación del Estado miembro en el que hubiera realizado su última actividad, con independencia del tiempo que hubiera transcurrido desde entonces²⁴. También quien ejerza una actividad por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro estará sometido a la legislación de este Estado, incluso cuando haya terminado su actividad profesional y resida en el territorio de otro Estado miembro (artículo 13.2.b)²⁵.

en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2015, *C.E. Franzen y otros contra Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, Asunto C-382/13 (ECLI:EU:C:2015:261): «el residente de un Estado miembro, que está comprendido en el ámbito de aplicación de ese Reglamento y que trabaja durante varios días al mes en virtud de un contrato de trabajo eventual en el territorio de otro Estado miembro, está sometido a la legislación del Estado de empleo tanto durante los días en los que ejerce una actividad por cuenta ajena como durante los días en que no la ejerce.»

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2015, *C.E. Franzen y otros contra Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, Asunto C-382/13 (ECLI:EU:C:1986:242): un trabajador, que deja de trabajar en el territorio de un Estado miembro y que no se ha desplazado para ejercer otra actividad en el territorio de otro Estado miembro, queda sujeto a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ha ejercido su última actividad, cualquiera que sea el período transcurrido entre el cese de las actividades de que se trate y la terminación de la relación laboral.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 2012, *Partena ASBL contra Les Tartes de Chaumont-Gistoux SA*, C-137/11 (ECLI:EU:C:2012:593): «El Derecho de la Unión – en particular los artículos 13, apartado 2, letra b), y 14 quarter, letra b), del Reglamento (CEE) no 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CE) no 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998, y el anexo VII de dicho Reglamento– se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que ésta permite a un Estado miembro establecer una presunción iuris et iure de que se ejerce en su territorio una actividad consistente en la gestión, desde otro Estado miembro, de una sociedad que tributa en el primer Estado.»

El artículo 11.3.a del Reglamento (CE) n° 883/2004 ha simplificado esta regulación. El principio es el mismo, pero se han unificado en un único apartado el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. La precisión adicional que contenía el anterior Reglamento se ha suprimido, por otra parte, quizás con vistas a eliminar posibles interpretaciones restrictivas o dudosas del criterio.

En segundo lugar, hay que abordar la legislación aplicable a los empleados públicos. Conforme al artículo 13.2.d, los funcionarios y el personal asimilado estarán sometidos a la legislación del Estado miembro del que depende la administración que les ocupa, eso sí, siempre que se mantengan en activo²⁶, y sin que sean posibles efectos retroactivos aplicados a actividades anteriores en otro Estado miembro²⁷. El Tribunal sí ha admitido, en cambio, variaciones de la naturaleza de la relación de la persona con el Estado una vez concluida ésta, siempre que se mantenga la aplicabilidad de la legislación de ese Estado²⁸.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1991, *HCM Daalmeijer contra Bestuur van de Sociale Verzekeringsban*, Asunto C-245/88 (ECLI:EU:C:1991:66): no se aplica al supuesto de una persona que haya terminado definitivamente su actividad profesional en la Administración de un Estado miembro y posteriormente haya ido a residir con su esposa a otro Estado miembro en el que no desarrolló ninguna actividad profesional ni está afiliada, por ningún otro concepto, a un régimen de Seguridad Social.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1993, *Marie-Hélène Leguaye-Neelsen contra Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, Asunto C-28/92 (ECLI:EU:C:1993:942): «La letra d) del apartado 2 del artículo 13 del mismo Reglamento (...) no puede conducir a poner en tela de juicio la situación del interesado a la luz de la legislación de otro Estado miembro a la cual haya estado sometido anteriormente.»

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1996, *Office national de l'emploi contra Heidemarie Naruschawicus*, Asunto C-308/94 (ECLI:EU:C:1996:28): «la legislación aplicable a un funcionario al servicio de un Estado miembro, que ejerce su actividad en el territorio de otro Estado miembro y del que, en el momento de la resolución del contrato, el primer Estado miembro considera retroactivamente y por medio de una ficción que ha ejercido su actividad en calidad de trabajador por cuenta ajena y no de funcionario, a fin de que pueda tener derecho a las prestaciones por desempleo y beneficiarse de la legislación sobre seguro de enfermedad e invalidez, debe

El nuevo artículo 11.3.b ha mantenido la redacción anterior, pero eliminando la mención al personal asimilado. Esta supresión no quiere decir en modo alguno que el personal laboral o estatutario, o del tipo especial que pueda existir en otro Estado miembro, quede fuera de este precepto. Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 1.d del Reglamento (CE) n° 883/2004, se considera funcionario a «la persona considerada como funcionario o asimilado por el Estado miembro del que depende la administración que la ocupa»²⁹.

Continuando con los elementos comunes a ambos Reglamentos, el artículo 13.2.e del más antiguo de ellos se refiere a otra sujeción a lo público, aunque de una naturaleza diferente: la persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro, estará sometida a la legislación de ese Estado. Si la aplicación de esta legislación estuviera subordinada al cumplimiento de períodos de seguro anteriores a la incorporación al servicio militar o al servicio civil, o posteriores al licenciamiento del servicio militar o del servicio civil, los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro se tendrán en cuenta, en la medida necesaria, como si se tratara de períodos de seguro cubiertos bajo la legislación del primer Estado. El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia llamado o vuelto a llamar al servicio militar o al servicio civil, conservará la ca-

determinarse con arreglo a la letra d) del apartado 2 del artículo 13 de dicho Reglamento.»

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2010, *Vlaamse Gemeenschap contra Maurits Boesen*, Asunto C-296/09 (ECLI:EU:C:2010:755): «El significado que debe darse a los conceptos de «funcionarios» y de «personal asimilado», en el sentido del artículo 13, apartado 2, letra d), del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) n° 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981, viene determinado únicamente por los datos del Derecho nacional del Estado miembro del que dependa la administración empleadora».

lidad de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia³⁰.

El Reglamento (CE) n° 883/2004 sólo ha conservado la primera frase de este largo precepto, suprimiendo las restantes precisiones. En el fondo, la primera de ellas no suponía sino repetir la regla de la totalización de períodos, mientras que la segunda chocaba directamente con las normativas estatales en materia de servicio militar, al imponer la condición de trabajador a quien, como en el caso español, estaba excluido del Derecho del Trabajo en tanto que cumplidor de una prestación personal obligatoria.

Los dos Reglamentos, antes de abordar situaciones especiales, recogen una cláusula de cierre que vincula a la persona con el Estado de residencia. A pesar de que la conexión que establecen es la misma, la naturaleza de lo descrito es distinta en ambos casos. En el Reglamento (CEE) n° 1408/71 se señala que la persona a la que deje de serle aplicable la legislación de un Estado miembro, sin que por ello pase a aplicársele la legislación de otro Estado miembro³¹, de conformidad con una de las reglas enunciadas en las letras anteriores o con una de las excepciones o normas especiales establecidas en los artículos 14 a 17, quedará sometida

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2004, *Roberto Adanez-Vega contra Bundesanstalt für Arbeit*, Asunto C-372/02 (ECLI:EU:C:2004:705): «una persona que reside en un Estado miembro donde está desempleada tras haber realizado su servicio militar obligatorio en otro Estado miembro está sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia».

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de abril de 2013, *Edgard Mulders contra Rijksdienst voor Pensioenen*, Asunto C-548/11 (ECLI:EU:C:2013:249): «Se infringiría esa disposición si el requisito de residencia impuesto por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio el interesado cesó su actividad por cuenta ajena para la admisión al régimen de seguro que esa legislación establece en materia de pensión de jubilación fuera oponible a las personas contempladas en dicho artículo 13, apartado 2, letra a). Por lo que respecta a estas personas, dicha disposición produce el efecto de sustituir el requisito de residencia por un requisito basado en el ejercicio de la actividad por cuenta ajena en el territorio del Estado miembro de que se trate».

a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside, de acuerdo con las disposiciones de esta legislación (artículo 13.2.f)³². El Tribunal ha señalado con firmeza que la adquisición de derechos a una pensión de vejez no implica que dicha norma haya de continuar aplicándose³³.

³² RECIO LAZA, A. M.: *La seguridad social en la jurisprudencia comunitaria*, op.cit., p. 85: «Para evitar la no aplicación del principio de unidad a las personas que se encontrasen en situación de pasivo (jubilados, etc.), el Consejo aprobó el Reglamento nº 2195/91 que vino a crear el artículo 13, apartado 2, letra f, extendiendo la unidad en la legislación también a dichas situaciones». La Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de junio de 1998, *Anne Kuusijärvi contra Riksförsäkringsverket*, Asunto C-275/96 (ECLI:EU:C:1998:279) afirmó que: «en el tenor literal de la letra f) del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento nº 1408/71 no hay nada que indique que esta disposición sea aplicable únicamente a los trabajadores que hayan cesado definitivamente de ejercer toda actividad profesional y no a aquellos que únicamente hayan cesado de ejercer sus actividades profesionales en un Estado miembro determinado (...).no se opone a que la legislación de un Estado miembro supedita la afiliación a un régimen de Seguridad Social de dicho Estado miembro a un requisito de residencia en su territorio». No obstante, esta afirmación fue matizada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 2001, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica*, Asunto C-347/98 (ECLI:EU:C:2001:236), al advertir que para la aplicación de dicha norma es preciso que la legislación de un Estado miembro haya dejado de ser aplicable y la mencionada norma no define por sí misma los requisitos con arreglo a los cuales deja de ser aplicable la legislación de un Estado miembro. A su vez, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2005, *Nils Laurin Effing*, Asunto C-302/02 (ECLI:EU:C:2005:36) afirma que: «en unas circunstancias como las del asunto principal, en las cuales un preso ha dejado de ejercer toda actividad profesional en el Estado miembro donde ha comenzado a cumplir su pena y que ha sido trasladado, a petición suya, desde una institución penitenciaria situada en dicho Estado miembro a una institución penitenciaria situada en su Estado miembro de origen para cumplir los quince meses de detención que le quedan por expiar, la legislación aplicable al interesado en virtud de las normas de conflicto contenidas en el artículo 13 del Reglamento nº 1408/71 no puede ser la del Estado que ha abandonado a causa del traslado.»

³³ De acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 2017, *Secretary of State for Work and Pensions contra Tolley*, Asunto C-430/15 (ECLI:EU:C:2017:74), el hecho de que una persona haya adquirido derechos a una pensión de vejez por las cotizaciones abonadas durante un determinado período al régimen de seguridad social de un Estado miembro no impide que la legislación de este Estado miembro pueda dejar de ser aplicable posteriormente a esta persona.

En cambio, la regla recogida en el 11.3.e del Reglamento (CE) nº 883/2004 no se refiere a una cesación de los efectos de la normativa. La caracterización que hace es una tajante mención a «cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a d)», que quedará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia. En esta descripción, no es necesaria una sujeción previa al Reglamento para quedar vinculado.

El último punto común de ambos Reglamentos a propósito de situaciones «generales» es el tratamiento de los agentes de las Comunidades Europeas, que en el Reglamento (CEE) nº 1408/71 recibían la denominación de «auxiliares» (artículo 16.3) y en la actualidad son caracterizados como «contractuales» (artículo 15). No obstante el cambio de denominación, la regla es la misma, la posibilidad de opción entre la aplicación de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio están ocupados y la aplicación de la legislación del Estado miembro al cual han estado sujetos en último lugar, o del Estado miembro del que son nacionales, excepto en lo que se refiere a las disposiciones relativas a subsidios familiares, cuya concesión está regulada por el régimen aplicable a estos agentes.

Dejando a un lado los trabajadores del mar, que serán abordados en un epígrafe posterior y que son recogidos por ambos Reglamentos, cada uno de ellos contiene una serie de reglas especiales que no están conectadas con la pluriactividad³⁴, y que no se repiten en las dos normas.

³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *La seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, op. cit., p. 282: «Las excepciones de la regla del lugar de trabajo suponen la elección de otra regla de conflicto en razón de la naturaleza móvil de la actividad o del lugar de trabajo del propio trabajador. Es la movilidad en el trabajo la que impide establecer un único punto de conexión en un lugar permanente de trabajo y ello supone, o interpretar forzosamente el criterio de lugar de empleo, asignando como tal ficticiamente uno de ellos o buscar un criterio diverso de conexión».

La más peculiar de ellas es la recogida en el artículo 14.3 del Reglamento (CEE) n° 1408/71. Conforme a este precepto, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro, en una empresa que tenga su sede en el territorio de otro Estado miembro y que está atravesada por la frontera común de estos Estados, estará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio tenga su sede dicha empresa. Ésta es una situación realmente extraña, que se deriva de determinados cambios de fronteras que tuvieron lugar al final de la Segunda Guerra Mundial y que provocaron que algunas grandes explotaciones agrícolas y mineras pasaran a estar situadas en dos Estados diferentes³⁵. Esta situación se regula de forma paralela para las personas que ejerzan una actividad por cuenta propia (14 bis 3).

Por añadidura, para cerrar este elenco en el más antiguo de los Reglamentos, hay que dejar constancia de la regla del artículo 14 bis 4, conforme a la cual si la legislación a la que una persona debiera quedar sometida conforme a los apartados 2 o 3 no permite a dicha persona afiliarse, incluso con carácter voluntario, a una régimen de seguro de vejez, el interesado quedará sometido a la legislación del otro Estado miembro que le sería aplicable independientemente de estas disposiciones o, en caso de que las legislaciones de dos o varios Estados miembros le fuesen aplicables, a la legislación determinada de común acuerdo entre esos Estados miembros o entre sus autoridades competentes.

En último lugar, hay que señalar que las reglas generales se aplican también (artículo 16) a los miembros del personal de servicio de las misiones diplomáticas u oficinas consulares y al personal doméstico privado al servi-

cio de agentes de estas misiones u oficinas³⁶; salvo que sean nacionales del Estado miembro al que representan o del Estado miembro de envío, en cuyo caso podrán optar por la aplicación de la legislación de este Estado³⁷. El origen de esta regla procede del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961³⁸.

El Reglamento (CE) n° 883/2004 no contiene ninguna de las excepciones mencionadas y ha introducido dos propias. En primer lugar, la del artículo 11.3.c, según la cual, «la persona que reciba una prestación de desempleo de conformidad con el artículo 65 en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia estará sujeta a la legislación de dicho Estado miembro».

Aunque todavía no se ha mostrado del todo eficaz, tiene mayor relevancia la regla re-

³⁶ La Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 2015, *Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank contra L.F. Evans*, Asunto C-179/13 (ECLI:EU:C:2015:12), afirma que, en lo que respecta al período durante el cual un nacional de un Estado miembro ha estado empleado en una oficina consular de un Estado tercero establecida en el territorio de un Estado miembro del que no es nacional pero en cuyo territorio reside, dicho nacional no está sujeto a la legislación de un Estado miembro en el sentido de esta disposición si, en virtud de la normativa del Estado miembro en el cual reside, adoptada de conformidad con el artículo 71, apartado 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, celebrada en Viena el 24 de abril de 1963, el referido nacional no está afiliado al régimen de seguridad social nacional.

³⁷ Sobre las consecuencias de la opción, Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 1999, *Paula Gomez-Rivero contra Bundesanstalt für Arbeit*, Asunto C-211/97 (ECLI:EU:C:1999:275): «La decisión de un miembro del personal de servicio de una oficina consular de optar, con arreglo a la primera frase del apartado 2 del artículo 16 del Reglamento n. 1408/71, por la aplicación de la legislación del Estado miembro de envío, del que es nacional, no implica que su cónyuge ya no pueda solicitar una ventaja de Seguridad Social que, con independencia de la cobertura social de su cónyuge, le garantiza la legislación del Estado miembro en el que reside».

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1994, *R. L. Aldewereld contra Staatssecretaris van Financiën*, Asunto C-60/93 (ECLI:EU:C:1994:271): «El derecho de opción permite al Estado miembro de envío evitar dificultades de selección entre sus propios ciudadanos, que podrían resultar de la aplicación de la legislación del Estado miembro de empleo, en aquellos casos en los que la legislación de Seguridad Social del Estado de origen les fuera más favorable».

³⁵ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: *La seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, op. cit., p. 283, n.62.

cogida en el artículo 11.5 tras la reforma del Reglamento (UE) n° 465/2012, a propósito del trabajo de la tripulación de vuelo y el personal de cabina. De acuerdo con ella, la conexión con un Estado miembro se lleva a cabo conforme al criterio de la «base», definida en el anexo III del Reglamento (CEE) n° 3922/91. Este la define en el apartado OPS 1.1095, 1.7 como el «lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante»³⁹.

No ha de olvidarse, en todo caso, que el artículo 16 del propio Reglamento permite a los Estados miembros, como ya permitía el Reglamento (CEE) n° 1408/71, acordar excepciones a las leyes determinadas por su Título II, «en beneficio de determinadas personas o categorías de personas»⁴⁰.

3. NORMAS PARTICULARES APLICABLES A LOS TRABAJADORES DEL MAR

Las reglas aplicables a los trabajadores del mar no surgieron con la rapidez ni con la profusión de otras materias, si se compara, por ejemplo, con la pronta y abundante regulación de los trabajadores migrantes⁴¹. El vacío que, sobre esta materia, presentaron los Reglamentos n° 3 y n° 4, a pesar de ampliar su ámbi-

to a otras actividades económicas, no se cubrió hasta la promulgación del Reglamento 47/67/CEE. Este modificó el Reglamento n° 3 para recoger las bases de lo que habrían de ser las normas aplicables a los trabajadores del mar.

Como ya se ha señalado, el Reglamento 47/67/CEE modificó diferentes preceptos del Reglamento n° 3 para introducir en él una regla general para la determinación de la ley aplicable a estos trabajadores y tres excepciones. La regla general fue la conocida ley del pabellón⁴², según la cual, los trabajadores a bordo de un buque se someten a la legislación del Estado miembro cuyo pabellón enarbolaba el navío. Este criterio se prefirió sobre el criterio del registro. Si para algunos autores constituye un elemento positivo, pues permite «fijar un criterio firme y seguro superando la dificultad de localización que existe en estos casos»⁴³, para otros, en cambio, merece una importante crítica al prestarse al fraude y reducir el alcance de los mecanismos europeos «por causa de los registros bis o económicos de los Estados miembros, que remiten a los marineros extra-comunitarios a la legislación del Estado del que son nacionales o del Estado de su residencia familiar, por causa de la flota controlada por los armadores europeos bajo pabellón libre, ya que estos buques no están sometidos a los mecanismos de coordinación del derecho europeo»⁴⁴.

Frente a ella, el artículo 13.2 recogía tres excepciones, que trataban de evitar los per-

³⁹ La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, *Sandra Nogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar contra Ryanair Designated Activity Company*, Asunto C-168/16 (ECLI:EU:C:2017:688), ha considerado que este criterio de la base es un indicio de gran importancia a la hora de determinar el foro competente en materia de contrato de trabajo, pero no el único, en el marco del Reglamento (CE) n° 44/2001.

⁴⁰ Sobre estos acuerdos, *vid.* DESDENTADO BONETE, A: «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004», *op. cit.*, pp. 27-28.

⁴¹ Este vacío legal no resulta extraño considerando el ámbito al que se circunscribía inicialmente el Convenio de 1957, en el marco de la CECA.

⁴² Conforme al art. 12.2 del Reglamento n° 3: «les travailleurs salariés ou assimilés occupés à bord d'un navire son soumis à la législation de l'État membre dont le navire bat pavillon». Sobre esta cuestión, *cfr.* RIBES MORENO, I: «La actividad del personal que presta servicios a bordo de buques y sus problemas frente al encuadramiento en un régimen de seguridad social», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 1, n°1, 2016, pp. 23-55.

⁴³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: *La seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, *op. cit.*, p. 281.

⁴⁴ CHAUMETTE, P: «Prólogo», en CARRIL VÁZQUEZ, X.M: *Una cuestión de Derechos Humanos: la protección de seguridad social de nuestros trabajadores del mar emigrantes en Noruega*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 36.

juicios que se les ocasionaría a determinados trabajadores que desempeñan su actividad en otro Estado miembro durante un plazo muy breve de tiempo. Las excepciones eran las siguientes: 1º. Art. 13.2.a): Se aplicará la ley del primer Estado miembro a los trabajadores al servicio de una empresa de la que dependan normalmente, bien sea en el territorio de un Estado miembro o bien a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro, y que fueran destacados por esta empresa para realizar un trabajo por su cuenta a bordo de un buque que enarbole pabellón de otro Estado miembro⁴⁵. 2ª. Art. 13.2.b): se aplicará la legislación del primer Estado miembro a la persona que no ejerza habitualmente su profesión en el mar y si pertenecer a la tripulación de un buque, realice un trabajo en las aguas territoriales o en un puerto de un Estado miembro o en un buque enarbolando pabellón de otro Estado miembro que se encontrase en esas aguas territoriales o en ese puerto. Dichas tareas podrían ser tan amplias como carga y descarga, tareas de reparación, entre otras⁴⁶. 3ª) Art. 13.2.c): Aunque un trabajador preste servicios a bordo de un buque con pabellón de un Estado miembro, quedará sometido a la legislación del Estado miembro de su empleador, si este tiene su sede o domicilio en el mismo Estado miembro en el que resida trabajador. Con todo, esta excepción ha de entenderse con cautela. Aunque trata de evitar que los Estados puedan burlar la aplicación de la norma única comunitaria⁴⁷,

⁴⁵ Para RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: «Determinación del a normativa de Seguridad Social aplicable al transporte internacional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº72, 1995, p. 599, esta excepción impide que puedan verse perjudicados «los trabajadores que durante un lapso muy breve de tiempo desempeñen sus actividades laborales en un buque abanderado en un Estado miembro distinto de aquel con el que ya están vinculados».

⁴⁶ Para RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: *op. cit.*, p.599, esta amplitud en las tareas pretende evitar que puedan restringirse los derechos de ningún operario, dada la imposibilidad de enumerar todos los tipos de actividad que podrían realizarse.

⁴⁷ Así, en su Sentencia de 4 de octubre de 1991, *Fonds voor Arbeidsongevalen contra Madeleine De Paep*, asunto C-196/90 (ECLI:EU:C:1991:381), el Tribunal señaló que las disposiciones nacionales sobre afiliación no pueden impedir

tampoco debe entenderse que se aplique automáticamente a todo trabajador que perciba una remuneración. Así, no se aplicará cuando «ese pago se hace, no con dinero propio ni desde cuenta corriente abierta a nombre de esa persona, sino con cantidades pertenecientes a la empresa extranjera o sobre la cuenta bancaria de esta»⁴⁸.

En todo caso, la ley del pabellón permaneció tras sucesivas reformas. El Reglamento (CEE) nº 1408/71 mantuvo tanto esta regla general como sus excepciones, si bien las trasladó, respectivamente, a los artículos 13.2.c) y 14.2⁴⁹. Y lo mismo hizo el Reglamento (CEE) nº 1390/81,

la aplicación de la legislación señalada por el Reglamento, reconociendo el derecho a una prestación reclamada por la madre del trabajador fallecido en el mar, la cual resultó ser la propietaria de la empresa belga dueña del buque siniestrado, que navegaba bajo bandera británica. En el mismo sentido resolvió la más reciente sentencia de 7 de junio de 2012, *M. J. Bakker y Minister van Financiën*, Asunto C-106/11 (ECLI:EU:C:2012:328), ya bajo la aplicación del Reglamento nº 1408/71, al afirmar que los requisitos nacionales «no pueden tener por efecto excluir del ámbito de aplicación de la legislación de que se trate a aquellas personas a las que, en virtud del Reglamento nº 1408/71, esa legislación es aplicable». En este caso, se trataba de un residente en España que trabajaba por cuenta ajena en dragas que navegaban bajo pabellón holandés para una empresa con domicilio social en Rotterdam, principalmente en aguas territoriales chinas y de los Emiratos Árabes Unidos, aunque las dragas estaban inscritas en el Registro holandés de buques marítimos y pretendía eludir la inclusión en el régimen de Seguridad Social holandesa, que exige la residencia en su territorio como criterio de conexión.

⁴⁸ VICENTE PALACIO, A: *El régimen especial de seguridad social de los trabajadores del mar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 26-28.

⁴⁹ MIRANDA BOTO, J.M: «La seguridad social de los trabajadores del mar en los Reglamentos europeos», en CABEZA PEREIRO, J. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (Dir.): *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 272-273, da cuenta «de la introducción en el artículo 14.1.b de nuevas reglas especiales, en este caso para los trabajadores de transportes internacionales. Entre los medios de transporte incluidos en el elenco figuraba la navegación fluvial. Esta cuestión, que hoy en día parece proveniente de la Antigüedad clásica, gozaba entonces de gran importancia. Lo demuestra el hecho de que el artículo 6 del Reglamento al derogar cuantos convenios hubieran suscrito cuantos Estados miembros en materia de Seguridad Social, mantenía expresamente en vigor las disposiciones del Acuerdo de 27 de julio de 1950 relativo a la seguridad social de los bateleros del Rhin, revisado el 13 de febrero de 1961, y las disposiciones del Convenio europeo de 9 de

si bien este introdujo alguna otra cuestión de mayor calado, al extender el ámbito de aplicación a los trabajadores por cuenta propia. Así, la ley del pabellón pasó a incluir, además de a los trabajadores, a «toda persona que ejerza su actividad profesional», en clara referencia a los trabajadores por cuenta propia, y el anterior artículo 14.2 pasó a denominarse 14 *ter* y titularse «normas particulares aplicables a los trabajadores del mar».

Finalmente, el Reglamento (CE) nº 883/2004 fijó la normativa en vigor y simplificó esta regulación de modo muy considerable. Las dos excepciones sobre desplazamientos temporales se subsumieron en las reglas generales sobre trabajadores desplazados del artículo 12. De este modo, la norma de conflicto quedó recogida en el párrafo 4 del artículo 11. En segundo lugar, y sin modificar en modo alguno la redacción anterior, reordenó y simplificó las reglas existentes hasta entonces, agrupando en un único precepto la regla general y su excepción, de claro componente económico⁵⁰, con la siguiente redacción: «A

los efectos del presente título, una actividad por cuenta ajena o propia ejercida normalmente a bordo de un buque en el mar que enarbole pabellón de un Estado miembro se considerará una actividad ejercida en dicho Estado miembro. No obstante, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro estará sujeta a la legislación de este último Estado miembro si reside en dicho Estado. La empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario a efectos de dicha legislación»⁵¹.

4. EL CASO ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS

La escasa atención que inicialmente merecieron los trabajadores del mar contrasta con la que se prestó desde sus comienzos a los tra-

julio de 1956, relativo a la seguridad social de los trabajadores de los transportes internacionales».

⁵⁰ Sobre el tema, véase CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: «Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 108, 2001, pp. 910-912. Y con argumentos críticos al empleo de la ley del pabellón en materia de seguridad social, véase FOTINOPOULOU BASURKO, O: «¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente del mar?», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 5, 2015, pp. 63-73; y también de la misma autora, «Algunas reflexiones en relación con la seguridad social internacional de los trabajadores del mar a bordo de plataformas marítimas offshore y de embarcaciones de recreo», en VICENTE PALACIO, A; BALLESTER PASTOR, I y GARCÍA VIÑA, J (Coord.): *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al Prof. J.I. GARCÍA NINET*, editorial Atelier, Barcelona, 2017, pp. 143-169. Finalmente, una reflexión general con respecto a esta cuestión, CARRIL VÁZQUEZ, X.M y FOTINOPOULOU BASURKO, O: «Los criterios de determinación de la legislación aplicable en materia de seguridad social a los trabajadores del mar de acuerdo con las normas internacionales de aplicación a los mismos», en GARRIDO PÉREZ, E. y SÁNCHEZ RODAS, C. (Coord): *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, editorial Laborum, Murcia, 2017, pp. 113 y ss. Por su parte, para BERNAL SANTAMARÍA, F: «Hacia la búsqueda de un criterio para determinar la ley aplicable en el trabajo marítimo: la responsabilidad del armador ante el Re-

glamento 883/2004», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, ISSN-e 2445-3269, vol. 1, nº. 1, 2016, p. 63: «esta singularidad está vinculada a determinar la ley ligándola con un requisito económico: será empresario aquel sujeto que remunere al trabajador por el ejercicio de su actividad».

⁵¹ Téngase en cuenta, no obstante, el complejo supuesto resuelto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, *L. Kik contra Staatssecretaris van Financiën*, Asunto C-266/13 (ECLI:EU:C:2015:188). En ella el Tribunal de Justicia analizó el caso de un trabajador holandés embarcado en un buque de bandera panameña, dedicado a la colocación de tuberías para una empresa suiza, en la plataforma continental atribuida a los Países Bajos. La cuestión prejudicial estuvo encaminada a determinar con qué Estado tenía los vínculos más estrechos para así otorgarle la condición de Estado competente en materia de Seguridad social, receptor por lo tanto de la afiliación y la cotización del trabajador. A pesar de la bandera panameña del buque, el Tribunal incluyó este asunto en el Reglamento (CEE) nº 1408/71 debido a las estrechas conexiones que presentaba con los Países Bajos (su estado de nacionalidad, residencia y anterior afiliación) y con la Confederación Helvética (como sede de la empresa para la cual realizaba su actividad). La sentencia decidió otorgar mayor peso a este segundo elemento, en la medida en la que pueda conducir a la afiliación del trabajador a un régimen de Seguridad social; si el resultado hubiera sido otro, sería aplicable el criterio de la residencia, a pesar de ser residual en el indicado Reglamento.

bajadores desplazados, al amparo del derecho a la libre circulación y al establecimiento de un mercado laboral y profesional europeo⁵². Ambos Reglamentos han tratado de dar respuesta a los problemas de protección social que afectaban a los trabajadores desplazados y que, en último extremo, podrían dificultar la libre circulación de mano de obra entre los diferentes Estados miembros. Para ello, al trabajador desplazado se le garantizó la aplicación y cobertura de la legislación de Seguridad social de su país de procedencia, aunque temporalmente se encontrase realizando su actividad en otro Estado miembro diferente⁵³. En ese marco, la normativa europea se ha ocupado, desde tiempos muy tempranos, de los trabajadores desplazados. Tan meticulosa atención ha quedado recogida en un considerable número de decisiones de la Comisión Administrativa⁵⁴.

⁵² Cfr. GARCÍA MURCIA, J: «Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa», *op. cit.*, p. 31: «No es la finalidad de protección social por sí misma la que ilumina este tipo de reglas, sino la finalidad de facilitar al máximo la movilidad de personas y eliminar en lo posible las trabas que los interesados puedan encontrar a tal efecto. El texto normativo de referencia sigue siendo muy explícito en este sentido: se habrán de adoptar las medidas necesarias en el ámbito de la seguridad social «para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores»

⁵³ Cfr. DESDENTADO BONETE, A: «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 64, 2006, p. 20: «Es interesante subrayar esa finalidad distinta de las normas de trabajo y de Seguridad Social: en el régimen laboral se establece una garantía de la aplicación de los mínimos del Estado de ejecución, mi entras que en la Seguridad Social de lo que se trata es de permitir el mantenimiento de la norma del país de procedencia. ¿Por qué sucede esto? La explicación está sin duda en que la norma de Seguridad Social, como norma de formación de derechos a lo largo del tiempo, es más compleja que la norma laboral que normalmente se agota en el momento de la ejecución del contrato».

⁵⁴ Sucesivamente, las Decisiones de la Comisión Administrativa nº 110 de 16 de diciembre de 1977, nº 113 de 28 de febrero de 1980, nº 128 de 17 de octubre de 1985, nº 162 de 31 de mayo de 1996 y nº 181 de 13 de diciembre de 2000, regularon de forma conjunta los desplazamientos transnacionales de trabajadores, con independencia del precepto en que se abordaran. Actualmente se recogen en la Decisión nº A2 de 12 de junio de 2009.

Obviamente, la principal dificultad a la que ambas normas se enfrentaron fue la de ofrecer una definición adecuada de lo que habría de entenderse por trabajador desplazado. Así pues, el primero de ellos entendió por trabajador desplazado «el trabajador que ejerza una actividad en el territorio de un Estado miembro al servicio de una empresa de la que dependa normalmente y es destacado en el territorio de otro Estado miembro por esta empresa con el fin de efectuar allí un trabajo por cuenta ajena».

Si bien el Reglamento (CE) nº 883/2004 optó por ofrecer una mayor flexibilidad al tratamiento de los trabajadores desplazados, lo cierto es que ambos ofrecen casi la misma definición de lo que ha de entenderse por este concepto. La definición original prácticamente se mantiene en el más actual, aunque matizada con algunas precisiones terminológicas. Según el Reglamento (CE) nº 883/2004 es trabajador desplazado «la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro». Así, se sustituye el término trabajadores por «personas» y el de «actividad» por «actividad asalariada».

El Reglamento (CE) nº 1408/71 había extendido también la protección al trabajador por cuenta propia, esto es, a «la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro y que realice un trabajo en el territorio de otro Estado miembro», la cual «seguirá sometida a la legislación del primer Estado, a condición de que la duración previsible de la actividad no supere los doce meses». La Sentencia *Banks*⁵⁵

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de marzo de 2000, *Barry Banks y otros contra Theatre royal de la Monnaie*, Asunto C-178/97 (ECLI:EU:C:2000:169): «El término «trabajo» tiene habitualmente un sentido general que designa indistintamente una prestación de trabajo por cuenta ajena o una prestación de trabajo por cuenta propia. Por lo demás, el artículo 14 bis, punto 1, letra a), se distingue, a este respecto,

ya había indicado al respecto que el término «trabajo» es inclusivo tanto de la actividad por cuenta propia como por cuenta ajena, aclarando también un elemento de clara importancia: la expresión «actividad por cuenta propia» designa la actividad que ejerce normalmente la persona de que se trata en el territorio de uno o de varios Estados miembros, y no la prestación ocasional que efectúe fuera de este Estado o Estados. Al respecto, algún autor ha observado el peligro de *dumping* social al que puede conducir la indeterminación del tipo de trabajo que ha de desarrollar el trabajador autónomo, señalando la posibilidad de mantener una afiliación de bajo coste como autónomo en un país y trabajar en otro como trabajador por cuenta ajena, sin cotizar como tal en el país de empleo⁵⁶.

En consecuencia, un trabajador desplazado, sea por cuenta propia o ajena, debe haber

del artículo 14 ter, punto 2, según el cual la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia, bien sea en el territorio de un Estado miembro o bien a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro, y que efectúe un trabajo a bordo de un buque que enarbole pabellón de otro Estado miembro, seguirá sometida a la legislación del primer Estado miembro en la medida en que dicha persona efectúe dicho trabajo por su propia cuenta. Es verdad que, según su encabezamiento, el artículo 14 bis del Reglamento n. 1408/71 se aplica a las personas distintas de los trabajadores del mar que ejerzan una actividad por cuenta propia. Pero no cabe deducir de ello que el trabajo contemplado en el punto 1, letra a), de dicha disposición revista necesariamente el carácter de un trabajo por cuenta propia. En efecto, en dicho artículo, la expresión «actividad por cuenta propia» designa la actividad que ejerce normalmente la persona de que se trata en el territorio de uno o de varios Estados miembros, y no la prestación ocasional que efectúe fuera de ese Estado o de esos Estados».

⁵⁶ En este sentido, DESDENTADO BONETE, A: «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004», *op. cit.*, p. 28: «Un primer problema es el relativo al tipo de trabajo que el trabajador autónomo ha de desarrollar. El art. 14 bis.1 sólo indica que ha de tratarse de un trabajo, pero no nos dice si ha de ser un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena. El tema es importante, porque puede ser una vía de *dumping* mantener una afiliación de bajo coste como autónomo en un país y trabajar en otro como trabajador por cuenta ajena sin cotizar como tal en el país de empleo. Para evitar esto podría sostenerse que ha de haber una correspondencia entre los trabajos y que, por ello, se tiene que trabajar también por cuenta propia en el país de ejecución».

sido contratado por una empresa situada en un determinado Estado miembro para realizar en dicho Estado su actividad; además, debe haber sido enviado a realizar una tarea en otro Estado miembro diferente, durante un tiempo previamente determinado. Y durante el tiempo en el que se encuentre realizando esta tarea en otro Estado miembro, se considerará vigente la conexión con el Estado de origen en el que fue contratado. Como es lógico, esta regla sólo puede mantenerse si se cumplen determinadas condiciones, siendo una de ellas que el desplazamiento del trabajador no pueda superar un determinado límite temporal. En un primer momento, el Reglamento (CEE) n° 1408/71 fijó un máximo de 12 meses, salvo en el caso de que el trabajador fuese desplazado para sustituir a otro trabajador enviado anteriormente (artículo 14.1.a). Con todo, excepcionalmente se permitía la prolongar la duración de la actividad más allá de doce meses, hasta un máximo de veinticuatro (artículo 14.1.b), durante los cuales la legislación del Estado de origen seguiría siendo aplicable. Ahora bien, para ello se precisaban dos condiciones: que concurren circunstancias imprevisibles que obligasen a dicha prolongación, y que el Estado miembro de destino concediese su conformidad⁵⁷.

Para evitar los más que probables problemas burocráticos que podrían derivarse de esta situación, el Reglamento (CEE) n° 1408/71 exigió que el desplazamiento del trabajador hubiera de acordarse expresamente, obligando a la institución nacional a extender un certificado en el que se hiciese constar que dicho trabajador continuaba sometido a su legislación. Tal certificado, actualmente ya desaparecido, se contenía entonces bajo el modelo E-101 y disfrutaba de importantes efectos, en la medida en que instauraba una presunción

⁵⁷ Las Decisiones n° 162, de 31 de mayo de 1996, y n° 181, de 13 de diciembre de 2000, de la Comisión Administrativa para la Seguridad social de los trabajadores migrantes, a su vez, desarrollaban estas reglas. Véase un análisis detallado de ellas en CARRASCOSA BERMEJO, D: *La coordinación comunitaria de la Seguridad social*, CES, Madrid, 2004. pp. 158 a 171

de la conformidad a Derecho de la afiliación de los trabajadores desplazados al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en el que estuviera establecida la empresa de trabajo que ordenó su desplazamiento. Por ello, no podía sino ser vinculante para la institución competente del Estado miembro en el que se efectúe el trabajo⁵⁸, así como para los órganos jurisdiccionales de este mismo Estado⁵⁹ pues de otro modo podría quedar notablemente perjudicado el principio de afiliación de los trabajadores por cuenta ajena a un solo régimen de la seguridad social, así como la previsibilidad del régimen aplicable y, por consiguiente, la seguridad jurídica⁶⁰. Por este motivo se ha afirmado que este certificado «está destinado

a superar las trabas que pudieran obstaculizar la libre circulación de los trabajadores y a favorecer la interpenetración económica, evitando complicaciones administrativas, en particular, a los trabajadores y las empresas»⁶¹.

Sin embargo, este certificado está desapareciendo paulatinamente tras la entrada en vigor del actual Reglamento (CE) n° 883/2004 y la implantación del sistema de intercambio electrónico EESSI⁶².

El art. 12.1 del Reglamento (CE) n° 883/2004 ha eliminado la referencia de los doce meses para ampliarlos a veinticuatro. En concreto, se establece en él que la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro. Para que esta regla se aplique, será en todo caso necesario que se cumplan las siguientes condiciones, algunas de las se

⁵⁸ Sobre la fuerza de este certificado, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2006, *Rijksdienst voor Sociale Zekerheid contra Herbosch Kiere NV*, Asunto C-2/05 (ECLI:EU:C:2006:69): «El certificado E-101, en la medida en que ha instaurado una presunción de la conformidad a Derecho de la afiliación de los trabajadores desplazados al régimen de seguridad social del Estado miembro en el que está establecida la empresa de trabajo que ha desplazado a esos trabajadores, es vinculante para la institución competente del Estado miembro en el que son desplazados estos trabajadores (véase, en este sentido, la sentencia FTS, antes citada, apartado 53).

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2017, *A-Rosa Flussschiff GmbH contra Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Alsace (Urssaf) y Sozialversicherungsanstalt des Kantons Graubünden*, Asunto C-620/15 (ECLI:EU:C:2017:309) indicó que el certificado E 101 expedido por la institución designada por la autoridad competente de un Estado miembro, con arreglo al artículo 14, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n° 118/97, tal como fue modificada por el Reglamento (CE) n° 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, vincula tanto a las instituciones de seguridad social del Estado miembro en el que se efectúe el trabajo como a los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro, aun cuando éstos comprueben que las condiciones en que se desarrolla la actividad del trabajador de que se trate quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material de dicha disposición del Reglamento n° 1408/71.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2006, *Rijksdienst voor Sociale Zekerheid contra Herbosch Kiere NV*, Asunto C-2/05 (ECLI:EU:C:2006:69): «En efecto, en los casos en que fuera difícil determinar el régimen aplicable, cada una de las instituciones competentes de los dos Estados miembros interesados estaría obligada a considerar, en detrimento de los trabajadores interesados, que su propio régimen de seguridad social les es aplicable».

⁶¹ Así lo afirma la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2000, *Fitzwilliam*, Asunto C-202/97: «Tiene especialmente por objeto promover la libre prestación de servicios en beneficio de empresas que lo utilicen para enviar trabajadores a Estados miembros distintos de aquel en el cual están establecidas».

⁶² En este sentido, MIRANDA BOTO, J.M.: «Desplazamientos transnacionales de trabajadores: La perspectiva de Seguridad Social», en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.): *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 272: «La entrada en vigor del nuevo Reglamento, además, implica la desaparición paulatina de los formularios E-101 (que certificaba la conexión con el Estado de empleo), E-102 (que permitía superar el plazo inicial de 12 meses) y E-106 (necesario para la obtención de asistencia sanitaria). La implantación del sistema de intercambio electrónico EESSI conducirá a su sustitución por los documentos electrónicos estructurados (SEDs, «Structured Electronic Documents») y una potenciación del uso de las nuevas tecnologías para favorecer un mejor y más rápido servicio a los ciudadanos. A partir del 1 de mayo de 2010, el documento A1 determina la legislación aplicable, sustituyendo al E-101; el E-102 desaparece sin sucesor por el cambio de configuración de los desplazamientos; y el documento S1 asegura la asistencia sanitaria en Estados distintos del competente. Esta sustitución, no obstante, ha sido criticada por algún miembro del Parlamento Europeo».

establecen en las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, incorporadas en el artículo 14 del Reglamento (CE) n° 987/2009, entre las que destaca la Decisión A2:

a) Temporal. La duración previsible del trabajo que esta persona va a realizar en otro Estado miembro no puede exceder de veinticuatro meses. En consecuencia, se amplía la referencia al máximo de doce meses contenida en el Reglamento anterior y que había merecido críticas durante los trámites de elaboración del nuevo Reglamento (CE) n° 883/2004⁶³, en especial por causa de las particularidades que presentan determinadas actividades⁶⁴. Así se pensaba en determinadas funciones de especial cualificación en el ámbito de la investigación, desarrollo y nuevas tecnologías, en los que, desde un primer momento, se sabía que el desplazamiento habría de durar más de 12 meses. Finalmente, tras diferentes pasos, se acordó un período único de vinculación de veinticuatro meses, que contribuirá a evitar las prórrogas anuales como consecuencia de las demoras en los proyectos y ayudará a determinar si el trabajo debe considerarse como un puesto permanente.

La Decisión A2 da indicaciones así mismo sobre el tiempo que tiene que transcurrir entre envíos. Se trata del supuesto en el que el mismo trabajador puede ser enviado, su-

cesivamente, a la misma empresa situada en otro Estado miembro aun cuando ya hubiera concluido el período máximo de veinticuatro meses, si se espera un tiempo de *descanso* de dos meses entre el fin del envío anterior y el comienzo del siguiente. Claramente, esta disposición permite vaciar de contenido el estricto límite temporal de los veinticuatro meses.

b) La Decisión A2 aclara que el trabajador desplazado no tiene por qué haber sido contratado para realizar un trabajo inicial en el Estado Miembro, en el curso del cual haya surgido la necesidad de su desplazamiento. En otras palabras, dicho desplazamiento no tiene por qué ser una circunstancia sobrevenida en su relación laboral, sino que, por el contrario, puede tratarse de un trabajador que ha sido contratado con la única finalidad de ser enviado a otro Estado miembro. Con todo, para que en este caso pueda seguir manteniéndose su vinculación con la Seguridad social del Estado de origen, será necesario que dicho trabajador, durante el mes anterior a ocupar su puesto de trabajo, estuviera ya sujeto a la legislación del Estado en el que estuviera establecida la empresa⁶⁵.

c) La empresa que ordena el desplazamiento debe realizar normalmente sus actividades en el Estado miembro respecto del que se establece la vinculación. Así, el art. 12.1 del Reglamento se refiere a «un empleador que

⁶³ Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social, COM (98) 0779 final - AVC 98/0360, DOCE C 38 de 12.02.1999. Todas las Decisiones sobre los nuevos Reglamentos se encuentran publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea, C106, de 24 de abril de 2010.

⁶⁴ Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social, DOCE C 75 de 15.03.2000: «El Comité estima que debe mantenerse la posibilidad de derogación actualmente prevista en el artículo 14.1b del vigente Reglamento (CEE) n° 1408/71. Algunas funciones altamente cualificadas en el ámbito de la investigación y el desarrollo, del establecimiento de nuevas tecnologías o de otros servicios estratégicos, de las que se sabe, desde el principio, que el desplazamiento durará más de 12 meses, plantean una problemática que precisa un análisis más profundo por parte de la Comisión».

⁶⁵ Si bien el artículo 14 del Reglamento exige la sujeción del interesado «inmediatamente antes» de ocupar su puesto de trabajo, es la Decisión A que traduce dicho requisito como un mes de contrato, sin perjuicio de que en situaciones especiales pueda admitirse un período inferior. Sobre esta cuestión MIRANDA BOTO, J.M.: «Desplazamientos transnacionales de trabajadores: La perspectiva de Seguridad Social», *op. cit.*, p. 270, ha señalado lo siguiente: «Merece la pena resaltar que la precisión de la Decisión dificulta severamente la actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal, obligándolas al análisis casuístico que podría ser, paradójicamente, contrario a la libre prestación de servicios últimamente tan protegida por el Tribunal. Por otra parte, el Reglamento establece una mera sujeción a la legislación estatal, no un contrato de trabajo con la propia empresa que envía al trabajador. Ateniéndonos a la literalidad del precepto, desempleados y estudiantes, por ejemplo, podrían quedar incluidos en la regla reglamentaria y excluidos por la Decisión, a salvo del análisis concreto».

ejerce normalmente en él sus actividades». El ejercicio normal de las actividades en dicho Estado no aparece vinculado a las tareas del trabajador, sino a la actividad habitual de la empresa en el Estado de envío⁶⁶. Así las cosas, la vinculación de la definición de empleador al primer lugar en que se ejerce la actividad ayuda a aclarar si un trabajador se desplaza o si simplemente es contratado⁶⁷.

Por otra parte, la Decisión A2 y la jurisprudencia han contribuido a precisar lo que ha de entenderse por «normalidad» en las actividades de la empresa, aun cuando ello requiera adaptarse a las circunstancias particulares de cada caso. La Decisión A2 indica que pueden tenerse en cuenta, sin ánimo de exhaustividad, elementos como la localización de la oficina principal y de la sede de la empresa, cantidad de personal administrativo en ambos Estados, el lugar de contratación del trabajador, el Estado donde la empresa celebra un mayor número de contratos, los resultados de la empresa en cada Estado, el tiempo que lleva establecida la empresa en el Estado de origen... A su vez, la doctrina jurisprudencial ha precisado que no es suficiente para ello con que la empresa realice en dicho Estado miem-

bro actividades de gestión puramente internas⁶⁸.

d) La forma en la que ha de computarse el plazo máximo de veinticuatro meses ha merecido una atención detenida en la Decisión A2. Aunque el desplazamiento se concibe, con carácter general, desde la empresa que ha contratado el trabajador hacia otra empresa en la que ha de prestar sus servicios, nada impide dicho trabajador pueda ser desplazado a varias empresas diferentes. Los únicos límites al respecto son los siguientes: que este trabajador no hubiera sido contratado para sustituir a otro trabajador enviado⁶⁹; y que la empresa de origen sea siempre la misma. En tal caso, el envío a varios Estados diferentes permite entender que el período máximo de veinticuatro meses se aplicará respecto de cada uno de dichos Estados y no se verá interrumpido, según indica la Decisión A2, por situaciones como el disfrute de vacaciones, períodos breves de incapacidad temporal, etc.

e) Todos los requisitos anteriores están destinados a garantizar la vinculación del trabajador con el sistema de Seguridad social de su Estado de origen, también durante el tiempo durante el que se encuentra desplazado. Sin embargo, la Decisión contiene dos supuestos que permitirían poner fin a dicha vinculación: el primero de ellos, que la empresa de destino ceda al trabajador desplazado a una tercera empresa, con independencia de que esta se encuentre o no en el mismo Estado miembro. Y, el segundo, que el trabajador hubiera sido contratado en el Estado de origen con la finalidad de ser enviado desde una empresa perteneciente a un segundo Estado

⁶⁶ Cfr. GÓMEZ ABELLEIRA, F.: «La Seguridad social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas», en CARRERA CARRASCO, M. (Dir.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, MTAS, Madrid, s.d., pp. 470-471: «No es de extrañar que en la redacción del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, el legislador comunitario haya puesto el debido cuidado en recoger, más fielmente que el texto precedente, la correcta interpretación del precepto. Así, al definir los elementos subjetivos del supuesto de hecho, el nuevo texto sigue hablando de un trabajador por cuenta ajena en un determinado Estado miembro, pero pasa, en cambio, a hablar de «un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades», vinculando el adverbio «normalmente» no a la relación laboral del trabajador desplazado con su empresa, sino a la actividad que ésta ejerce en el Estado de envío. Por tanto, el cambio de dicción que en este extremo supone el nuevo Reglamento 883/2004 respecto del 1408/71 no conlleva una alteración de la realidad jurídica, sino una mera recepción de la interpretación avalada sistemáticamente por el TJCE y por la CASSTM».

⁶⁷ Cfr. MIRANDA BOTO, J.M.: «Desplazamientos transnacionales de trabajadores: La perspectiva de Seguridad Social», *op. cit.*, p. 270.

⁶⁸ La Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2000, *Josef Plum contra Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln*, Asunto C-404/98 (ECLI:EU:C:2000:607), que señaló que no queda afectada por esta regla una empresa de construcción, establecida en un Estado miembro, que envía a sus trabajadores al territorio de otro Estado miembro en el que ejerce todas sus actividades, a excepción de las de gestión meramente internas.

⁶⁹ Este importante requisito fue introducido por el Reglamento (UE) n° 465/2012.

miembro a otra empresa situada en un tercer Estado miembro.

5. LAS COMPLEJAS SITUACIONES DE PLURIACTIVIDAD EN EL REGLAMENTO (CEE) N° 1408/71

Todo lo expuesto hasta ahora se centra en personas con una única relación laboral o una única actividad por cuenta propia, si bien con ciertos problemas de localización. La parte más compleja del Título II se refiere, en contraste, a situaciones donde una misma persona desempeña simultáneamente⁷⁰ dos o más actividades, por cuenta ajena, por cuenta propia, en ambos regímenes o con un vínculo de empleo público.

Tras sucesivas reformas, las normas del Reglamento (CEE) n° 1408/71 habían quedado codificadas y tenían un carácter más detallado que las que las sucedieron. El primer criterio tenía relación con una actividad muy concreta: quien forme parte del personal itinerante o navegante de una empresa que efectúe por cuenta de otro o por su propia cuenta transportes internacionales de pasajeros o de mercancías por vía férrea, por carretera, por aire o por navegación interior y que tenga su sede en el territorio de un Estado miembro, estará sometida a la legislación de este último Estado (artículo 14.2.a)⁷¹.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2012, *Format Urz dzenia i Monta e Przemysłowe sp. z o.o. contra Zakład Ubezpieczeń Społecznych*, Asunto C-115/11 (ECLI:EU:C:2012:606): «una persona que, en el marco de sucesivos contratos de trabajo en los que se especifica como lugar de trabajo el territorio de varios Estados miembros, únicamente trabaja, de hecho, durante cada uno de esos contratos, en el territorio de uno sólo de esos Estados a la vez, no puede estar comprendida en el concepto de «persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros», en el sentido de la citada disposición.»

⁷¹ Esta cuestión había sido objeto de un tratamiento específico en el Convenio Europeo de Seguridad Social de los Trabajadores de los Transportes Internacionales de 9 de junio de 1956. El Reglamento recogió sus reglas. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: *La seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, op. cit., p. 291: «La elec-

Sin embargo, matizando esta regla, la persona ocupada por una sucursal o por una representación permanente que dicha empresa posea en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que ella tenga su sede, estará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre esta sucursal o representación permanente⁷². Además, la persona ocupada de forma preponderante en el territorio del Estado miembro en que resida estará sometida a la legislación de ese Estado, incluso cuando la empresa que la ocupa no tenga sede, ni sucursal, ni representación permanente en este territorio⁷³.

En cambio, los pluriempleados no transportistas estarán sometidos a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residen⁷⁴, si ejercen una parte de su actividad en

ción, como único elemento estable del lugar de la sede de la empresa, parece pues totalmente normal, y más simplificadora para la propia empresa que la elección del lugar de residencia del propio trabajador que hubiera sido el otro posible criterio de conexión».

⁷² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: *La seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, op. cit., p. 291: «Aquí predomina la sede de la sucursal sobre la sede principal en función de estar ocupado por (no en) una sucursal, y por ello su actividad se realizará en conexión directa con esa sucursal».

⁷³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: *La seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, op. cit., p. 292: «Es, pues, un elemento fundamentalmente cuantitativo el que hay que considerar aquí para decidir el empleo de manera preponderante en un determinado Estado miembro».

⁷⁴ Interpreta esta cuestión la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2017, *X y Staatssecretaris van Financiën*, Asunto C-569/15 (ECLI:EU:C:2017:673): «una persona que reside y ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y que, durante un período de tres meses, disfruta de una excedencia no retribuida y ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro debe considerarse una persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos Estados miembros en el sentido de esa disposición, siempre que, por una parte, durante ese período de excedencia, se considere que ejerce una actividad por cuenta ajena en virtud de la legislación en materia de seguridad social del primer Estado miembro y, por otra, la actividad ejercida en el territorio del segundo Estado miembro tenga carácter habitual y significativo, extremo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente». En cambio, la ya citada Sentencia

este territorio⁷⁵ o si dependen de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en el territorio de diferentes Estados miembros (artículo 14.2.b.i). El Tribunal ha interpretado que esta situación se da también en el caso de un trabajador de una misma empresa con centros de trabajo en varios países⁷⁶.

del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2017, *X contra Staatssecretaris van Financiën*, Asunto C-570/15 (ECLI:EU:C:2017:674) considera que: «[quien] ejerce una actividad por cuenta ajena para un empresario establecido en el territorio de un Estado miembro y reside en otro Estado miembro en cuyo territorio ejerció, en el año transcurrido, una parte de esa actividad por cuenta ajena correspondiente al 6,5 % de sus horas de trabajo, sin que existiera un acuerdo previo con su empresario, no debe considerarse una persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos Estados miembros en el sentido de esa disposición». El tema sigue sin estar claro, puesto que de los Países Bajos también procede la cuestión prejudicial planteada en el Asunto C-272/17: «¿Debe interpretarse el artículo 45 TFUE en el sentido de que esta disposición se opone a la normativa de un Estado miembro que implica que un trabajador que, en virtud del Reglamento n.º 1408/71 o, en su caso, del Reglamento n.º 883/2004, ha estado afiliado al régimen de la seguridad social del Estado miembro en cuestión durante una parte de un año natural, sólo tiene derecho, al abonar las cotizaciones a la seguridad social, a una parte de las bonificación general en las cotizaciones que se determinan pro rata tempore en función del período de afiliación, si el trabajador no ha estado afiliado al régimen de la seguridad social en dicho Estado miembro durante la parte restante del año natural, ha residido en otro Estado miembro en la parte restante de dicho año natural y ha obtenido (casi) todos sus ingresos del ejercicio en el Estado miembro mencionado en primer lugar?»

⁷⁵ Como era el caso estudiado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 1993, *Staatssecretaris van Financiën contra A. Zinnecker*, Asunto C-121/92 (ECLI:EU:C:1993:840): «El Sr. Zinnecker, nacional alemán, residía en la República Federal de Alemania y explotaba, como trabajador autónomo, varios puestos de venta ambulante de productos alimenticios, aproximadamente la mitad del tiempo en los Países Bajos y la otra mitad en la República Federal de Alemania». El fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de septiembre de 1982, *Direction de la Sociale Verzekeringsbank contra herederos y/o causahabientes*, Asunto C-276/81 (ECLI:EU:C:1982:317) señaló que «la circonstance que l'emploi occupe dans l'État de résidence n'aurait qu'un caractère secondaire par rapport à l'activité principale de l'intéressé qui est exercée dans l'autre État Membre, est sans incidence sur cette solution».

⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 1995, *Calle Grenzshop Andersen GmbH & Co. KG contra All-gemeine Ortskrankenkasse für den Kreis Schleswig-Flensburg*, Asunto C-425/93 (ECLI:EU:C:1995:37): «La situación de un tra-

No obstante, estará sujeto a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio, si no reside en el territorio de uno de los Estados miembros en los que ejerce su actividad (artículo 14.2.b.ii). Como se ve, aquí quiebra la ley del lugar de trabajo, porque se está trabajando en varios lugares simultáneamente y no hay un único conector. Los dos criterios alternativos entran en juego, de forma escalonada: primero, el de la residencia, y no residiendo el trabajador en ninguno de los Estados donde trabaja, el domicilio de la empresa.

A su vez, la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en el territorio de dos o más Estados miembros⁷⁷, estará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, si ejerce una parte de su actividad en el territorio de ese Estado miembro⁷⁸. Si no ejerce actividad en el territorio del Estado miembro en que re-

bajador danés, que reside en Dinamarca y trabaja exclusivamente para una empresa domiciliada en Alemania, que, en el contexto de esta relación laboral, ejerce regularmente, a razón de varias horas por semana y por períodos que no se limitan a doce meses, una parte de su actividad en Dinamarca, está comprendida en el ámbito de aplicación del inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 14 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad».

⁷⁷ La cuestión prejudicial resuelta por el Auto del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2000, *Johann Vogler contra Landwirtschaftliche Alterskasse Schwaben*, Asunto C-242/99 (ECLI:EU:C:2000:582) cuestionaba que el régimen instaurado fuera conforme con los Tratados. El auto concluyó que «no puede apreciarse ninguna violación del principio de subsidiariedad en relación con la adopción de medidas de coordinación de los regímenes nacionales de seguridad social, encaminadas a garantizar la libre circulación y la libre residencia de las personas dentro de la Comunidad.»

⁷⁸ Como era el caso estudiado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 1993, *Zinnecker*, asunto C-121/92 (ECLI:EU:C:1993:840): «El Sr. Zinnecker, nacional alemán, residía en la República Federal de Alemania y explotaba, como trabajador autónomo, varios puestos de venta ambulante de productos alimenticios, aproximadamente la mitad del tiempo en los Países Bajos y la otra mitad en la República Federal de Alemania».

side, estará sometida a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ejerce su actividad principal. Los criterios que sirvan para determinar la actividad principal aparecen recogidos en el Reglamento (CEE) n° 574/72. Más concretamente, se trata de su artículo 12 bis 5.d: «Primero se tendrá en cuenta el lugar donde se encuentre la sede fija y permanente de las actividades del interesado. A falta de ello, se tendrán en cuenta criterios tales como el carácter habitual o la duración de las actividades que ejerce, el número de prestaciones efectuadas y los ingresos que se deriven de dichas actividades».

El artículo 14 *quater* incluye a su vez excepciones derivadas de la pluriactividad sujeta a distintos regímenes en función de la dependencia. Así, la persona que ejerza simultáneamente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en el territorio de diferentes Estados miembros estará sometida, en principio, a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ejerza una actividad por cuenta ajena o, si ejerciere dicha actividad en el territorio de dos o más Estados miembros, a la legislación determinada de conformidad con los apartados 2 o 3 del artículo 14. En este caso, prima una ficción que lleva a considerar que en el Estado donde trabaja por cuenta ajena es donde ejerce todas sus actividades profesionales⁷⁹.

Existen, no obstante, excepciones en los casos mencionados en el Anexo VII del propio Reglamento (excepciones para países concretos, como por ejemplo el «ejercicio de una

actividad por cuenta propia en España y de una actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro por una persona que resida en España») ⁸⁰. La sujeción en esos escenarios corresponderá a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ejerza una actividad por cuenta ajena, determinándose esta legislación de conformidad con las disposiciones de los apartados 2 o 3 del artículo 14, si ejerciere dicha actividad en el territorio de dos o más Estados miembros⁸¹, y a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ejerza una actividad por cuenta propia y, determinándose esta legislación de conformidad con las disposiciones de los apartados 2, 3 o 4 del artículo 14 bis

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1997, *Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti) contra Claude Hervein y Hervillier SA*, Asunto C-221/95 (ECLI:EU:C:1997:47). En ella se señaló que «a efectos de la aplicación de los artículos 14 bis y 14 *quater* del Reglamento, debe entenderse por «actividad por cuenta ajena» y «actividad por cuenta propia» las actividades que están consideradas como tales a efectos de la aplicación de la legislación en materia de Seguridad Social del Estado miembro en cuyo territorio se ejercen dichas actividades».

⁸¹ La validez de estas cláusulas fue estudiada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2002, *Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti) contra Claude Hervein y Hervillier SA y Guy Lorthiois y Comtexbel SA*, Asuntos acumulados C-393/99 y C-394/99 (ECLI:EU:C:1997:47), al ser considerarlas por los litigantes como contrarias al principio de libre circulación. El Tribunal desestimó tales opiniones, en un pronunciamiento que pone de manifiesto las virtudes y carencias del sistema comunitario: «El Tratado no garantiza a un trabajador que la extensión de sus actividades a más de un Estado miembro o su traslado a otro Estado miembro sean neutros en materia de seguridad social. Habida cuenta de las disparidades de las legislaciones de seguridad social de los Estados miembros, tal extensión o tal traslado pueden, según los casos, ser más o menos ventajosos o desventajosos para el trabajador en el plano de la protección social. De lo anterior se deriva que, en principio, una desventaja eventual, en relación con la situación en la que el trabajador ejerce todas sus actividades en un mismo Estado miembro, consecuencia de la extensión de sus actividades o de su traslado a uno o varios Estados miembros distintos y de su sujeción a una nueva legislación de seguridad social, no es contraria a las disposiciones de los artículos 48 y 52 del Tratado si dicha legislación no desfavorece a dicho trabajador en relación con quienes ejercen todas sus actividades en el Estado miembro en el que se aplica o en relación con quienes ya estaban sujetos a ella anteriormente y si no significa pura y simplemente un abono de cotizaciones sociales a fondo perdido.»

⁷⁹ Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1994, *Van Poucke*, asunto C-71/93 (ECLI:EU:C:1994:120): «Una persona que se halle en la situación descrita en la resolución de remisión y que ejerza simultáneamente una actividad por cuenta ajena en Bélgica y una actividad por cuenta propia en los Países Bajos debe ser sometida, en razón de esta última actividad, a la legislación belga correspondiente en las mismas condiciones que si ejerciera esta actividad por cuenta propia en Bélgica. El hecho de que, en relación con su actividad por cuenta ajena, la legislación a la que se aplica el Reglamento se limite a algunas ramas de Seguridad Social no posee incidencia en la aplicación de la legislación relativa a la actividad por cuenta propia».

si ejerciere dicha actividad en el territorio de dos o más Estados miembros⁸².

Aquí no hay opción: hay aplicación simultánea de las dos legislaciones. A efectos de determinar el tipo de cotización a cargo de los trabajadores por cuenta propia en virtud de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio ejerza su actividad por cuenta propia, se tratará a estos como si ejercieran su actividad por cuenta ajena en el territorio de dicho Estado miembro.

Además de estas reglas, hay que tener en cuenta que el empleo público prima sobre la actividad privada adicional. Así, quien ejerza una actividad como funcionario o personal asimilado y, simultáneamente, ejerza una actividad por cuenta ajena y/o por cuenta propia en el territorio de uno o varios Estados miembros, quedará sometida a la legislación del Estado miembro en el que esté asegurada en un régimen especial de funcionarios (14 *sexies*).

⁸² En los raros supuestos en los que resulta de aplicación este precepto, deben tenerse en cuenta las importantes afirmaciones de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1997, *E.J.M. de Jaeck contra Staatssecretaris van Financiën*, Asunto C-340/94 (ECLI:EU:C:1997:43): «En el supuesto de que la letra b) del apartado 1 del artículo 14 quater del citado Reglamento sea aplicable, el Derecho comunitario no impide que la legislación de uno de los Estados miembros sólo asegure a la persona interesada contra una parte de los riesgos cubiertos por su régimen de Seguridad Social cuando no se discrimina, a este respecto, entre los nacionales de dicho Estado y los nacionales de los demás Estados miembros. En caso de que se aplique la letra b) del apartado 1 del artículo 14 quater del citado Reglamento, el Derecho comunitario no impide que uno de los dos Estados miembros determine el importe de las cotizaciones que debe abonar un asegurado, que sólo ejerce una actividad en su territorio determinados días laborables de la semana, sin tener en cuenta las cotizaciones que dicho asegurado satisfaga, en su caso, en el otro Estado miembro por la actividad que ejerce en él los demás días». También la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 2006, *L. H. Piatkowski contra Inspecteur van de Belastingdienst grote ondernemingen Eindhoven*, Asunto C-493/04 (ECLI:EU:C:2006:167): «no se oponen a la normativa neerlandesa que integra en la base imponible de las cotizaciones sociales intereses como los pagados en el asunto principal por una sociedad establecida en los Países Bajos a un nacional neerlandés residente en Bélgica y sujeto, con arreglo a dicho Reglamento y habida cuenta de la naturaleza de sus actividades profesionales, a las legislaciones de seguridad social de esos dos Estados miembros.»

Si, en un caso extremo, existe algún sujeto que, simultáneamente, ejerza una actividad como funcionario o personal asimilado en dos o más Estados miembros y que esté asegurado en un régimen especial de funcionarios al menos en uno de dichos Estados miembros, el Reglamento prevé para él su sumisión a la legislación de cada uno de dichos Estados miembros (14 *septies*). He aquí otra excepción del principio de unicidad de las legislaciones aplicables, que nunca se ha manifestado ante el Tribunal de Luxemburgo.

Por último, el titular de una pensión o de una renta debida en virtud de la legislación de un Estado miembro, o de pensiones o de rentas debidas en virtud de las legislaciones de varios Estados miembros, que resida en el territorio de otro Estado miembro, podrá quedar exento, si así lo solicita, de la aplicación de la legislación de este último Estado, siempre que no este sujeto a esta legislación en razón del ejercicio de una actividad profesional.

Todas estas reglas, recuérdese, quedan sometidas a las posibles excepciones que pudieran pactar dos o más Estados, las autoridades competentes de dichos Estados o los organizadores designados por dichas autoridades, lo cual hace ciertamente complicado el panorama general⁸³. A ello se suma la posibilidad, como ha indicado el Tribunal de Justicia, de que estos acuerdos afecten a un único trabajador, a pesar de que la redacción dé a entender un carácter plural. También pueden tener carácter retroactivo. Y, en fin, que los únicos límites que se consideran infranqueables por dichos pactos son los intereses del trabajador,

⁸³ Cfr. DESDENTADO BONETE, A: «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004», *op. cit.*, p. 27: «Lo que sorprende de esta norma es la libertad que se concede a los acuerdos entre los Estados o instituciones implicadas, que puede determinar una auténtica derogación de la regla general *ius loci laboris*. Por ello, se han señalado los riesgos de que algunas prácticas acogidas a esta autorización puedan suponer una quiebra del principio de igualdad de trato para los trabajadores migrantes y una vía para el dumping social.»

los objetivos del Reglamento y el contenido del artículo 42 TCE⁸⁴.

6. EL INTENTO DE SIMPLIFICACIÓN DE LA PLURIACTIVIDAD EN EL REGLAMENTO (CE) N° 883/2004

La filosofía en el cambio de Reglamentos era clara: eliminar las detalladas conexiones que incluía el Reglamento (CEE) n° 1408/71 para transformarlas en una serie más simple de conexiones de carácter general. Sin embargo, en pocas ocasiones se ha producido una modificación similar a la que tuvo lugar con el apartado 13.1 del Reglamento (CE) n° 883/2004, reemplazado en su integridad dos años después de su entrada en vigor a través de una reforma introducida por el Reglamento (UE) n° 465/2012. La justificación de esta reforma aparecía en sus considerandos, indicando que «en las situaciones en que una persona trabaja en dos o más Estados miembros, debería quedar claro que la condición de ejercer una «parte sustancial de la actividad» a tenor del artículo 13, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 883/2004 también se aplica a las personas que ejercen actividades para varias empresas o empleadores».

Ante la magnitud de esta reforma, que no ha dejado realmente claras las cosas, conviene proceder a un análisis apartado por apartado del precepto para ver cómo ha quedado configurada la redacción vigente. En ambos textos, el enunciado general es el mismo: «La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miem-

bros». Lo dicho anteriormente a propósito de la normalidad de la actividad continúa siendo válido con el nuevo Reglamento⁸⁵.

El primer escenario que abordan ambos textos es idéntico: «la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro». Este criterio, probablemente el más habitual, se ha mantenido. El centro de gravedad es la noción de «parte sustancial», que es el hilo conductor de la organización del nuevo precepto.

El artículo 14.8 del Reglamento (CE) n° 987/2009 se ocupa de regularla: «A los efectos de la aplicación del artículo 13, apartados 1 y 2, del Reglamento de base, se entenderá que el trabajador ejerce «una parte sustancial de su actividad» por cuenta propia o por cuenta ajena en un Estado miembro si ejerce en él una parte cuantitativamente importante del conjunto de sus actividades por cuenta propia o ajena, sin que se trate necesariamente de la mayor parte de esas actividades. Para determinar si una parte sustancial de la actividad se ejerce en un Estado miembro se tendrá en cuenta la siguiente lista indicativa de criterios: a) en el caso de las actividades asalariadas, el tiempo de trabajo o la remuneración, y b) en el caso de las actividades por cuenta propia, el volumen de negocios, el tiempo de trabajo, el número de servicios prestados o los ingresos. En el contexto de una evaluación global, el hecho de alcanzar un porcentaje inferior al 25% para los criterios antes mencionados será un indicador de que una parte sustancial de las actividades no se ejerce en el Estado miembro de que se trate». Todo ello, de acuerdo con el artículo 14.10, ha de ser tenido

⁸⁴ Principalmente en las Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 1984, *Raad van Arbeid contra P.B. Brusse*, Asunto C-101/83 (ECLI:EU:C:1984:187) y de 29 de junio de 1995, *Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening contra Joop van Gestel*, Asunto C-454/93 (ECLI:EU:C:1995:205), relativas, respectivamente, a un ciudadano holandés que había trabajado durante varios años en el Reino Unido sin cotizar, manteniendo vínculos voluntarios con la Seguridad Social holandesa, y a otro ciudadano holandés que se trasladó a Bélgica para trabajar en una filial de la compañía holandesa por la que estaba empleado, y que deseaba mantener su afiliación en Holanda.

⁸⁵ Así lo ha recordado la reciente Sentencia de 13 de julio de 2017, *Radosław Szoja y Sociálna poisťovňa, con intervención de WEBUNG, s.r.o.*, Asunto C-89/16 (ECLI:EU:C:2017:538). De acuerdo con ella, las actividades marginales por cuenta ajena no han de ser tenidas en cuenta a la hora de determinar la legislación aplicable en materia de Seguridad Social a una persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros.

en cuenta considerando los doce meses civiles siguientes.

La redacción original del artículo 13 había optado por añadir a continuación la segunda vinculación con el Estado de residencia: «si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros» (art.13.1.a, segundo inciso). La nueva redacción, en cambio, ha variado la sistemática. En lugar de optar por la ordenación en función del criterio de conexión, el texto vigente ordena en función de la parte sustancial de la actividad y desplaza un escenario similar a éste, pero no idéntico, al artículo 13.1.b.iv, junto con el resto de supuestos donde no hay parte sustancial. Queda su estudio, por lo tanto, diferido hasta ese momento.

La primera redacción propuso un simple criterio ante la falta de parte sustancial: «la legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario que la ocupa principalmente tenga su sede o su domicilio, siempre que dicha persona no ejerza una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia». Como se ve, la redacción era sencilla, pero presentaba un grave error de simplificación: confiaba en un único Estado de ocupación principal.

Esa situación condujo a la nueva y muy detallada, pero poco clara, redacción del apartado b del artículo 13.1. Como ya se ha dicho, la falta de parte sustancial de la actividad es la *ratio* de la ordenación. Ante ello, se plantean cuatro posible escenarios:

En primer lugar, la sujeción a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona solo esté contratada por una empresa o empleador (13.1.b.i). Éste es el más simple de los criterios, que en cierta manera se superpone con el segundo: «la legislación del Estado miembro en el que tengan sus sedes o domicilios la empresas o los empleadores cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que ten-

gan sus sedes o domicilios en un solo Estado miembro» (13.1.b.ii). El anclaje es el mismo, la identificación de la sede, en un único Estado miembro, del empleador único o empleadores plurales. Esto lleva a preguntarse sobre la verdadera necesidad de distinguir en dos subapartados. Por otra parte, el artículo 14.5 bis del Reglamento (CE) n° 987/2009 precisa que «a los efectos de la aplicación del título II del Reglamento de base, se entenderá por «sede o domicilio» la sede o el domicilio en el que se adopten las decisiones fundamentales de la empresa y en el que se ejerzan las funciones de su administración central».

El tercer criterio tiene, decididamente, más complicación. En él, es primordial prestar atención a que sólo están implicados dos Estados, siendo uno de ellos el de residencia: «la legislación del Estado miembro, distinto del Estado miembro de residencia, en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan su sedes o domicilios en dos Estados miembros, siendo uno de ellos el Estado miembro de residencia» (13.1.b.iii).

La pluriactividad más extensa se recoge en el apartado 13.1.b.iv donde como mínimo existen dos Estados miembros. Si sólo son dos y uno es el de residencia, entonces es aplicable el anterior apartado. Aquí nos encontramos ante un escenario donde hay actividad, al menos, en dos Estados distintos del de residencia, o incluso en tres cuando uno de ellos es el de residencia. En este caso, sucesor del segundo inciso de la primera redacción del primer apartado, se rompe la conexión con el criterio de actividad: «la legislación del Estado miembro de residencia, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tengan su sede o domicilio en Estados miembros diferentes distintos del Estado miembro de residencia». A estas indicaciones añade el artículo 14.11 del Reglamento (CE) n° 987/2009 la siguiente precisión: «Cuando una persona ejerza su actividad asalariada en dos o más Estados miembros por cuenta de un empleador establecido

fuera del territorio de la Unión y resida en un Estado miembro sin ejercer en él una actividad sustancial, quedará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia».

Como se puede percibir fácilmente, se trata de otro de esos escenarios donde el Reglamento ha escogido la conexión con el Estado de residencia como el más sencillo posible, atendiendo a los intereses personales del trabajador. Ni que decir tiene que la puesta en práctica administrativa de este precepto conlleva dificultades de gestión incommensurables, más allá incluso de la ordinaria dureza de la aplicación de los Reglamentos.

La regulación de la pluriactividad para el trabajador por cuenta propia no ha atravesado estos avatares y la redacción permanece tal y como fue plasmada en la versión de 2004. El cambio entre Reglamentos supuso la incorporación de la misma filosofía que se ha visto para el trabajo por cuenta ajena: la noción de la parte sustancial de la actividad como centro de conexión. Así, el artículo 13.2 hace una clasificación muy simple: la vinculación será con el Estado de residencia, si hay parte sustancial en él, o con el Estado donde esté el centro de interés de la actividad por el trabajador por cuenta propia, si no hay parte sustancial de la actividad en el Estado de residencia.

Le corresponde una vez más al Reglamento de aplicación la caracterización de la noción de parte sustancial. El artículo 14.9 regula que «el «centro de interés» de las actividades de un trabajador por cuenta propia se determinará teniendo en cuenta todos los aspectos de sus actividades profesionales y, en particular, el lugar donde se encuentre la sede fija y permanente de las actividades del interesado, el carácter habitual o la duración de las actividades que ejerza, el número de servicios prestados y la voluntad del interesado, según se desprenda de todas las circunstancias».

Por su parte, los criterios de determinación de la legislación aplicable en caso de concurrencia entre actividad por cuenta ajena y cuenta propia (art.13.3) son herederos direc-

tos de la regulación anterior existente. Eso sí, han desaparecido las menciones a las situaciones a las situaciones excepcionales recogidas en el Anexo VII. La simplificación aquí sí se ha conseguido efectivamente, prevaleciendo la vinculación con el Estado en el que se desarrolla la actividad por cuenta ajena. Si son varios, se emplearán las reglas anteriores para la determinación del competente.

La regla de determinación cuando estaban concernidas una actividad de empleo público y una actividad privada (art.13.4) también continúan en la misma vía, con la prevalencia de la relación pública sobre la privada. Desaparece, eso sí, la regla sobre la simultaneidad del ejercicio de la condición de funcionario en más de un Estado. La explicación puede ser fáctica, no hay nadie en esa situación, o jurídica: el criterio ya indicado del artículo 11.3.b cubre por sí solo el escenario, sin necesidad de precisiones.

El artículo 13 concluye con un quinto apartado, que resume en buena manera lo que antes era el artículo 14 *quinquies*. De acuerdo con él, las personas a las que sea aplicable una legislación conforme al artículo 13, «serán tratadas (...) como si ejercieran la totalidad de sus actividades por cuenta ajena o propia y percibieran la totalidad de sus ingresos en el Estado miembro de que se trate». Una vez más, la dificultad de gestión administrativa

A diferencia de lo que sucede en el ámbito del contrato de trabajo, las partes vinculadas por el sistema protector de la Seguridad Social no pueden elegir la legislación que les resultará aplicable. Desde los comienzos de la regulación de esta cuestión en el ámbito del Derecho de la Unión Europea se ha impuesto, con carácter general, la *lex loci laboris*, o ley del lugar de trabajo. Así lo han recogido, hasta la actualidad, los Reglamentos 1408 y 883/2004, evitando que los Estados puedan alterar esta regla a través de sus legislaciones nacionales.

No obstante, dada la amplia variedad de situaciones posibles que no siempre se adecuaban a la existencia de un único lugar de tra-

bajo o cuando este no resulta tan fácilmente determinable (trabajadores del mar, trabajadores desplazados, supuestos de pluriactividad, entre otros), los citados Reglamentos han tratado de abarcar el mayor número de situaciones y de excepciones posibles. Esta multi-

plicidad de posibilidades ha dado lugar a lógicos conflictos interpretativos que han tratado de ir resolviéndose a través de las oportunas reformas y adaptaciones normativas, en cuya interpretación ha jugado un papel esencial la doctrina judicial del Tribunal de Justicia.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

El presente artículo aborda el examen comparado del Título II del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CE) n° 883/2004, dedicado en ambos casos a la legislación aplicable en materia de Seguridad Social. La metodología que se ha empleado para ello consiste en un análisis de las normas, atendiendo a su evolución histórica y tratando de resaltar las modificaciones más relevantes. A este primer nivel de estudio se le ha añadido la incorporación, que se ha pretendido que sea lo más amplia posible, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El artículo se inicia con una perspectiva histórica que recoge de modo global la evolución de las normas de conflicto desde el Convenio europeo sobre la seguridad social de los trabajadores migrantes. Las sucesivas etapas son los Reglamentos n° 3 y n° 4, el binomio inicial, donde la regulación todavía se encuentra en un estadio muy primitivo; los Reglamentos (CEE) n° 1408/71 y n° 574/72, que han tenido la duración más prolongada, lo que implicó un deterioro muy considerable de su calidad técnica, por las sucesivas reformas por aluvión; y los actuales Reglamentos (CE) n° 883/2004 y n° 987/2009, que han establecido un enfoque basado en las personas, a diferencia de los anteriores que se centraban en los trabajadores.

El criterio central, que busca como fin último la unicidad de la legislación aplicable, es la ley del lugar de trabajo, la clásica *lex loci laboris*. Esta se recoge, respectivamente, en los artículos 13 y 11 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CE) n° 883/2004. Dichos preceptos contienen, además, la primera serie de matizaciones del criterio, que sólo rige intacto para la actividad por cuenta ajena y por cuenta propia en un solo Estado. En cambio, los Reglamentos contienen especialidades a propósito de los empleados públicos, las personas a las que no les resultan de aplicación los Reglamentos, o los desempleados, entre otros colectivos. El artículo recoge la jurisprudencia más relevante sobre cada una de estas situaciones, poniendo de manifiesto los problemas prácticos de aplicación.

El primer escenario especial que se aborda en el artículo es el trabajo en el mar. Ambos Reglamentos incorporan el criterio clásico de la Seguridad Social del Mar, la ley del pabellón, que crea la ficción jurídica de que el trabajador embarcado trabaja en el territorio del Estado miembro cuya bandera enarbola el buque. Esta regla, una vez más, conoce excepciones en ambos Reglamentos. La más relevante de ellas, que perdura en ambos, es la de la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro estará sujeta a la legislación de este último Estado miembro si reside en dicho Estado. De nuevo, toda la jurisprudencia europea existente se ha incorporado al estudio.

El segundo escenario, de gran trascendencia económica, es el de los trabajadores desplazados, normalmente en el marco de prestaciones transnacionales de servicios. Este trabajo pone de manifiesto la considerable flexibilización de su régimen en el paso del Reglamento (CEE) n° 1408/71 al Reglamento (CE) n° 883/2004. La noción de trabajador desplazado permanece, en sustancia, inalterada, pero el plazo de desplazamiento se ha normalizado en 24 meses, favoreciendo este tipo de movimientos de trabajadores. El artículo presta especial atención a las disposiciones específicas del Reglamento (CE) n° 987/2009 y de la Decisión A2 de la Comisión administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social. Merece la pena destacar que la jurisprudencia en esta materia es menos cuantiosa de lo que sería de esperar en un tema de tanta relevancia.

El artículo concluye con el análisis separado de las situaciones de pluriactividad reguladas en los dos Reglamentos. En primer lugar, se abordan las complejas y farragosas

normas de conflicto recogidas en el Reglamento (CEE) n° 1408/71, fruto de sucesivas reformas. Se analizan en este punto las situaciones de los transportistas y de las personas que trabajan en sucursales situadas en diversos Estados miembros, además de las situaciones de contratación en más de un Estado miembro.

El último apartado del trabajo estudia el régimen de la pluriactividad en el nuevo Reglamento (CE) n° 883/2004, en el que se ha intentado simplificar la normativa existente. Tal intento no ha sido del todo exitoso, ya que ha sido necesaria una reforma del Reglamento poco tiempo después de su entrada en vigor. El centro de gravedad de la regulación es la noción de «parte sustancial», que es el hilo conductor de la organización del nuevo precepto. A grandes rasgos, se corresponde con el 25% de los ingresos o del tiempo de trabajo y de existir en el Estado de residencia, determinará la competencia de éste. Caso de no existir, el Reglamento ofrece un complejo sistema cuatripartito de posibilidades de determinación de la competencia estatal.

Las principales conclusiones de este trabajo son las siguientes: existe un sistema consolidado de normas de conflicto en materia de legislación aplicable en seguridad social; no obstante, se trata de un sistema imperfecto, en la medida en la que necesita de abundantes interpretaciones jurisprudenciales para su puesta en práctica; y la constatación de que, en un modelo de trabajo futuro, el sistema puede verse enfrentado a tensiones muy considerables.

Palabras clave: Reglamento (CEE) n° 1408/71, Reglamento (CE) n° 883/2004, *lex loci laboris*, trabajadores del mar, trabajadores desplazados, pluriactividad.

ABSTRACT

This article addresses the comparative examination of Title II of Regulation (EEC) n° 1408/71 and Regulation (EC) n° 883/2004, dedicated in both cases to the applicable legislation on social security. The methodology that has been used for this consists of an analysis of the norms, taking into account its historical evolution and trying to highlight the most relevant modifications. To this first level of study has been added the incorporation, which has been intended to be as broad as possible, of the case law of the Court of Justice of the European Union.

The article begins with a historical perspective that collects in a global way the evolution of the norms of conflict from the European Convention on the social security of the migrant workers. The successive stages are Regulations n° 3 and n° 4, the initial binomial, where regulation was still at a very primitive stage; (EEC) n° 1408/71 and (EEC) n° 574/72, which have had the longest duration, leading to a considerable deterioration of their technical quality, due to successive flood-relief reforms; and the current Regulations (EC) n° 883/2004 and n° 987/2009, which have established a person's-based approach, unlike previous ones that focused on migrant workers.

The central criterion, which seeks as the ultimate goal the uniqueness of the applicable legislation, is the law of the workplace, the classic *lex loci laboris*. This is reflected respectively in Articles 13 and 11 of Regulation (EEC) n° 1408/71 and Regulation (EC) n° 883/2004. These precepts also contain the first set of qualifications of the criterion, which only applies intact for employment and self-employment in a single State. The Regulations, on the other hand, contain specialties concerning public employees, those who are not subject to the Regulations, or the unemployed, among other groups. The article includes the most relevant case law on each of these situations, highlighting the practical problems of their implementation.

The first special scenario addressed in the article is maritime work. Both Regulations incorporate the classic criterion of the Social Security of the Sea, the law of the flag, which creates the legal fiction that the worker on board works in the territory of the Member State whose flag the ship is flying. This rule, once again, knows exceptions in both Regulations. The most important of these, which lasts for both, is that of a person employed on board a vessel flying the flag of a Member State and remunerated for that activity by an undertaking or person having its head office or its domicile in another Member State shall be subject to the legislation of the latter Member State if it resides in that State. Again, all existing European case law has been incorporated into the study.

The second scenario, of great economic importance, is that of posted workers, usually within the framework of transnational services. This work demonstrates the considerable flexibility of its scheme in the transition from Regulation (EEC) n° 1408/71 to Regulation (EC) n° 883/2004. The notion of a displaced worker remains, essentially, unchanged, but the period of displacement has normalized in 24 months, favoring this type of workers' movements. The article pays particular attention to the specific provisions of Regulation (EC) n° 987/2009 and Decision A2 of the Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems. It is worth noting that the case law in this area is less substantial than would be expected in a subject of such importance.

The article concludes with the separate analysis of the multi-activity situations regulated in the two Regulations. Firstly, it addresses the complex and cumbersome rules of conflict contained in Regulation (EEC) n° 1408/71, the result of successive reforms. The situations of carriers and persons working in branches located in different Member States, in addition to recruitment situations in more than one Member State, are analyzed here.

The last section of the paper examines the multi-activity regime in the new Regulation (EC) n° 883/2004, which has tried to simplify existing regulations. Such an attempt has

not been entirely successful, as a reform of the Regulation has been necessary shortly after its entry into force. The center of gravity of regulation is the notion of «substantial part», which is the guiding thread of the organization of the new precept. Broadly, it corresponds to 25% of income or working time and to exist in the State of residence, will determine the competence of the latter. If this does not exist, the Regulation offers a complex four-way system of possibilities for determining state competition.

The main conclusions of this work are the following: there is a consolidated system of norms of conflict regarding the applicable legislation in social security; however, it is an imperfect system, insofar as it needs abundant jurisprudential interpretations for its implementation; and the realization that, in a model of future work, the system can be faced with very considerable tensions.

Keywords: Regulation (EEC) n° 1408/71, Regulation (EC) n° 883/2004, *Lex loci laboris*, Seafarers, Posted workers, Pluriactivity.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

II. Legislación

Crónica legislativa: la actividad de la Unión Europea*

Legislation chronicle: The European Union activity

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ**

SUMARIO: 1. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES. 1.1. Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores. 1.2. Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión.– 2. CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, LABORAL Y FAMILIAR. 2.1. Directiva 2013/62/UE del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, que modifica la Directiva 2010/18/UE por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, como consecuencia de la modificación del estatuto de Mayotte respecto de la Unión Europea. 2.2. Recomendación 2014/124/UE de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. 3. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 3.1. Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»). 3.2. Directiva 2014/82/UE de la Comisión, de 24 de junio de 2014, que modifica la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a los conocimientos profesionales generales, los requisitos médicos y las prescripciones relativas a la licencia. 4. TRABAJO DE NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS. 4.1. Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. 4.2. Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco

* Esta crónica comprende las normas más relevantes de la Unión Europea publicadas entre los años 2011-2016, en un intento de recuperar el desfase cronológico producido en los últimos números.

** Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela.

de traslados intraempresariales. 4.3. Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros. 4.4. Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*.—5. PROTECCIÓN SOCIAL. 5.1. Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. 5.2. Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo (FPE). 5.3. Recomendación del Consejo, de 15 de febrero de 2016, sobre la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral. 6. TRABAJO EN EL MAR. 6.1. Directiva 2012/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se modifica la Directiva 2008/106/CE relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas. 6.2. Directiva 2013/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, sobre determinadas responsabilidades del Estado del pabellón en materia de cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006. 6.3. Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, por la que se modifican las Directivas 2008/94/CE, 2009/38/CE y 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE del Consejo, en lo que se refiere a la gente de mar. 6.4. Directiva (UE) 2017/159 del Consejo, de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo, celebrado el 21 de mayo de 2012 entre la Confederación General de Cooperativas Agrarias de la Unión Europea (Cogeca), la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) y la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras de la Unión Europea (Europêche). 6.5. Directiva 2014/112/UE del Consejo, de 19 de diciembre de 2014, por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patronos de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF). 7. SEGURIDAD Y SALUD. 7.1. Directiva 2012/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de abril de 2012, por la que se modifica la Directiva 2004/40/CE, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (campos electromagnéticos) (decimoctava Directiva específica con arreglo al artículo 16 apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE). 7.2. Directiva 2013/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos) (vigésima Directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE), y por la que se deroga la Directiva 2004/40/CE. 7.3. Directiva 2013/59/Euratom del Consejo, de 5 de diciembre de 2013, por la que se establecen normas de seguridad básicas para la protección contra los peligros derivados de la exposición a radiaciones ionizantes, y se derogan las Directivas 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom y 2003/122/Euratom. 7.4. Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual y por el que se deroga la Directiva 89/686/CEE del Consejo. 8. OTRAS. 8.1. Reglamento (UE) n° 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1081/2006 del Consejo. 8.2. Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativa a la creación de una Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado.

1. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

La libre circulación de trabajadores, germen del nacimiento de la Europa social, libertad fundamental de los ciudadanos de la Unión y uno de los pilares del mercado interior de la Unión, ya no ocupa el espectro central de la normativa de la Unión Europea en los tiempos actuales. Entre 2012 y 2016, sólo se ocuparon de esta cuestión dos normas, ambas promulgadas en el mismo año 2014. Eso sí, su entidad como directivas da cuenta de la importancia que este tema reviste todavía en el marco del Derecho de la Unión Europea. Una y otra tratan de facilitar el ejercicio del derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores a través de la mejora de los derechos laborales y de Seguridad Social tanto de estos como, no ha de olvidarse, de sus familias.

Aunque, como ya se ha indicado, ambas Directivas entraron en vigor en 2014, aún no han sido transpuestas formalmente a nuestro ordenamiento jurídico interno.

1.1. Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores

A pesar de las permanentes mejoras normativas destinadas a favorecer la libre circulación de trabajadores y de sus familias en el ámbito de la Unión Europea, estos continúan siendo un colectivo altamente vulnerable. Los derechos sustantivos que les confiere el art. 45 TFUE y, detalladamente, el Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, no parecen ser suficientes ante las restricciones y obstáculos que frecuentemente sufren estos trabajadores y sus familias. Principalmente, por causa

del no reconocimiento de las cualificaciones, discriminación por razón de la nacionalidad y explotación al desplazarse a otro Estado miembro. Esta Directiva busca, por lo tanto, superar la discrepancia que tantas veces existe entre la legislación y su aplicación práctica. No se trata sólo de un problema social, sino que, como la propia Directiva se ocupa de repetir con frecuencia, los problemas derivados de la libre circulación de trabajadores afectan ampliamente al buen funcionamiento del mercado interior.

Así pues, el objeto de esta Directiva, de acuerdo con lo indicado en su primer artículo, no es otro que facilitar «la aplicación uniforme y el cumplimiento en la práctica de los derechos que confieren el artículo 45 del TFUE y los artículos 1 a 10 del Reglamento (UE) n° 492/2011». Para alcanzar este objetivo, la Directiva considera inevitable que tanto los trabajadores desplazados como sus familias puedan acudir a los procedimientos jurídicos oportunos en el caso de que hayan visto vulnerados sus derechos. Pero, además, se precisa que dichos procedimientos no incluyan elementos rígidos o inflexibles que puedan obstaculizar su uso. Por este motivo, el artículo 3 de la Directiva se titula «Defensa de derechos» e incluye un conjunto de indicaciones en este sentido. Así, se ordena a los Estados miembros que garanticen que «tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren adecuado, los procedimientos de conciliación, todos los trabajadores de la Unión y los miembros de sus familias tengan acceso a procesos judiciales para la protección de las obligaciones reconocidas en el artículo 45 del TFUE y en los artículos 1 a 10 del Reglamento (UE) n° 492/2011, siempre que consideren que han sufrido o están sufriendo restricciones y obstáculos injustificados a su derecho a la libre circulación, o que se consideren perjudicados por no haberseles aplicado el principio de igualdad de trato, aun cuando haya finalizado la relación en la que se hubiera producido la restricción y el obstáculo o la discriminación alegados». Para que los trabajadores o sus familias no se encuentren solos ante las dificultades inherentes a cualquier vía judicial,

se ordena también que los Estados miembros velen «por que las asociaciones, organizaciones, incluidos los interlocutores sociales, u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho o las prácticas nacionales y en los acuerdos colectivos, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de la presente Directiva, puedan intervenir, en nombre de los trabajadores de la Unión y de los miembros de sus familias o en su apoyo, y con su autorización, en cualquier procedimiento judicial y/o administrativo previsto para proteger el ejercicio de los derechos a los que hace referencia el artículo 1». En la misma línea, se pone el punto de mira en los plazos procesales: el respeto a los plazos fijados en la legislación nacional no podrá conducir a una situación en la que se haga «prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos».

La igualdad de trato entre los trabajadores desplazados o sus familias y los trabajadores nacionales se encomienda, por el artículo 4 de esta Directiva, a «los organismos» que designen los Estados como responsables del análisis, supervisión y apoyo de dicho objetivo. Para ello, los Estados habrán de atribuir a dichos organismos, entre otras competencias, la prestación de asistencia independiente, ya sea jurídica o de otro tipo; servir de punto de contacto con el organismo equivalente del Estado de origen del trabajador; y elaboración o encargo de estudios y análisis independientes sobre las restricciones y obstáculos ante los que pueden encontrarse estos trabajadores.

Para alcanzar todas estas finalidades, el art. 5 ordena a los Estados la promoción del diálogo con los interlocutores sociales y las organizaciones no gubernamentales pertinentes, además de poner en conocimiento de las personas interesadas (art. 6) las disposiciones que se adopten en virtud de esta Directiva, en más de una lengua oficial de las instituciones de la UE.

1.2. Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad

de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión

Continuando con el objetivo de fomentar la movilidad de los trabajadores en el ámbito de la Unión Europea y de reducir los obstáculos que pudieran surgir frente a ella, los 11 artículos que componen esta Directiva se centran en garantizar la protección social de los regímenes complementarios de las pensiones a las que pueden acceder los trabajadores desplazados. Esto excluye, como recoge su art. 2, los regímenes regulados por el Reglamento (CE) n.º 883/2004, así como un conjunto de supuestos enumerados en dicho precepto.

Habida cuenta de la diversidad de los regímenes complementarios de pensión existentes en la Unión Europea, esta sólo puede limitarse a determinar objetivos a alcanzar en términos generales. Por ese motivo se considera que la Directiva resulta ser el instrumento jurídico apropiado, ya que: «el ejercicio del derecho a la libre circulación de los trabajadores entre Estados miembros, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros, sino que, debido a su dimensión y efectos, puede lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea». El fin de esta Directiva no es, pues, la movilización de los derechos de pensión consolidados. No obstante, con fin de facilitar la libre circulación de trabajadores entre Estados miembros, sí ordena a los Estados que mejoren la transferencia de los derechos de pensión consolidados, en la medida de lo posible y, en particular, cuando se creen nuevos regímenes complementarios de pensión.

Su artículo 3 se destina, como viene siendo habitual en las Directivas, a recoger las oportunas definiciones de los conceptos empleados en ella, tales como lo que ha de entenderse

por «pensión complementaria», «régimen complementario de pensión», «afiliado activo» o «período de espera», entre otros varios. Pero son los artículos siguientes los que entran en materia, fijando las «condiciones que regulan la adquisición de derechos en virtud de regímenes complementarios de pensión» (art. 4) y el «mantenimiento de los derechos de pensión latentes» (art. 5).

2. CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, LABORAL Y FAMILIAR

A pesar de la relevancia de esta materia, sólo se han dictado sólo dos disposiciones en el período 2011-2016 y ninguna de ellas resulta tener una especial relevancia. La primera, debido a la lejanía de su objetivo, que se limita espacialmente a la región de Mayotte. La segunda, por tratarse de una Recomendación, y por ello una norma de «soft law» con relativa eficacia en el ámbito interno.

2.1. Directiva 2013/62/UE del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, que modifica la Directiva 2010/18/UE por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, como consecuencia de la modificación del estatuto de Mayotte respecto de la Unión Europea

Dada la lejanía y especialidad del supuesto de hecho que da origen a esta Directiva, tan sólo se tratará en esta crónica de dar cuenta de su existencia. A partir del 1 de enero de 2014, Mayotte dejó de ser un país o territorio de ultramar y pasó a convertirse en región ultraperiférica, en el sentido de los arts. 349 y 355 TFUE. En esta región, el mercado laboral se encuentra infradesarrollado y su situación social y económica se califica como «particular». De ahí que sea necesaria una Directiva como esta, para tratar de fijar las condicio-

nes de aplicación en Mayotte del Derecho de la Unión Europea. En concreto, se busca garantizar la aplicación progresiva del permiso parental. Esta finalidad trata de alcanzarse garantizando la no desestabilización de su desarrollo global, pero, al mismo tiempo, permitiendo mejorar la situación social y económica de esta región tan desfavorecida.

Para alcanzar este fin, esta Directiva, que entró en vigor el 1 de enero de 2014, modificó la anterior Directiva 2010/18/UE, para añadir el siguiente párrafo: «No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, el período adicional contemplado en el mismo se ampliará hasta el 31 de diciembre de 2018 para Mayotte, en cuanto región ultraperiférica de la Unión en el sentido del artículo 349 del TFUE».

2.2. Recomendación 2014/124/UE de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia

El clásico y hasta ahora no alcanzado principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres es el objetivo de esta Recomendación. Los arts. 2 y 3.3 TFUE lo califican como «uno de los valores y tareas esenciales de la Unión» y por ello cada Estado miembro está obligado a garantizar su aplicación (art. 157.1 TFUE) en todos los ámbitos, también en materia de empleo, trabajo y retribución (art. 23 CDFUE).

Con el fin de favorecer su cumplimiento, esta Recomendación persigue «la transparencia de las categorías salariales, lo que constituye un requisito esencial para la aplicación efectiva del principio de igualdad de retribución. Una mayor transparencia en las retribuciones de ambos sexos puede poner de manifiesto un sesgo en función del género, así como evidenciar la existencia de discriminación en la fijación de los salarios de una empresa u organización. Además, la referida transparencia y sus consecuencias,

también permite que los trabajadores, empresarios e interlocutores sociales puedan adoptar las medidas adecuadas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución. La presente Recomendación debe presentar un conjunto de medidas destinadas a ayudar a los Estados miembros a adoptar un enfoque adaptado respecto de una mayor transparencia salarial. Es preciso alentar a los Estados miembros a que apliquen las medidas más adecuadas a sus circunstancias específicas y apliquen al menos una de las medidas básicas para reforzar la transparencia que se establecen en esta Recomendación (derecho a solicitar información salarial, información de las empresas, auditorías salariales, negociación colectiva sobre igualdad de retribución, etc.).».

Así es que se considera que una empresa sería más transparente si permitiese a sus empleados solicitar información sobre los niveles de remuneración de otras categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo, u otro de igual valor, desglosados por género. Especialmente respecto de los tan peligrosos, en este ámbito, componentes variables o complementarios, como es el caso de las remuneraciones en especie y primas. Asimismo, se entiende que la comunicación regular de esta información por parte de las empresas y organizaciones con más de 50 trabajadores «mejoraría la transparencia salarial y constituiría una base fiable para los debates sobre las medidas destinadas a aplicar el principio de igualdad de retribución».

Con todo, esta Recomendación pone el dedo en la llaga al apuntar la falta de definición de «trabajo de igual valor», así como la ausencia de una indicación clara de los criterios de evaluación para comparar empleos diferentes. Ambas cuestiones dificultan notablemente la actuación ante los tribunales de las víctimas de discriminación salarial. Además, como otra importante dificultad al respecto, se señalan «los obstáculos procedimentales y de coste a que se enfrentan las víctimas de la discriminación salarial» que «deberían atenuarse permitiendo que los organismos de fomento de la igualdad representen a las personas físicas».

De acuerdo con todo lo anterior, esta Recomendación tiene por objeto facilitar a los Estados miembros un conjunto de orientaciones «para ayudarlos a aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución, con el fin de luchar contra las discriminaciones en materia de retribución y contribuir a hacer frente a la persistente diferencia de retribución entre hombres y mujeres». Dichas orientaciones se estructuran del siguiente modo: 1) Transparencia salarial, que se concreta en los siguientes aspectos: derecho de los empleados a obtener información sobre los niveles salariales, información sobre el salario, auditorías salariales, negociación colectiva, estadísticas y datos administrativos, protección de datos y, finalmente, determinación del concepto de trabajo de igual valor y de los sistemas de evaluación y clasificación de empleos. 2) Disposiciones horizontales, que se concretan en: organismos de fomento de la igualdad, control y ejecución y actividades de sensibilización. Y, en último lugar, 3) Seguimiento y disposiciones finales.

3. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

3.1. Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»)

Esta Directiva afronta una situación consustancial de la normativa de la Unión Europea: el peligro de su aplicación no uniforme o común por los diferentes Estado. Como puede apreciarse, este riesgo existe incluso en aque-

llas materias, como la libre prestación de servicios, que se encuentran en el germen de la comunidad europea. Así pues, «con el fin de impedir, evitar y combatir cualquier abuso o inaplicación de las normas aplicables por parte de las empresas que sacan un provecho indebido o fraudulento de la libre prestación de servicios consagrada en el TFUE o por la aplicación de la Directiva 96/71/CE». Para alcanzar este fin, la Directiva «persigue la mejora de la implementación y el seguimiento del concepto de desplazamiento, así como introducir, a escala de la Unión, elementos más uniformes, que faciliten una interpretación común». Con los elementos que incorpora, esta Directiva pretende también ayudar a las autoridades competentes a identificar a los trabajadores que estén declarados falsamente como autónomos, con ánimo de potenciar la seguridad jurídica y aportar «una herramienta útil para contribuir a luchar contra los falsos autónomos con eficacia y para garantizar que no se declare falsamente como autónomos a los trabajadores desplazados, ayudando así a impedir, evitar y combatir la elusión de las normas aplicables».

Con este objetivo principal, la Directiva se estructura a lo largo de siete capítulos y veintiséis artículos dedicados al siguiente contenido: Disposiciones generales (Capítulo I), Acceso a la información (Capítulo II), Cooperación Administrativa (Capítulo III), Seguimiento del cumplimiento (Capítulo IV), Garantía de cumplimiento (Capítulo V), Ejecución transfronteriza de las sanciones y multas administrativas (Capítulo VI) y Disposiciones finales (Capítulo VII).

El Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, llevó a cabo la transposición de esta norma.

3.2. Directiva 2014/82/UE de la Comisión, de 24 de junio

de 2014, que modifica la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a los conocimientos profesionales generales, los requisitos médicos y las prescripciones relativas a la licencia

Esta curiosa Directiva se enmarca en un aspecto muy concreto relativo a la seguridad y salud en la profesión de maquinista de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Unión Europea. En particular, hace referencia a las licencias y certificados de estos profesionales que, una vez más, no resultan uniformes en todos los Estados de la Unión, lo que puede conllevar importantes consecuencias y poner en peligro la obtención de un sistema de licencias armonizado para los maquinistas de la Unión.

Para unificar estos requisitos, el artículo 1 modifica la Directiva 2007/59/CE, para exigir la visión efectiva del maquinista por ambos ojos, y sustituir dos de los anexos de la Directiva anterior. Así, en estos dos nuevos anexos, se contienen los conocimientos profesionales generales y prescripciones relativas a la licencia de estos trabajadores (Anexo I), que les proporcionarán las competencias «generales» en todos los aspectos pertinentes para la profesión de maquinista; y las competencias lingüísticas (Anexo II) que les permitirán «comunicarse de manera activa y eficaz en situaciones tanto rutinarias como adversas y de emergencia» con el administrador de la infraestructura.

La rápida transposición se llevó a cabo a través de la Orden FOM/679/2015, de 9 de abril, por la que se modifica la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, por la que se determinan las condiciones para la obtención de los títulos habilitantes que permiten el ejercicio de las funciones del personal ferroviario relacionadas con la seguridad en la circulación, así como el régimen de los centros homologados de formación y de los de reconocimiento médico de dicho personal.

4. TRABAJO DE EXTRANJEROS

4.1. **Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro**

El Consejo Europeo reconoció, en su reunión especial de Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales relativas a las condiciones de admisión y residencia de los nacionales de terceros países. En este contexto, el Consejo Europeo afirmó que la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros y que una política de integración más firme debe encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión. Para ello, el Consejo Europeo pidió al Consejo que adoptara instrumentos jurídicos, basándose en las propuestas de la Comisión, y la necesidad de alcanzar los objetivos definidos en Tampere se reafirmó en el Programa de Estocolmo, adoptado por el Consejo europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 2009.

En ausencia de legislación horizontal de la Unión, los derechos de los nacionales de terceros países varían en función de su nacionalidad y del Estado miembro en el que trabajen. Con el fin de seguir elaborando una política de inmigración coherente, reducir la desigualdad de derechos existente entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países que trabajan legalmente en un Estado miembro y completar el acervo existente en materia de inmigración, se pretende establecer un conjunto de derechos para especificar, en par-

ticular, los ámbitos en los que se contempla la igualdad de trato entre los nacionales de un Estado miembro y tales naciones de terceros países que aún no tienen el estatuto de residentes de larga duración. El objetivo de esas disposiciones es establecer un nivel mínimo de igualdad de condiciones en la Unión, reconocer que dichos nacionales de terceros países contribuyen, mediante su trabajo y los impuestos que pagan, a la economía de la Unión, y actuar de salvaguardia para reducir la competencia desleal entre los nacionales de un Estado miembro y los nacionales de terceros países que derive en la posible explotación de estos últimos. Sin perjuicio de la interpretación del concepto de relación laboral contenida en otras disposiciones del Derecho de la Unión, esta Directiva ofrece una definición de trabajador de un tercer país, que abarca a todo nacional de un tercer país que ha sido admitido en el territorio de un Estado miembro, reside legalmente en él y al que se haya autorizado, en el contexto de una relación remunerada, a trabajar en dicho Estado miembro en virtud del Derecho o las prácticas nacionales.

Además, esta Directiva pretende contribuir a simplificar y armonizar las normas actualmente aplicables en los Estados miembros, estableciendo un único procedimiento de solicitud que conduzca, en un único acto administrativo, a la expedición de un título combinado de permiso de residencia y de trabajo. No es una idea original, ya que esta simplificación de los procedimientos ya ha sido establecida por varios Estados miembros con resultados altamente positivos. Así, además de permitir a los migrantes y a sus empleadores disponer de un procedimiento más eficaz, ha facilitado el control de la legalidad de su residencia y empleo.

Aunque esta Directiva no ampara a los nacionales de terceros países desplazados, tampoco impide que aquellos que residan y trabajen legalmente en el territorio de un Estado miembro y que sean destinados a otro Estado miembro se beneficien del mismo trato que los nacionales del Estado miembro de origen du-

rante su desplazamiento por lo que se refiere a las condiciones de empleo que no se ven afectadas por la aplicación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Asimismo, quedan totalmente excluidos de su aplicación, por su estatuto privilegiado y la especificidad de su permiso de residencia los nacionales de terceros países que hayan obtenido el estatuto de residentes de larga duración de conformidad con la Directiva 2003/109/CE; y por su carácter temporal, los nacionales de terceros países que hayan sido admitidos en el territorio de un Estado miembro para trabajar como temporeros.

A lo largo de cuatro capítulos y 18 artículos, la Directiva regula un procedimiento único de solicitud y permiso único (Capítulo II, artículos 4-11); el derecho a la igualdad de trato (Capítulo III, artículo 12); y diversas Disposiciones finales (Capítulo IV, artículos 13 a 18). La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se ha ocupado de la incorporación al Derecho español de este procedimiento.

4.2. Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales

El TFUE dispone que la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios y un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros. A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo deben adoptar medidas sobre las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y permisos de resi-

dencia, así como la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros.

El Programa de Estocolmo, adoptado por el Consejo Europeo en su reunión de los días 10 y 11 de diciembre de 2009, reconoció que la inmigración laboral puede contribuir al aumento de la competitividad y la vitalidad económica. La Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada «Europa 2020: Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» fijó el objetivo de convertir a la Unión en una economía basada en el conocimiento y la innovación, de reducir las cargas administrativas sobre las empresas y de adaptar mejor la oferta laboral a la demanda. Las medidas encaminadas a facilitar la entrada en la Unión de directivos, especialistas y trabajadores en formación en el marco de un traslado intraempresarial se consideran favorables para el desarrollo y los resultados económicos de la Unión a más largo plazo.

Como consecuencia de la globalización de los negocios, de la expansión del comercio y del crecimiento y la proliferación de grupos multinacionales, estos últimos años han cobrado impulso los movimientos de directivos, especialistas y trabajadores en formación de sucursales y filiales de multinacionales destinados temporalmente en misiones de corta duración a otras unidades de la compañía. Estos traslados intraempresariales de personal clave generan nuevas cualificaciones y conocimientos, innovación y mejores oportunidades económicas para las compañías de destino, haciendo avanzar así la economía basada en el conocimiento en la Unión, al tiempo que estimulan los flujos de inversión en toda la Unión. Los traslados intraempresariales desde terceros países encierran asimismo el potencial de facilitar este tipo de traslados desde la Unión hacia empresas situadas en terceros países y de colocar a la Unión en una posición más fuerte en sus relaciones con socios inter-

nacionales. La facilitación de los traslados intraempresariales permite a los grupos multinacionales aprovechar mejor sus recursos humanos.

Esta Directiva «se dirige a facilitar la movilidad de personas desplazadas en un marco intraempresarial dentro de la UE y a reducir las cargas administrativas que suponen los desplazamientos profesionales en varios Estados miembros. Con este objetivo, la presente Directiva establece un régimen específico de movilidad dentro de la UE por el cual se permite al titular de un permiso válido por traslado intraempresarial expedido por un Estado miembro, entrar, residir y trabajar en uno o más Estados miembros con arreglo a las disposiciones que rigen la movilidad de corta y larga duración previstas en la presente Directiva. A efectos de la presente Directiva, la movilidad de corta duración debe incluir residencias en los Estados miembros distintas de la expedida por el Estado miembro como permiso por traslado intraempresarial por un período máximo de 90 días. Con el fin de evitar la elusión de la distinción entre movilidad de corta y de larga duración, una movilidad de corta duración en un determinado Estado miembro debería limitarse a un máximo de 90 días dentro de cualquier período de 180 días, y no debería ser posible presentar al mismo tiempo una comunicación de movilidad de corta duración y una solicitud de movilidad de larga duración. Cuando la necesidad de movilidad de larga duración surja después de que haya comenzado la movilidad de corta duración por traslado intraempresarial, el segundo Estado miembro debería poder requerir que la solicitud sea presentada al menos 20 días antes del final del período de movilidad de corta duración».

También se considera un elemento importante, para asegurar unas condiciones de vida y de trabajo dignas durante la residencia en la Unión, una cobertura adecuada de seguridad social para las personas por traslado intraempresarial, incluyendo en su caso, prestaciones para los miembros de sus familias. Obviamente

esta Directiva no armoniza la legislación de los Estados miembros en materia de seguridad social, sino que se limita a aplicar el principio de igualdad de trato en el ámbito de la seguridad social a las personas que entren en su ámbito subjetivo y extiende el derecho a la igualdad de trato en el ámbito de la seguridad social a nacionales de terceros países que satisfagan las condiciones objetivas y no discriminatorias establecidas por la legislación del Estado miembro receptor en lo que respecta a la afiliación y derechos a prestaciones de seguridad social.

A lo largo de seis capítulos y veintiocho artículos, la Directiva regula, entre otras, las siguientes cuestiones: condiciones de admisión (Capítulo II, artículos 5-9), tramitación y permiso (Capítulo III, artículos 10 a 16), Derechos (Capítulo IV, artículos 17 y 18), Movilidad dentro de la Unión Europea (Capítulo V, artículos 19 a 23) y Disposiciones finales (Capítulo VI, artículos 24 a 28).

Algunos aspectos de esta directiva resultaron afectados por la *Corrección de errores de la Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales*. La transposición fue realizada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

4.3. Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros

También en el marco del Programa de Estocolmo de 2009, esta Directiva busca contribuir a una gestión efectiva de los flujos migratorios, en concreto, de la migración temporal de carácter estacional. Asimismo, pretende

«garantizar condiciones dignas de trabajo y de vida para los trabajadores temporeros, mediante el establecimiento de normas de admisión y estancia justas y transparentes y la definición de los derechos de dichos trabajadores, sin dejar por ello de ofrecer al mismo tiempo incentivos y salvaguardias para evitar que la estancia temporal se prolongue más de lo permitido o se convierta en permanente».

La Directiva establece las condiciones de entrada y de estancia de los nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros y define los derechos de estos (artículo 1). Resulta de aplicación a los nacionales de terceros países que residan fuera del territorio de los Estados miembros y soliciten la admisión, o que hayan sido admitidos de conformidad con la presente Directiva, en el territorio de un Estado miembro para fines de empleo como trabajadores temporeros. Por el contrario, no se aplicará a los nacionales de terceros países que, en el momento de presentar la solicitud, residan en el territorio de los Estados miembros, a excepción de los casos contemplados en el artículo 15, relativo a la «Prórroga de la estancia o renovación de la autorización para fines de trabajo de temporada».

La norma se estructura en cinco capítulos y treinta artículos que responden al siguiente contenido: condiciones de admisión (Capítulo II), entre las que se regulan cuestiones como los criterios y requisitos para la admisión al empleo como trabajador temporero para estancias de duración no superior a 90 días (artículo 5) o superior a 90 días (artículo 6), los volúmenes de admisión (artículo 7), o los criterios de denegación (artículo 8) y de retirada de la autorización para fines de trabajo de temporada (artículo 9).

El Capítulo III atiende al Procedimiento y autorizaciones para fines de trabajo de temporada, entre cuyos trámites destaca la regulación de las autorizaciones para fines de trabajo de temporada (artículo 12), de las solicitudes de permiso (artículo 13), de la duración de la estancia (artículo 14), o las reglas para la prórroga de la estancia o renovación

de la autorización para fines de trabajo de temporada (artículo 15) o las sanciones para los empresarios incumplidores (artículo 17), entre otras cuestiones.

El Capítulo IV regula los derechos, en concreto los derivados de la autorización (artículo 22), la igualdad de trato (artículo 23), o el procedimiento para la simplificación de las denuncias (artículo 25). El BOE no recoge ninguna disposición que explícitamente reconozca ser la transposición de esta Directiva.

4.4. Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*

La inmigración procedente de fuera de la Unión es una fuente de personas altamente cualificadas, y especialmente los estudiantes y los investigadores son cada vez más solicitados, quienes desempeñan un importante papel para la Unión Europea en su capital humano, y como garantía de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Por eso, esta Directiva busca promocionar a la Unión «como un espacio atractivo para la investigación y la innovación, mejorando su posición en la competencia global por el talento y conduciendo, de esta manera, a un aumento de la competitividad general y los índices de crecimiento de la Unión, al tiempo que crea puestos de trabajo que aporten una mayor contribución al crecimiento del PIB».

Con este fin, trata de facilitar la admisión de los nacionales de terceros países que solicitan su admisión para ejercer en la Unión Europea actividades de investigación, «mediante un procedimiento de ad-

misión independiente de su vínculo jurídico con el organismo de investigación de acogida y no exigiendo que, además de la autorización, tengan que solicitar un permiso de trabajo. Este procedimiento debe basarse en la colaboración entre los organismos de investigación y las autoridades de inmigración de los Estados miembros. Debe otorgar a esos organismos un papel central en el procedimiento de admisión, con el fin de facilitar y acelerar la entrada de los nacionales de países terceros que solicitan su admisión con el fin de ejercer actividades de investigación en la Unión, al tiempo que se preservan las prerrogativas de los Estados miembros en cuanto a política de inmigración». Al mismo tiempo, se establece la posibilidad para los organismos de investigación que hayan sido previamente aprobados por los Estados, de firmar con nacionales de países terceros convenios de acogida o contratos para la realización de actividades de investigación.

La Directiva se estructura en ocho capítulos, que se dividen en cuarenta y tres artículos y tratan las siguientes cuestiones. En primer lugar, se aborda la cuestión de la admisión (Capítulo II), en particular los principios y volúmenes de admisión (artículos 5 y 6), así como los requisitos generales exigidos para la admisión de un nacional de tercer país (artículo 7) y los requisitos específicos que, además, habrán de cumplir los investigadores (artículo 8), así como las reglas para la aprobación de los organismos de admisión públicos o privados que deseen acoger a un investigador por el procedimiento de admisión establecido en esta Directiva (artículo 9), a los efectos de poder firmar con los investigadores los convenios de acogida (artículo 10). Los siguientes artículos de este segundo capítulo se dedican a los requisitos específicos que se establecen para la admisión de estudiantes, alumnos, personas en prácticas, voluntarios y *au pairs* (artículos 11 a 16) nacionales de terceros países.

Los capítulos siguientes se centran en la cuestión de las autorizaciones y duración de la residencia (Capítulo III) y de los motivos de denegación, retirada o no renovación de las autorizaciones (Capítulo IV), entre los que figuran expresamente los motivos de denegación (artículo 20) y de retirada o no renovación (artículo 21).

El Capítulo III se dedica a los derechos, entre los que figuran el de igualdad de trato (artículo 22) y otros como el derecho a impartir clases (artículo 23), a trabajar por cuenta ajena y o propia (artículo 24), o a permanecer con fines de búsqueda de empleo o empresariales para investigadores y estudiantes durante un período mínimo de 9 meses (artículo 25). El artículo 26 también se ocupa de los derechos correspondientes a las familias de los investigadores.

Los derechos de los investigadores y la posibilidad de compatibilizar su estancia la realización de actividades de enseñanza u otras actividades económicas es materia del Capítulo V (artículos 22 a 26). De la importante cuestión de la movilidad entre los Estados Miembros se ocupa el Capítulo siguiente, el VI, con atención especial a la movilidad de corta (artículo 28) y de larga duración (artículo 29) de los investigadores, o de sus familiares (artículo 30), así como de los estudiantes (artículo 31).

El Capítulo VII se dedica a los aspectos más importantes del procedimiento y transparencia, como son las sanciones contra las entidades de acogida (artículo 33), las garantías del procedimiento y de transparencia (artículo 34) y el acceso a la información (artículo 35).

El plazo de transposición de esta Directiva todavía no ha concluido y España aún no la ha llevado a cabo.

5. PROTECCIÓN SOCIAL

5.1. Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa

a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza

Con su base en el art. 114 TFUE, la mayoría de las disposiciones de esta Directiva tienen por finalidad mejorar la salud pública como elemento decisivo para el buen funcionamiento del mercado interior de la libre circulación de personas, mercancías y servicios. Así, la propia Directiva señala que «los sistemas sanitarios de la Unión constituyen un componente esencial del alto nivel de protección social en la Unión y contribuyen a la cohesión y la justicia sociales, así como al desarrollo sostenible. Asimismo, forman parte del marco más amplio de servicios de interés general». Cuidadosamente, también advierte que la trasposición a los ordenamientos nacionales de la Directiva y de las mejoras que entraña «deben conllevar que se aliente a los pacientes a recibir tratamiento fuera de su Estado miembro de afiliación». Mediante esta Directiva se busca lograr una aplicación general de los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia, que ya tuvo ocasión de tratar algunas cuestiones relacionadas con la asistencia sanitaria transfronteriza. En particular, el reembolso de la asistencia sanitaria prestada en un Estado miembro distinto al de residencia del destinatario de dicha asistencia.

Así las cosas, esta Directiva se dirige a aquellos pacientes que decidan solicitar asistencia sanitaria en un Estado miembro que no sea el Estado miembro de afiliación. Como ha confirmado el Tribunal de Justicia, «ni el carácter especial, ni el modo en el que esté organizado o financiado cualquier tipo de asistencia sanitaria lo excluye del ámbito del principio fundamental de la libre prestación de servicios». No obstante, es cierto que el Estado de afiliación puede optar por limitar el reembolso de la asistencia sanitaria transfronteriza, basándose en la calidad y seguridad de la asistencia sanitaria prestada y siempre y cuando esta decisión se justifique por razones de interés general

relacionadas con la salud pública, aunque ello suponga una restricción a la libertad de circulación prevista en los Tratados. Por lo tanto, resulta esencial la determinación de significado de «razones imperiosas de interés general», que ya ha venido desarrollando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Es evidente que cuando un paciente recibe asistencia sanitaria transfronteriza, es esencial que sepa de antemano qué reglas serán aplicables. Las normas aplicables a la asistencia sanitaria transfronteriza deben ser las establecidas en la legislación del Estado miembro de tratamiento, dado que, conforme al artículo 168.7 TFUE, la organización y la prestación de servicios sanitarios y atención médica son competencia de los Estados miembros. Así pues, la Directiva establece, con el fin de ayudar a los pacientes a decidir con pleno conocimiento de causa si desean recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro: «los Estados miembros de tratamiento deben garantizar que los pacientes provenientes de otros Estados miembros reciben, previa petición, la información pertinente acerca de las normas en materia de seguridad y calidad aplicadas en su territorio, así como acerca de los prestadores de asistencia sanitaria que están sujetos a dichas normas. Además, los prestadores de asistencia sanitaria deben facilitar a los pacientes, cuando estos la soliciten, información sobre los diversos aspectos específicos de los servicios de asistencia sanitaria que ofrecen y sobre las opciones de tratamiento». Esta exigencia de información debe extenderse, además, a otros prestadores de asistencia sanitaria, como las compañías de seguros o los poderes públicos.

Así pues, entre el deseo de mejorar y extender la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza y el miedo al turismo sanitario, la Directiva regula esta cuestión a lo largo de X capítulos. La primera cuestión que se aborda son las responsabilidades de los Estados miembros en relación con la asistencia sanitaria transfronteriza (Capítulo II), tanto las del

Estado miembro de tratamiento (artículo 4), como del Estado miembro de afiliación (artículo 5). También se señalan los puntos nacionales de contacto para la asistencia transfronteriza (artículo 6).

Al reembolso de gastos de asistencia sanitaria transfronteriza, uno de los puntos esenciales de la Directiva, se le dedica el Capítulo III. Respecto de ello se regula tanto la asistencia sanitaria que pueda requerir autorización previa (artículo 8), como los procedimientos administrativos relativos a la asistencia sanitaria transfronteriza (artículo 9).

También merece atención la cooperación en materia de asistencia sanitaria (Capítulo IV): se ordena a los Estados miembros que presten asistencia mutua y cooperación en los términos que prevé el artículo 10 de la Directiva y que reconozcan las recetas extendidas en otro Estado miembro (artículo 11). También se apoyan las Redes europeas de referencia entre los prestadores de asistencia sanitaria y los centros de referencia de los Estados miembros, en particular en el ámbito de las enfermedades raras (artículo 12), a las que se dedica íntegramente el artículo 13. En unos tiempos caracterizados por el auge de las nuevas tecnologías, la Directiva atiende expresamente a la regulación de la sanidad electrónica (artículo 14) y a la cooperación en la evaluación de las tecnologías sanitarias respecto del intercambio de información científica entre los Estados miembros (artículo 15).

El Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, es su principal norma de transposición.

5.2. Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades

y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo (FPE)

Con el fin de facilitar en la mayor medida posible la movilidad de los trabajadores en el espacio de la Unión Europea, resulta esencial que, en el mercado interior, los fondos de pensiones de empleo tengan la posibilidad de operar otros Estados miembros. Junto a ello, es necesario que dichos Estados «mantengan o adopten otras disposiciones para proteger a los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones de empleo, siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con las obligaciones de los Estados miembros en virtud del Derecho de la Unión».

A tal efecto, un primer e importantísimo paso vino representado por la Directiva 2003/41/CE, en materia de previsión para la jubilación organizada a escala de la Unión Europea. Con los objetivos indicados anteriormente, así como también el de garantizar la buena gobernanza, la transparencia y la seguridad de las pensiones de empleo, esta Directiva pretende armonizar mínimamente el ámbito de los fondos de pensiones de empleo, así como en los planes de ahorro complementarios privados de jubilación. Como bien resume la propia Directiva «la facilitación de la actividad transfronteriza de los FPE y la transferencia transfronteriza de planes de pensiones, mediante la clarificación de los procedimientos pertinentes y la supresión de los obstáculos innecesarios, podría tener repercusiones positivas para las empresas afectadas y sus empleados, con independencia del Estado miembro en que trabajen, gracias a la centralización de la gestión de las prestaciones de jubilación».

Así pues, el objeto de esta Directiva no es otro que establecer «normas relativas al acceso y al ejercicio de las actividades realizadas por los fondos de pensiones de empleo (FPE)» (artículo 1). También resulta aplicable en relación con sus actividades de fondos de pensiones de empleo que no tengan carácter obligatorio, a «los FPE que también gestionen sistemas

obligatorios de pensiones dependientes del empleo vinculados a la seguridad social, y que estén regulados por los Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009» (artículo 3). Facultativamente, se podrá aplicar a las instituciones reguladas por la Directiva 2009/138/CE en la forma que indica el artículo 4.

Se ordena también una clara separación jurídica entre la empresa promotora y el FPE, con la intención de proteger las pensiones aseguradas. Así, el artículo 8 de la Directiva dispone lo siguiente: «Los FPE que también gestionen sistemas obligatorios de pensiones dependientes del empleo vinculados a la seguridad social, y que estén regulados por los Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009 estarán regulados por la presente Directiva en relación con sus actividades de fondos de pensiones de empleo que no tengan carácter obligatorio».

El Título II, dedicado a los Requisitos cuantitativos, recoge las provisiones técnicas exigidas para el Estado miembro de origen en el artículo 13, los requisitos de financiación de dichas provisiones técnicas (artículo 14), la exigencia de fondos propios (artículo 15) y el margen de solvencia disponible (artículo 16) u obligatorio (artículo 17), entre otras cuestiones.

El Título III de la Directiva, estructurado en varios capítulos, se dedica a regular las Condiciones aplicables a las actividades. Su Capítulo 1, que fija el Sistema de Gobernanza, se estructura a la vez en varias secciones respectivamente dedicadas a regular las Disposiciones Generales (Sección 1), las Funciones clave (Sección 2) y los Documentos relativos a la gobernanza (Sección 3). El Capítulo 2 se ocupa de la Externalización y gestión de las inversiones y el Capítulo 3 de la figura del depositario (nombramiento, responsabilidad y obligaciones de vigilancia).

El Título IV se ocupa de la Información que debe facilitarse a los partícipes potenciales, a los partícipes y a los beneficiarios; y el Título V regula la supervisión prudencial (Capítulo

1, respecto de cuestiones como el ámbito, principios generales, poderes de intervención y funciones de las autoridades competentes, entre otras), el secreto profesional e intercambio de información (Capítulo 2). Finalmente, en las Disposiciones finales del Título VI, se tratan aspectos como la cooperación entre los Estados miembros, la Comisión y la AESPJ (artículo 60) o la modificación de la Directiva 2009/138/CE (artículo 63).

El plazo de transposición de esta Directiva todavía no ha concluido y España aún no la ha llevado a cabo.

5.3. Recomendación del Consejo, de 15 de febrero de 2016, sobre la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral

Sin llegar a alcanzar la relevancia de las Directivas anteriores, esta Recomendación del Consejo se enmarca en el ámbito de la protección social respecto del otro gran colectivo vulnerable del mercado de trabajo: los desempleados, especialmente aquellos de larga duración. Trata de ofrecer medidas dirigidas a la reducción del despempleado de larga duración y del desempleo estructural, mediante estrategias globales que incluyan una ayuda activa individualizada para la reincorporación al mercado de trabajo, que eviten la desmoralización y consiguiente inactividad de los afectados por infructuosas búsquedas de empleo.

Para ello, se considera necesario incrementar los esfuerzos de integración de este colectivo en el mercado laboral, así como un planteamiento preventivo que evite el crecimiento de su número. Así, «se pretende orientar a las personas desempleadas de larga duración hacia servicios de apoyo suficientemente adaptados a las necesidades individuales, como el asesoramiento en materia de deuda, la rehabilitación, los servicios de asistencia social, las ayudas a la dependencia, la integración de los inmigrantes, la vivienda o las ayudas al transporte, cuyo objetivo es

hacer frente a los obstáculos al empleo y permitir a dichas personas cumplir objetivos claros que les lleven al empleo».

Por todo lo anterior, se recomienda a los Estados miembros las siguientes medidas: 1) Fomentar la inscripción de los solicitantes de empleo en un servicio de empleo; 2) Facilitar una evaluación individual a los desempleados de larga duración inscritos en los servicios de empleo; 3) Elaborar una oferta específica de un acuerdo de integración laboral, antes de que los desempleados lleven más de 18 meses en paro.

En último lugar, se incluyen también recomendaciones de evaluación y seguimiento a los Estados miembros y a la Comisión, y, en el caso de esta última, también de apoyo y coordinación.

6. TRABAJO EN EL MAR

6.1. **Directiva 2012/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se modifica la Directiva 2008/106/CE relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas**

El sector de la navegación de la Unión se caracteriza por unos conocimientos técnicos marítimos de alta calidad que sustentan su competitividad. La calidad de la formación de la gente de mar es importante para la competitividad del sector y para atraer a los europeos, en particular a los jóvenes, hacia las profesiones marítimas. Para mantener la calidad de la formación de la gente de mar, es preciso mejorar las medidas encaminadas a impedir las prácticas fraudulentas relacionadas con los títulos de competencia y certificados de suficiencia.

La formación y certificación de la gente de mar está regulada por el Convenio de la Organización Marítima Internacional (OMI) de 1978 sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar (Convenio

STCW), que entró en vigor en 1984. Como consecuencia de las modificaciones y refundiciones posteriores, la normativa de la Unión en esta materia se encuentra en el texto refundido de la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Asimismo, tras la conferencia de Manila de 2010 se introdujeron importantes enmiendas al Convenio STCW, especialmente en los ámbitos de la prevención del fraude con los títulos, las normas médicas, la formación sobre protección marítima (entre otros temas, por lo que respecta a la piratería y el robo a mano armada), y la formación en tecnologías. Estas enmiendas de Manila introdujeron también requisitos de aptitud para los marineros de primera y crearon nuevos perfiles profesionales, como el de oficial electrotécnico. Entre otros objetivos, estas enmiendas pretendían fijar límites objetivos a las excepciones sobre períodos mínimos de descanso para el personal de guardia y la gente de mar que desempeña cometidos relacionados con la seguridad, la protección y prevención y la lucha contra la contaminación con el fin de evitar la fatiga.

Esta Directiva modifica en varios aspectos la anterior Directiva 2008/16/CE. Así, su artículo 1 contiene las «Enmiendas a la Directiva 2008/16/CE», entre otras, en lo que afecta a los títulos de competencia, certificados de suficiencia y refrendos; se inserta un nuevo artículo 5 bis denominado «Información a la Comisión» que detalla la información anual que cada Estado miembro debe proporcionar a la Comisión. Se sustituye el anterior artículo 11 de la Directiva por el actual artículo 11 sobre «Normas médicas». Se modifica también el artículo 12, sobre «Revalidación de títulos de competencia y certificados de suficiencia», en el que se insertan nuevos textos y se sustituyen otros anteriores. También se modifica el artículo 15 sobre «Aptitud para el servicio», el 19 sobre «Reconocimiento de los títulos de competencia y certificados de suficiencia», y se inserta un nuevo artículo 25 bis sobre «Información con fines estadísticos» que habrán de proporcionar los Estados miembros, entre otras cuestiones.

El Real Decreto 938/2014, de 7 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 973/2009, de 12 de junio, por el que se regulan las titulaciones profesionales de la marina mercante, ha llevado a cabo la transposición.

6.2. Directiva 2013/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, sobre determinadas responsabilidades del Estado del pabellón en materia de cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006

Esta Directiva pretende corregir la incidencia de los factores humanos, especialmente de la fatiga, en la producción de los accidentes del mar, reforzando así uno de los principales objetivos de la política de seguridad marítima de la Unión. Para ello es necesario establecer normas mínimas globales que garanticen el derecho de la gente del mar a unas condiciones de vida y de trabajo dignas, con independencia de su nacionalidad y del pabellón del buque en el que trabajen, pues sólo así podrá establecerse condiciones de competencia equitativas.

Así pues, tal y como indica su artículo 1, el objeto de esta Directiva es establecer «normas para asegurar que los Estados miembros cumplan efectivamente sus obligaciones como Estado del pabellón por lo que respecta a la aplicación de las partes pertinentes del CTM 2006. La presente Directiva no afectará a la aplicación de las Directivas 2009/13/CE y 2009/21/CE, ni de cualesquiera mejores condiciones de vida y de trabajo para la gente de mar establecidas en las mismas».

Como consecuencia de dicho objetivo, los artículos 3 a 6, núcleo central de los 9 que componen la Directiva, se ocupan, respectivamente, de las siguientes cuestiones: «Supervisión del cumplimiento» (artículo 3), mediante el establecimiento de «mecanismos de control de la aplicación y supervisión efectivos y

apropiados» que deben establecer los Estados miembros «para asegurar que las condiciones de trabajo y de vida de la gente del mar en los buques que enarbolen su pabellón cumplan, y continúen cumpliendo, los requisitos de las partes pertinentes del CTM 2006». Se regula también el «Personal encargado de la supervisión del cumplimiento» (artículo 4), que se encargará de realizar las inspecciones y de «tomar medidas, cuando proceda, con objeto de prohibir que el buque abandone el puerto hasta que se hayan realizado las actuaciones necesarias».

Además, el artículo 5 regula los «Procedimientos para la tramitación de quejas a bordo, tramitación de quejas y medidas correctivas». Y, en fin, el artículo 6 establece los requisitos para la elaboración de los «Informes» que deben presentarse con ocasión de las anteriores medidas.

Su transposición fue llevada a cabo por el Real Decreto 357/2015, de 8 de mayo, sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la Organización Internacional del Trabajo, en buques españoles.

6.3. Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, por la que se modifican las Directivas 2008/94/CE, 2009/38/CE y 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE del Consejo, en lo que se refiere a la gente de mar

Con la intención de reforzar la competitividad del sector marítimo, en lo que denomina «economía azul», esta Directiva centra su atención en las exclusiones de determinada gente del mar del ámbito de aplicación de ciertas directivas. En la medida en la que esta situación puede «impedir que la gente de mar disfrute plenamente de su derecho a trabajar

en condiciones equitativas y justas y a la información y la consulta, o limitar el pleno disfrute de dichos derechos», esta Directiva pretende suprimir aquellas que no se encuentren justificadas en razones objetivas y den lugar a un indebido trato desigual de la misma categoría de trabajadores por parte de diferentes Estados miembros, exclusivamente en función de que apliquen o no las exclusiones o las posibilidades de exclusión.

El trasfondo de esta Directiva se encuentra en el acuerdo alcanzado por los interlocutores sociales del sector marítimo, en el que busca el equilibrio entre la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo de la gente del mar y las características especiales del sector, sin perder de vista el potencial que a estos efectos pueden representar las nuevas tecnologías, especialmente en cuanto a innovación y derechos de información y consulta.

Con tal fin, esta Directiva introduce pequeñas modificaciones en el texto de las Directivas 2008/94/CE (artículo 1), 2009/38/CE (artículo 2), 2002/14/CE (artículo 3), 98/59/CE (artículo 4) y 2001/23/CE (artículo 5). Todavía no ha sido transpuesta al ordenamiento español.

6.4. Directiva (UE) 2017/159 del Consejo, de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo, celebrado el 21 de mayo de 2012 entre la Confederación General de Cooperativas Agrarias de la Unión Europea (Cogeca), la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) y la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras de la Unión Europea (Europêche)

Aunque se encuentre pendiente su entrada en vigor, merece la pena señalar la impor-

tancia de esta Directiva, en tanto que persigue la aproximación de la normativa europea al importante Convenio de trabajo en la pesca, celebrado el 21 de mayo de 2012 entre los empresarios y trabajadores a nivel de la Unión en el sector marítimo-pesquero. El objetivo de este Convenio es la creación de un instrumento único y coherente que complete las normas internacionales sobre las condiciones de vida y de trabajo para este sector. Además, incorpora normas revisadas y actualizadas de los convenios y recomendaciones internacionales vigentes aplicables a los pescadores, así como los principios fundamentales consagrados en otros convenios internacionales en el ámbito laboral.

En el Anexo a la Directiva se reproduce el «Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo». El objetivo de este Convenio no es otro que garantizar que los pescadores gocen de unas condiciones de trabajo dignas a bordo de los buques pesqueros en relación con los requisitos mínimos del trabajo a bordo, las condiciones de servicio (Parte 4), el alojamiento y la comida, la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, la atención médica y la seguridad social. Dentro de ellos, resultan cruciales materias como la ordenación del tiempo de trabajo, que evite la fatiga, a través de descansos compensatorios o de la fijación de un número máximo de horas de trabajo, así como una mejor protección tras las situaciones de peligro.

Se fijan unos requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques pesqueros (Parte 3 del Acuerdo), entre los que destaca la edad mínima de 16 años para trabajar a bordo de un buque (artículo 6). Como excepción, se fijan los 18 años de edad cuando las actividades a realizar puedan poner en peligro la salud, seguridad o desarrollo físico, social, la educación o la moralidad de los jóvenes. El examen médico constituye, junto con la edad mínima, un requisito esencial para el acceso al empleo a bordo de un buque pesquero (artículo 7).

El tiempo de trabajo y de descanso a bordo es otro de los aspectos esenciales de este Acuerdo, que se regulan en su Parte 3. En ella se especifican también otras obligaciones, como llevar a bordo una lista de tripulantes (artículo 12), que los trabajadores hayan suscrito un acuerdo de trabajo que les resulte comprensible (artículo 14), o las condiciones para la repatriación (artículo 19).

Además, son también características típicas del trabajo a bordo de los buques pesqueros el aislamiento geográfico, la fatiga y la naturaleza eminentemente física del trabajo. De ahí que se refuercen en este Convenio aspectos como la calidad de la asistencia médica, alojamiento, alimentación, condiciones de vida, indemnizaciones en caso de riesgos o enfermedades y protección social de los pescadores. De ello se ocupa la Parte 5 del Acuerdo.

Todavía dentro de plazo, sigue pendiente su incorporación a la legislación española.

6.5. Directiva 2014/112/UE del Consejo, de 19 de diciembre de 2014, por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patrones de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF)

Esta Directiva también refleja la aplicación de otro Acuerdo europeo, en este caso el Acuerdo europeo relativo a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patrones de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF), celebrado el 15 de febrero de 2012, que se re-

produce íntegramente en el Anexo a la Directiva.

El artículo 155.2 TFUE permite a los empleadores y los trabajadores que hubieran celebrado acuerdos conjuntos a nivel de la Unión en ámbitos cubiertos por el artículo 153 TFUE pedir conjuntamente su aplicación. El 15 de febrero de 2012, la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patrones de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) celebraron un Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior, que contenía una petición conjunta para su aplicación, a través de una directiva. En consecuencia, esta Directiva aplica dicho Acuerdo europeo, que se recoge en su Anexo, a los trabajadores móviles que ejercen su actividad como miembros de la tripulación o como personal de a bordo en una embarcación que se dedica a la navegación interior en las aguas territoriales de un Estado miembro con finalidad mercantil. Excluye de su ámbito de aplicación a los transportistas de la navegación interior, que no considera «trabajadores por cuenta ajena a tenor del presente Convenio, aun en caso de que tengan estatus de trabajadores por cuenta ajena en su propia empresa» (artículo 1.2).

El Acuerdo se enmarca en la creciente importancia que, en el sector de la competitividad económica, alcanza el sector del transporte. En el mercado laboral de la navegación interior, fomentar las mismas condiciones de trabajo y evitar la competencia desleal que se deriva de las diferencias entre las diversas legislaciones sobre ordenación del tiempo de trabajo resulta ser un objetivo fundamental. Por ello, la Unión ha decidido dar mayor peso a los medios de transporte que requieran una menor intensidad energética y ofrezcan mayor seguridad, como sucede con la navegación interior. Así se podrá contribuir a descargar las redes de transporte por carretera y ferrocarril.

Con todo, en la navegación interior se dan importantes particularidades, como el hecho de que los trabajadores tienen a bordo un puesto de trabajo, pero también pueden tener un alojamiento o vivienda. Por tanto, es usual pasar a bordo también los períodos de descanso. Muchos trabajadores de la navegación interior, especialmente los que se encuentran más lejos de su hogar, trabajan varios días consecutivos en el buque para ahorrarse tiempo de desplazamiento y poder pasar, más adelante, varios días en su casa o en el lugar de estancia que elijan. Por tanto, los límites máximos para el tiempo de trabajo diario y semanal pueden ser superiores a los que establece la Directiva 2003/88/CE. Tampoco han de olvidarse los diversos factores causantes de estrés laboral (ruido, vibraciones, ordenación del tiempo de trabajo, exigencias del trabajo nocturno...). En resumen, las particulares condiciones de vida y de trabajo de la navegación interior requieren, a su vez, la aplicación de disposiciones específicas, como las que recoge este Acuerdo.

En consonancia con lo indicado en el párrafo anterior, el Acuerdo dedica una atención importante al tiempo de trabajo y de descanso (artículos 3 a 7), y en relación con ello, a las pausas y vacaciones anuales. También merecen atención especial las cuestiones relativas a la seguridad y salud, como el examen médico (artículo 14), la protección en esta materia de seguridad y salud de los trabajadores nocturnos o a turnos (artículo 15), o el ritmo de trabajo, que habrá de adecuarse a la actividad de la persona y a los requisitos en materia de seguridad y salud (artículo 16).

Expirado el plazo, ésta es una más de las Directivas que España tiene pendiente de incorporación.

7. SEGURIDAD Y SALUD

En el marco de la seguridad y salud de los trabajadores se promulgaron tres Directivas y un Reglamento durante este período 2011-

2016. Las dos primeras Directivas centran su interés en los riesgos que puedan derivarse de los campos electromagnéticos.

7.1. Directiva 2012/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de abril de 2012, por la que se modifica la Directiva 2004/40/CE, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (campos electromagnéticos) (decimoctava Directiva específica con arreglo al artículo 16 apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE)

Ante la preocupación mostrada especialmente por la comunidad médica en relación con los riesgos que podrían derivarse de la aplicación de la Directiva 2004/40/CE en la utilización de procedimientos médicos basados en la imanología y en determinadas actividades industriales, la Comisión adoptó, el 14 de junio de 2011, la propuesta de una nueva directiva. Así pues, la Directiva 2004/40/CE fue modificada por la Directiva 2008/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en virtud de la cual se pospuso cuatro años el plazo de transposición de la primera. No obstante, esta Directiva 2012/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo pospone dicho plazo de transposición hasta el 31 de octubre de 2013. Estos aplazamientos tratan de permitir que la Comisión presente una nueva propuesta y los legisladores puedan adoptar una nueva directiva basada en datos más recientes y rigurosos, con el fin de «garantizar tanto un nivel elevado de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, como la continuidad y el desarrollo de las actividades médicas y otras actividades industriales que utilizan campos electromagnéticos».

Así pues, esta Directiva consta de tres únicos artículos, entre los que destaca el Artículo 1, que dispone lo siguiente: «En el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2004/40/CE, la fe-

cha de «30 de abril de 2012» se sustituye por la de «31 de octubre de 2013». Ello es debido a que, dada la complejidad técnica del tema, tuvo que ampliarse el plazo fijado inicialmente para la adopción de la Directiva: el inicial 30 de abril de 2012 se amplió al 31 de octubre de 2013, y para ello, esta Directiva entró en vigor el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, tal y como dispone el artículo 2.

No consta en el BOE medida expresa alguna de transposición de esta Directiva.

7.2. Directiva 2013/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos) (vigésima Directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE), y por la que se deroga la Directiva 2004/40/CE

Esta Directiva deroga la anterior Directiva 2004/40/CE e introduce medidas más adecuadas y proporcionadas para proteger a los trabajadores de los riesgos ligados a los campos electromagnéticos. El motivo no es otro que subsanar las omisiones de la anterior Directiva sobre una cuestión altamente preocupante para la comunidad médica: los efectos a largo plazo, entre ellos los posibles efectos cancerígenos, derivados de la exposición a campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos variables en el tiempo, en relación con los cuales no existen datos científicos concluyentes que establezcan un nexo causal. La presente Directiva «tiene como finalidad abordar todos los efectos biofísicos directos conocidos y los efectos indirectos provocados por los campos electromagnéticos, no solo para garantizar la salud y la seguridad de cada trabajador por separado, sino también para crear una base mínima de protección para todos los

trabajadores de la Unión, así como disminuir las posibles distorsiones de la competencia». Como es obvio, al no existir datos científicos comprobados que establezcan un nexo causal, esta Directiva no aborda los efectos a largo plazo, pero sí se compromete, en el caso de que aparecieran en el futuro dichos datos, a que la Comisión estudiará los medios más adecuados para abordarlos y para mantener al Parlamento Europeo y al Consejo informados al respecto.

La Directiva incide en los aspectos preventivos necesarios para garantizar la protección en los puestos de trabajo, dando prioridad a la selección de los equipos, procedimientos y métodos de trabajo para reducir los riesgos en su origen. Esta precaución también se garantiza en el ámbito de actuación de las fuerzas armadas, dadas sus especificidades, así como otros grupos específicos de trabajadores que presenten un riesgo particular.

La Directiva se estructura en 4 capítulos dedicados, respectivamente, a las siguientes cuestiones: Disposiciones generales, Obligaciones de los empresarios, Disposiciones varias y Disposiciones finales. Entre las obligaciones de los empresarios destacan la «Evaluación de los riesgos y determinación de la exposición» (artículo 4), las «Disposiciones encaminadas a evitar o reducir riesgos» (artículo 5) o la «Información y formación de los trabajadores» (artículo 6) y su consulta y participación (artículo 7).

Las reglas sobre vigilancia de la salud, sanciones y excepciones se regulan en el Capítulo II, dedicado a la disposiciones varias. Entre ellas, destaca el artículo 11, que regula las «Modificaciones técnicas en los anexos», con el fin de que sean estos los que vayan actualizando las cuestiones técnicas derivadas de los nuevos estudios y eviten las dificultades y retrasos que ocasionaría un proceso de modificación de la Directiva.

El Real Decreto 299/2016, de 22 de julio, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromag-

néticos, se ocupó de la transposición de esta Directiva.

7.3. Directiva 2013/59/Euratom del Consejo, de 5 de diciembre de 2013, por la que se establecen normas de seguridad básicas para la protección contra los peligros derivados de la exposición a radiaciones ionizantes, y se derogan las Directivas 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom y 2003/122/Euratom

La Directiva 96/29/Euratom establecía las normas básicas de seguridad aplicables a las situaciones normales y de emergencia, y fue completada con legislación más específica, a través de las Directivas 97/43/Euratom del Consejo, 89/618/Euratom, 90/641/Euratom y 2003/122/Euratom. Sin embargo, el Grupo de expertos designado por el Comité Científico y Técnico aconsejó que las normas básicas de seguridad tengan en cuenta las nuevas recomendaciones de la Comisión Internacional de Protección Radiológica (CIPR), en particular las de la Publicación 103. Con este fin, se crea la Directiva 2013/59/Euratom y se derogan las anteriores ya indicadas.

La Directiva se estructura en 10 capítulos dedicados, respectivamente, a regular el «Objeto y ámbito de aplicación», la larguísima lista de «Definiciones», el «Sistema de protección radiológica» –que a su vez se divide en «Herramientas de optimización» (Sección I), «Limitación de dosis» (Sección 2) para exposición ocupacional, embarazadas o en período de lactancia o aprendices y estudiantes–, los «Requisitos de educación, formación e información sobre protección radiológica», la «Justificación y control reglamentario de las prácticas» que den lugar a exposición a radiaciones ionizantes –dividido, su vez en dos secciones sobre «Justificación y prohibición de las prácticas» y «Control reglamentario»–, las regulaciones de las «Exposiciones ocupacionales» que ha de evaluar la empresa, aplicando esta las medi-

das de protección radiológica correspondiente, las «Exposiciones médicas», «Exposiciones poblacionales» –también dividida en tres secciones: «Protección de miembros de la población y protección de la salud a largo plazo en circunstancias normales», «Situaciones de exposición de emergencia» y «Situaciones de exposición existentes»–, las «Responsabilidades generales de los Estados miembros y de las autoridades competentes y otros requisitos de control reglamentario» –dividido en las siguientes secciones: «Infraestructura institucional», «Control de fuentes radioactivas», «Fuentes huérfanas», «Sucesos significativos», «Situaciones de exposición existentes» y «Sistemas de observancia»–, y, por último, las «Disposiciones finales».

No consta en el BOE ninguna medida expresa de transposición de esta Directiva.

7.4. Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual y por el que se deroga la Directiva 89/686/CEE del Consejo

No puede pasarse por alto el uso, en este concreto supuesto, de un Reglamento y no de una Directiva para la derogación, precisamente, de otra Directiva. El motivo no es otro que la escasa flexibilidad en la transposición de los requisitos esenciales de salud y seguridad y de sus procedimientos de evaluación, que tienen que ser idénticos en todos los Estados miembros. Por ello, el Parlamento Europeo y el Consejo optaron, en este caso, por sustituir la Directiva anterior por un Reglamento «que es el instrumento jurídico adecuado, ya que impone normas claras y detalladas que no dan margen a una transposición divergente por parte de los Estados miembros».

En particular, este Reglamento se aplica a los EPI que sean nuevos en el mercado de la UE en el momento de su introducción en dicho mercado, ya se trate de EPI nuevos fabricados en la Unión, como los de segunda

mano importados de un tercer país. Pero, además, el Reglamento se aplica a toda forma de suministro, incluida la venta a distancia. En ellos se incluyen tanto los EPI de uso privado como los de uso profesional, excluyéndose tan solo los de carácter decorativo, ya que estos no cumplen la función esencial de un EPI, como aquellos de uso privado «cuyo objetivo sea la protección contra condiciones atmosféricas que no sean de naturaleza extrema o contra la humedad y el agua», como sucede con la ropa de temporada o los guantes de fregar, que también quedan fuera de este Reglamento.

El Reglamento se estructura en un total de X Capítulos dedicados, respectivamente, a las siguientes cuestiones: «Disposiciones Generales» (artículos 1-7), «Obligaciones de los agentes económicos» (artículos 8 a 13), entre las que se tratan las obligaciones de los fabricantes (artículo 8), de los representantes autorizados por los fabricantes (artículo 9), de los importadores (art. 10), distribuidores (artículo 11), entre otras cuestiones. La «Conformidad de los EPI» con los requisitos esenciales de seguridad y salud que se establecen en el Anexo II de este Reglamento, se regula en el Capítulo III (artículos 14 a 17); la «Evaluación de conformidad» se desarrolla en el Capítulo IV (artículos 18 y 19), en el que se tratan cuestiones como las Categorías de los riesgos y procedimientos de evaluación de la conformidad. En el capítulo V, se regula la «Notificación de los organismos de evaluación de la conformidad» (artículos 20 a 36), con cuestiones como las autoridades notificantes (artículo 21), o los requisitos relativos a las autoridades notificantes (artículo 22) o a los organismos notificados (artículo 24). El Capítulo VI se destina a la «Vigilancia del mercado de la Unión, control de los EPI que entren en dicho mercado y procedimiento de salvaguarda de la Unión» (artículos 37 a 41), donde se desarrollan, entre otras cuestiones, el procedimiento que debe seguirse a nivel nacional en el caso de que el EPI presente un riesgo. El capítulo VII se dedica a los «Actos delegados y de ejecución» (artículos 42 a 44), y, en fin, el último Capítulo, se destina a las

Disposiciones transitorias y finales. El Reglamento concluye con el Anexo I, en el que se clasifican las «Categorías de riesgos con respecto a los EPI» y el Anexo II que establece los requisitos esenciales de salud y seguridad, tanto los de alcance general aplicables a todos los EPI, como los adicionales comunes a varios tipos de EPI, o los requisitos adicionales específicos de riesgos particulares. El Anexo III trata la Documentación técnica de los EPI, el IV del Control interno de la producción, el V del Examen UE de tipo; el Anexo VI se destina a la Conformidad con el tipo basada en el control interno de la producción, el Anexo VII a la Conformidad con el tipo basada en el control interno de la producción más el control supervisado del producto a intervalos aleatorios, el Anexo VIII a la Conformidad con el tipo basada en el aseguramiento de la calidad del proceso de producción y, en fin, el Anexo X contiene la tabla de correspondencias entre el articulado de la Directiva 89/686/CEE y el presente Reglamento.

8. OTRAS

Finalmente se da cuenta de dos importantes normas publicadas durante este período, en relación con la actividad del Fondo Social Europeo y en materia de cooperación para la lucha contra el empleo no declarado.

8.1. Reglamento (UE) n°1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1081/2006 del Consejo

El Reglamento (UE) n° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo establece el marco de actuación del Fondo Social Europeo (FSE), del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), del Fondo de Cohesión, del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural

(FEADER) y del Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca y, en particular, sus objetivos temáticos, los principios y normas de su programación, su seguimiento y evaluación y su gestión y control.

Este Reglamento supone una etapa más en las periódicas revisiones de la que fue una de las herramientas más importantes de la política social europea. Entre las misiones del FSE que establece esta Directiva, destaca la Iniciativa de Empleo Juvenil, el ámbito de sus ayudas, disposiciones específicas y las categorías y gastos subvencionables (artículo 1). Estas misiones del FSE se establecen, pormenorizadamente, en el artículo 2.

El Capítulo II concreta las «Disposiciones específicas sobre la programación y la ejecución», tanto en materia de participación de los socios en la ejecución de los programas operativos, como en el fomento de varios derechos como son la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 7), de la igualdad de oportunidades y de la no discriminación (artículo 8), innovación social (artículo 9), cooperación transnacional (artículo 10), así como determinadas disposiciones específicas del FSE para los programas operativos (artículo 11).

Las Disposiciones concretas sobre gestión financiera se desarrollan en el Capítulo III, permitiendo que el FSE contribuya a financiar todo gasto subvencionable que «pueda incluir cualquier tipo de recurso en el que hayan contribuido colectivamente empresarios y trabajadores» (artículo 13), incluso en determinados gastos efectuados fuera de la Unión.

La Iniciativa de Empleo Juvenil, uno de los medios esenciales para la lucha contra el desempleo juvenil de la Unión, aparece como uno de los objetivos esenciales del FSE y a ella se dedica el Reglamento su Capítulo IV.

Los anexos de este Reglamento se destinan a recoger los Indicadores comunes de ejecución y de resultados de las inversiones del FSE (Anexo I), los indicadores de resultados de la Iniciativa de Empleo Juvenil (Anexo II),

y la tabla de correspondencias entre el anterior Reglamento (CE) n° 1081/2006 y el presente Reglamento.

8.2. Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativa a la creación de una Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado

El 11 de marzo se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 relativa a la creación de una Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado. Desde el punto de vista técnico, tiene la particularidad de ser una de las primeras ocasiones en que se recurre a la base jurídica del artículo 153.2.a TFUE, que faculta a la Unión para adoptar medidas de cooperación que excluyan la armonización de sus legislaciones.

El texto deja claro cuáles son sus finalidades: «prevenir, desalentar y combatir el trabajo o declarado, así como fomentar la declaración del trabajo no declarado» (art.1). La plataforma tendrá un claro carácter intergubernamental, ya que estará compuesta por un representante de cada Estado miembro, uno de la Comisión y una proporción mucho menor de representantes de los interlocutores sociales europeos. Además, se dará entrada a diversos sujetos en calidad de observadores. El capítulo III desarrolla su funcionamiento institucional.

Pero es el Capítulo II el que recoge el cometido y actividades de la plataforma. En síntesis, representa un nuevo episodio del método abierto de coordinación, la implantación del Derecho blando en el ámbito social. En los artículos 5 y 6, como es habitual en este campo, figuran los conocidos intercambios de buenas prácticas, fomento de enfoques innovadores, mejora del conocimiento y de la comprensión

mutua... Algunos de los contenidos, eso sí, son más concretos y apuntan al importante papel otorgado a la Inspección de Trabajo.

El 13 de marzo de 2020 es la fecha que la Decisión marca para la presentación de un in-

forme por parte de la Comisión sobre la «aplicación y el valor añadido» de esta iniciativa. Se abren, por lo tanto, cuatro años para una importante tarea de regularización de una parte no menor de la actividad económica en la Unión.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

III. Jurisprudencia

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2016

Review of case-law from the EU Court of Justice in 2016

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS: 2.1. Prohibición de discriminación. 2.2. Limitaciones admitidas. 2.3. Aspectos fiscales de la libre circulación. 3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UNIÓN: 3.1. Sobre la naturaleza de la cotización. 3.2. Derechos transnacionales de los funcionarios de la UE. 3.3. Equivalencia entre prestaciones. 4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: 4.1. Igualdad entre sexos. 4.2. Discriminación por razón de edad. 4.3. Discriminación por discapacidad. 5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO: 5.1. Tiempo de trabajo. 5.2. Contratos de duración determinada. 5.3. Otras materias.

1. INTRODUCCIÓN

En el número 127 de esta Revista se recuperó el desfase cronológico que se estaba produciendo en las reseñas de la actividad del Tribunal de Justicia. De esta forma, se puede ofrecer ya noticia de las más destacadas sentencias dictadas en materia social por el Tribunal de Justicia en 2016. Entre todas ellas, destacó el conjunto de sentencias del mes de septiembre en materia de empleo público, cuyo encaje en nuestro ordenamiento todavía no ha sido resuelto.

2. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

2.1. Prohibición de discriminación

Dos sentencias del Tribunal de Justicia se unieron al no menos preciado elenco jurisprudencial

a propósito de problemas concretos sobre discriminaciones indirectas por razón de la nacionalidad. La primera fue la sentencia de 14 de diciembre de 2016, *Maria do Céu Bragança Linares Verruga, Jacinto Manuel Sousa Verruga, André Angelo Linares Verruga y Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, asunto C-238/15¹.

La composición demográfica de Luxemburgo es un ejemplo perfecto de los resultados de la libre circulación. Más del 46% de la población del Gran Ducado no tiene nacionalidad luxemburguesa y la mayoría de ese porcentaje corresponde a ciudadanos de Estados Miembros de la Unión Europea. Esta situación ha ido dando lugar, a lo largo de los años, a diver-

¹ ECLI:EU:C:2016:949. Comentada en A. Turmo, «Accès des frontaliers aux aides aux études luxembourgeoises – Des précisions insatisfaisantes sur l'arrêt Giersch– CJUE, 14 décembre 2016, Bragança Linares Verruga e.a., aff. C-238/15, EU:C:2016:949; CJUE, 15 décembre 2016, Depesme et Kerrou e.a., aff. Jointes C-401 à 403/15, EU:C:2016:955», *Revue des affaires européennes*, 4, 2016, pp. 701-712.

* Universidad de Santiago de Compostela.

sos litigios ante el Tribunal de Justicia, que han buscado (y conseguido, en líneas generales) eliminar las restricciones fundadas en la nacionalidad que subsistían en la legislación luxemburguesa.

No es casualidad que los protagonistas del litigio original fueran portugueses, puesto que esta nacionalidad supone más del 16% de la población de Luxemburgo. Pero a su procedencia se añadía el dato de la residencia en Francia de los trabajadores, un hecho que pone de manifiesto la abundancia del trabajo transfronterizo en Luxemburgo (y el precio de la vivienda, incidentalmente).

De acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal, no es conforme con el Derecho de la Unión Europea condicionar la concesión de ayudas por estudios a los no residentes a un periodo de trabajo previo de los progenitores, cuando tal requisito no se exige a los residentes. El objetivo de elevar el porcentaje de titulados superiores en un Estado miembro es legítimo, pero su puesta en práctica debe respetar la necesaria proporcionalidad. En el caso estudiado, el Tribunal valoró la larga conexión de los padres de los beneficiarios con el mercado de trabajo luxemburgués para pronunciarse sobre dicho requisito.

El segundo pronunciamiento fue la sentencia de 15 de diciembre de 2016, *Noémie Depesme, Saïd Kerrou, Adrien Kauffmann, Maxime Lefort y Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, asuntos acumulados C-401/15 a C-403/15². En este caso se trataba de nuevo de solicitudes de ciudadanos de Estados miembros no residentes en Luxemburgo, pero cuyos padrastrros (tal es la terminología usada por la sentencia) trabajaban en el Gran Ducado. La Administración

² ECLI:EU:C:2016:955. Comentada también en A. TURMO, «Accès des frontaliers aux aides aux études luxembourgeoises – Des précisions insatisfaisantes sur l'arrêt Giersch – CJUE, 14 décembre 2016, Bragança Linares Verruga e.a., aff. C-238/15, EU:C:2016:949; CJUE, 15 décembre 2016, Depesme et Kerrou e.a., aff. Jointes C-401 à 403/15, EU:C:2016:955», *Revue des affaires européennes*, 4, 2016, pp. 701-712.

había considerado que, al no tratarse ni de hijos biológicos ni adoptivos, no tenían derecho al disfrute de las mismas ayudas de estudios analizadas en la sentencia anterior. Contra esta decisión, el Tribunal concluyó que, a los efectos del disfrute de ventajas sociales en el marco de la libre circulación de personas, debe entenderse como hijo de un trabajador transfronterizo tanto el que tenga vínculo de filiación con éste como el del cónyuge o de su pareja registrado, si la manutención de dicho hijo corre a su cargo. La verificación de los aspectos de hecho es competencia de los órganos administrativos y jurisdiccionales nacionales.

Con esta sentencia, el Tribunal de Justicia no sólo resolvió un problema luxemburgués, sino que fijó una regla clara que debe ser respetada por los restantes Estados miembros a la hora de aplicar sus legislaciones en la materia. El artículo 2 del Real Decreto 240/2007 parece incluir ya esta interpretación y en España no deberían plantearse, en principio, problemas al respecto.

2.2. Limitaciones admitidas

En contraste con esa línea protectora, la sentencia de 25 de febrero de 2016, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen y Jovanna García-Nieto, Joel Peña Cuevas, Jovanlis Peña García, Joel Luis Peña Cruz*, asunto C-299/14³, supuso un paso más en la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia que

³ ECLI:EU:C:2016:114. Comentada en D. CARRASCOSA BERMEJO, «Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 127, pp.195-226; M. TARABINI-CASTELLANI Aznar, «Libertad de circulación y prestaciones asistenciales durante los tres primeros meses de residencia: la primacía de una libre circulación sostenible frente a la libre circulación de trabajadores (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero de 2016, asunto C-299/14, caso García Nieto)», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 23, 2016, pp. 80-86.

restringe las prestaciones sociales para las personas migrantes.

Conviene insistir en que la restricción autorizada por el Tribunal, que continúa la trayectoria de las sentencias *Brey*⁴, *Dano*⁵ y *Alimanovic*⁶, se refería una vez más a personas que no estaban insertadas en el mercado de trabajo del Estado receptor. No se trataba, pues, de una restricción general creada *ex novo*, sino de una excepción que ya estaba amparada en el texto de la Directiva 2004/38/CE. En este caso, que no fue en sí especialmente novedoso, merece la pena resaltar que se trató de la tercera sentencia procedente de tribunales alemanes en un cortísimo periodo de tiempo, lo cual pone de relieve la importancia del problema en aquel país.

Los protagonistas en esta situación eran varios ciudadanos españoles que se habían trasladado a Alemania. La Sra. García-Nieto y el Sr. Peña Cuevas vivían como pareja no registrada en España, con una hija común y un hijo del Sr. Peña. La Sra. García-Nieto se desplazó a Alemania con su hija y trabajó como ayudante de cocina percibiendo un salario neto de 600 euros, pero que la encuadraba en la Seguridad Social alemana. Poco tiempo después, el Sr. Peña Cuevas y su hijo se reunieron con ellas, residiendo inicialmente en la casa de la madre de la Sra. García-Nieto y subsistiendo con los ingresos de esta última. Los hijos generaron prestaciones familiares desde un momento muy temprano. Al solicitar una «prestación de subsistencia», ésta fue denegada al Sr. Peña Cuevas y a su hijo, por entender que llevaban residiendo menos de tres meses en Alemania y además el Sr. Peña Cuevas no desempeñaba actividad económica

alguna. En el marco de la impugnación de esta denegación, se planteó la cuestión prejudicial.

La primera parte de ésta no fue analizada, ya que coincidía con las preguntas planteadas en el caso *Dano*. La segunda, la más importante, apuntaba a esclarecer si la restricción por nacionalidad aplicada era coherente con el ordenamiento de la UE. La respuesta del Tribunal no fue original en modo alguno, sino que fue una refundición de los ya conocidos argumentos de las sentencias anteriores. La transparencia de la medida, la carga excesiva que supondría el número acumulado de prestaciones de este tipo, el hecho de que el reclamante no fuera ni trabajador ni demandante de empleo... todos estos elementos se reunieron para confirmar la validez de la medida alemana. En definitiva, esta sentencia destaca no por su creatividad, sino por la reiteración de lo abordado, dejando más que claro que los Estados pueden poner coto de forma segura a sus sistemas de protección social frente a los migrantes inactivos económicamente.

2.3. Aspectos fiscales de la libre circulación

Los aspectos fiscales de la libre circulación de personas no abandonan el Tribunal de Justicia, poniendo de relieve lo complejo de los sistemas impositivos de los Estados miembros. En la sentencia de 26 de mayo de 2016, *Charles Kohll, Sylvie Kohll-Schlessler y Directeur de l'administration des contributions directes*, asunto C-300/15⁷, el Tribunal estudió el caso de dos ciudadanos luxemburgueses, residentes en el Gran Ducado, que percibían prestaciones de jubilación de los Países Bajos. Por este motivo, no estaban en posesión de una «ficha de retenciones fiscales» que les daría derecho a un trato ventajoso, ya que ésta sólo se otorga por practicarse retenciones a ingresos luxemburgueses.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2013, *Pensionsversicherungsanstalt contra Peter Brey*, asunto C-140/12 (ECLI:EU:C:2013:565).

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2014, *Elisabeta Dano y Florin Dano contra Jobcenter Leipzig*, asunto C-333/13 (ECLI:EU:C:2014:2358).

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 2015, *Jobcenter Berlin Neukölln contra Nazifa Alimanovic y otros*, asunto C-67/14 (ECLI:EU:C:2015:597).

⁷ ECLI:EU:C:2016:361.

Un primer aspecto de interés de la sentencia es la aplicabilidad de la libre circulación de trabajadores a un jubilado. De acuerdo con el Tribunal, el hecho de que una persona ya no mantenga una relación laboral no la priva de la garantía de determinados derechos vinculados a la condición de trabajador, y una pensión de jubilación, cuya concesión depende de la existencia previa de una relación laboral que ha terminado, forma parte de esta categoría de derechos.

Establecida de esta forma la relevancia al caso de la normativa europea, el razonamiento del Tribunal fue extenso, pero fácil de encajar en sus pautas habituales. La exigencia descrita puede ser considerada como una restricción. Éstas, a su vez, pueden estar justificadas, conforme a una larga jurisprudencia, pero en este caso el gobierno luxemburgués no consiguió probar las razones pertinentes. En definitiva, los Estados miembros no pueden condicionar el disfrute de beneficios fiscales para pensionistas al cumplimiento de requisitos formales que estén vinculados a la percepción de una pensión en el Estado de residencia, ya que con ello se discrimina a los titulares de prestaciones procedentes de otros Estados miembros.

3. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UNIÓN

3.1. Sobre la naturaleza de la cotización

Dentro del espectro del Derecho de la Unión Europea, las cuestiones relativas a la Seguridad Social de las personas que se desplazan por el territorio de los Estados miembros tienen una complejidad sobradamente conocida. La sentencia de 26 de octubre de 2016, *Rijksdienst voor Pensioenen y Willem Hoogstad*, asunto C-269/15⁸, resolvió un problema de gran enjundia, cual es la práctica

de retenciones en un Estado miembro sobre las prestaciones complementarias de un nacional de otro Estado miembro, residente en un tercer Estado diferente de los dos anteriores, a cuya legislación está sujeto en virtud de los Reglamentos en la materia (en este caso, todavía se trata del Reglamento (CEE) n° 1408/71).

Recuérdese que la regla general es la determinación de una única legislación aplicable en la materia, salvo las contadísimas excepciones que la propia norma europea contiene. De ahí la importancia, en primer lugar, de fijar con claridad la idea de «legislación», especialmente por la exclusión de «las disposiciones de convenios existentes o futuros con independencia de que hayan sido o no objeto de una decisión de los poderes públicos para hacerlas obligatorias o ampliar su ámbito de aplicación». En este caso concreto, el origen de la prestación no era legislación, pero sí que lo era la fuente de la retención debida por su percepción.

El hecho de que conforme a la legislación belga la retención tuviera naturaleza impositiva no fue suficiente para su exclusión del ámbito de aplicación de los Reglamentos, «siempre que se constate que el producto de esos gravámenes se afecta directa y específicamente a la financiación de determinadas ramas de la seguridad social en el Estado miembro en cuestión». Esto es, da igual la definición formal como impuesto o como cotización: lo importante es el destino que se da a la cantidad recaudada. Se trata, por lo tanto, de una concepción finalista.

El Tribunal recalcó, además, que la condición de jubilado del Sr. Hoogstad no influía en modo alguno en el caso, puesto que forma parte del ámbito de aplicación del Reglamento en la misma medida que un trabajador en activo. Las disposiciones específicas sobre personas en esta situación que recoge el Reglamento no fueron consideradas relevantes para la resolución del asunto.

⁸ ECLI:EU:C:2016:802.

En conclusión, el Tribunal con esta sentencia ha puesto de manifiesto, reiterando su propia jurisprudencia, que la naturaleza de las fuentes de financiación debe ser reconsiderada y centrar la atención en el destino que se da a lo recaudado. Esta cuestión tiene especial relevancia a la hora de determinar la diferencia entre prestaciones contributivas y no contributivas en algunos ordenamientos y ya había sido adelantada por la doctrina española más especializada⁹.

3.2. Derechos transnacionales de los funcionarios en la UE

Cuantitativamente, no son muchos los casos que se ocupan de los derechos de Seguridad social de los empleados públicos cuando cambian de país de servicio. Simbólicamente, no obstante, resulta llamativa la reticencia de los Estados a facilitar el movimiento del personal que ha estado bajo sus órdenes.

La sentencia de 21 de enero de 2016, *Comisión Europea contra Chipre*, asunto C-515/14¹⁰, se añadió a la lista de sentencias que revisan las legislaciones nacionales en materia de protección social cuando afectan al tránsito de sus empleados públicos hacia las Instituciones europeas. Normalmente, las normas estatales lastran esa situación, privando al sujeto de o menoscabando el disfrute de alguna prestación. En este caso, el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros no pueden mantener en vigor normativas que disuadan a sus funcionarios de incorporarse al servicio de las Instituciones europeas o de otros organismos internacionales, penalizando sus derechos en materia de Seguridad social.

De manera paralela, en la sentencia de 13 de julio de 2016, *Joachim Pöpperl y Land Nordrhein-Westfalen*, asunto C-187/15¹¹, el Tribunal de Justicia juzgó que los Estados miembros no pueden establecer un régimen de jubilación que perjudique a un funcionario a su servicio si éste decide dejar el empleo público y desplazarse a otro Estado para desempeñar un trabajo asalariado. Es obligación del juez nacional garantizar la obtención de este derecho, inaplicando si es necesario la normativa existente.

3.3. Equivalencia entre prestaciones

Por su parte, la sentencia de 21 de enero de 2016, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse, Alfred Knauer y Landeshauptmann von Vorarlberg*, asunto C-453/14¹², abordó un asunto muy complejo, como es la determinación de la equivalencia entre prestaciones a los efectos del Reglamento (CE) n° 883/2004, en materia de Seguridad Social. Esta calificación lleva consigo la reducción de prestaciones, puesto que el objetivo de los Reglamentos es determinar una única legislación aplicable en esta cuestión, evitando así solapamientos, tanto los que perjudican al trabajador (doble cotización) como los que, hipotéticamente, podrían beneficiarle (acumulación de prestaciones).

En este caso, el Tribunal consideró que el elemento esencial era que ambas prestaciones estuviesen dirigidas a un mismo objetivo. Era indiferente que una estuviese encuadrada en un régimen legal y otra en un régimen profesional, siempre que ambas quedasen incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento. El problema concreto, al versar sobre una cuestión de tan reducido calado como la articulación entre dos prestaciones de Suiza y

⁹ Sobre estas cuestiones y otras conexas, C. SÁNCHEZ-RODAS Navarro, «Good legal practices in spanish law?: clauses governing residence and the export of spanish social security benefits», en *Good practices in social law*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 23-45

¹⁰ ECLI:EU:C:2016:30.

¹¹ ECLI:EU:C:2016:550.

¹² ECLI:EU:C:2016:37. Comentada en E. MÁS GARCÍA, «La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2016 relativa al principio de asimilación de prestaciones (asunto C-453/14)», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 1, 1, 2016, pp. 209-215.

Liechtenstein, carece de interés material para el lector español.

4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

4.1. Igualdad entre sexos

Aunque la Directiva 2000/78/CE es el texto más presente en la actividad jurisdiccional, el cuerpo de Directivas que buscan proteger la igualdad entre mujeres y hombres sigue proporcionando materia de análisis al Tribunal de Justicia.

En la sentencia de 16 de junio de 2016, *Estrella Rodríguez Sánchez y Consum Sociedad Cooperativa Valenciana*, asunto C-351/14¹³, una socia trabajadora de una cooperativa, a raíz de dar a luz a un hijo, solicitó acogerse a una reducción de jornada y a una adscripción fija al turno de mañana. Consum le concedió la primera petición, pero denegó la adaptación horaria pedida, alegando motivos de organización. Llegado el caso al Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, se interrumpió el procedimiento para plantear cuatro cuestiones prejudiciales, redactadas de forma condicionada y subsidiaria, a propósito de la aplicabilidad de la Directiva 2010/18/UE, sobre permiso parental, a este caso. El punto esencial de la duda era si la norma europea, concebida para trabajadores, podía aplicarse a personas que no encajan en la noción nacional de éstos, pero que sí podrían entrar en la noción europea.

Recuérdese que, al fin y al cabo, el Tribunal de Justicia se ha mostrado en el pasado muy flexible a la hora de extender el ámbito de aplicación personal del acervo de la UE. Basta con pensar en la sentencia *Danosa*, donde una mujer que formaba parte de un consejo de administración quedó encuadrada en la Directiva sobre protección de la trabajadora embarazada, o el caso *Balkaya*, donde el Tribunal obligó a tener en cuenta, a la hora de

establecer los umbrales del despido colectivo, a un directivo y a un becario, entendiéndolos dentro de la noción de trabajador de la Directiva 98/59/CE.

No obstante este margen para la duda, la sentencia del Tribunal de Justicia rechazó la admisibilidad de las cuestiones planteadas y lo hizo en un tono muy severo. Así, puede leerse que «la justificación de una cuestión prejudicial no radica en la formulación de estas opiniones, sino en la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio». En otros apartados de la sentencia, así mismo, se cuestionó la utilización del juez español de algunos mecanismos procesales reservados al propio Tribunal de Justicia.

En cuanto al fondo del asunto, la sentencia distinguió, una vez más, entre el permiso de maternidad y otras fórmulas de conciliación amparadas por el ordenamiento de la UE, para concluir la no aplicabilidad en este caso de la Directiva 2010/18/UE. El Tribunal consideró que los hechos descritos no encajaban en el precepto cuya interpretación era el núcleo jurídico del caso. No había una reincorporación tras el disfrute de un permiso parental, sino el ejercicio de un derecho autónomo creado por el Estatuto de los Trabajadores, más allá de las previsiones de la Directiva. Y de ahí que no procediera el análisis. En definitiva, el Tribunal consideró que lo planteado por el Juzgado de lo Social nº 33 es una cuestión hipotética y que en modo alguno había una relación con el Derecho de la Unión que pudiera justificar su intervención.

Por otro lado, en un nuevo procedimiento sobre el permiso de maternidad, el Tribunal de Justicia se mostró restrictivo en su configuración, al permitir a los Estados introducir limitaciones en su cuantía. En la sentencia de 14 de julio de 2016, *Maria Cristina Elisabetta Ornano y Ministero della Giustizia, Direzione Generale dei Magistrati del Ministero*, asunto C-335/15¹⁴, la conclusión principal fue que no

¹³ ECLI:EU:C:2016:447.

¹⁴ ECLI:EU:C:2016:564.

era contrario al Derecho de la Unión Europea establecer que durante el disfrute del permiso de maternidad una magistrada no perciba todas sus retribuciones ordinarias, siempre que se garantice la percepción de una prestación al menos igual a la que se recibiría en caso de una interrupción derivada de motivos de salud. Es esta una interpretación literal de la normativa, que devuelve a tiempos donde la maternidad no era considerada muy diferente de una prestación por enfermedad, desprovista de buena parte de los valores sociales que encarna.

4.2. Discriminación por razón de edad

La discriminación por razón de edad continúa en una posición muy destacada en la actividad del Tribunal de Justicia, junto con la discapacidad, y año tras año se suceden interesantes sentencias que contienen, en algunos casos, pronunciamientos cuya trascendencia va más allá del litigio concreto, con mayor o menor fortuna. No faltan, en este sentido, las voces críticas que advierten de un deterioro de la calidad técnica de los pronunciamientos más recientes, que están en cierta manera dañando el *corpus* existente en materia de discriminación.

Tal es el caso de la sentencia de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri (DI) y Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*, asunto C-441/14¹⁵,

¹⁵ ECLI:EU:C:2016:278. Comentada en A. ALVAREZ DEL CUVILLO, «El efecto horizontal (con «renglones torcidos») de la prohibición de discriminación en el Derecho de la Unión Europea: a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 19-4-2016 (Asunto C-441-14, *Dansk Industries vs. Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*)», *Derecho de las relaciones laborales*, 9, 2016, pp. 931-940; E. DUBOUT, «Grandeur et décadence de l'obligation d'interprétation conforme aux directives dans les litiges horizontaux – CJUE, gde ch., 19 avril 2016, *Dansk Industri (DI) / Succession Rasmussen*, aff. C-441/14, EU:C:2016:278», *Revue des affaires européennes*, 2, 2016, pp. 287-297; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «Primacía del principio de igualdad de trato sobre el principio de seguridad jurídica y confianza legítima: sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de abril de 2016, C-441/14 (Rasmussen)», *Trabajo y derecho*, 21, 2016, pp. 64-67; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «El efecto

resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Dinamarca a propósito de la interpretación de la Directiva 2000/78/CE. No deja de resultar llamativa la abundancia de litigios en esta materia que se plantean desde los países nórdicos, donde la normativa antidiscriminación parece ser particularmente activa (o sus jueces albergan una cantidad muy considerable de dudas).

La legislación danesa, en una pintoresca muestra de flexiguridad, negaba la indemnización por extinción de contrato a los trabajadores que en el momento de finalizar su relación laboral tenían derecho a acceder a una pensión de jubilación. El sindicato DI, en nombre del Sr. Rasmussen, atacó su extinción sin indemnización, alegando la sentencia de 2010 del propio Tribunal de Justicia sobre esta cuestión, *Ingeniørforeningen i Danmark* (C499/08, EU:C:2010:600). Llegado el litigio al Tribunal Supremo, ante éste se planteó que no era posible realizar una interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea que no fuera radicalmente contraria a la norma en vigor en Dinamarca, conforme a la cual se había actuado bajo el principio de confianza legítima. El hecho de que se tratara de un litigio entre particulares impedía, de antemano, la eficacia horizontal automática. El dilema planteado, en definitiva, buscaba del Tribunal de Justicia una decisión sobre la prioridad del principio general de no discriminación por razón de la edad, recogido también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o la prioridad del principio de seguridad jurídica.

El elemento previo, la aplicabilidad en el caso de la Directiva 2000/78/CE, no supuso ningún problema para el Tribunal. Recurriendo a la doctrina sentada en la sentencia antes mencionada, señaló que el principio antidiscriminatorio se oponía radicalmente a un trato como el atacado, con independencia de

directo horizontal de la Directiva 2000/78: (STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/2014: DI –Ajos A/S– vs Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen», *La Ley Unión Europea*, 38, 2016.

que se produjera en un litigio entre particulares. Este aspecto era claramente predecible, ya que la anterior doctrina del Tribunal sobre un caso idéntico era ya conocida.

El elemento central de esta cuestión prejudicial, que trasciende al ámbito social, es el choque entre el ordenamiento de la UE, una Directiva no concebida para ser aplicada de forma directa, y un ordenamiento nacional, en concreto dos principios centrales como son la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima. El Tribunal, para resolver el dilema, recurrió a su jurisprudencia más clásica sobre la ausencia de eficacia horizontal de las Directivas, pero la matizó oponiéndole la corriente sobre la obligación de los Estados de hacer cumplir el Derecho de la Unión. La interpretación conforme es, en estos escenarios, una herramienta decisiva para el órgano jurisdiccional. Pero como el propio Tribunal recordó, «la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el Derecho de la Unión cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional».

Aquí entraba la ponderación propuesta por el órgano nacional. La sentencia comenzó precisando que no era admisible la perpetuación de una jurisprudencia nacional errónea, como parecía insinuar el tribunal danés, y que el órgano judicial debía garantizar la aplicación del Derecho de la Unión a los justiciables. La conclusión a este respecto fue tajante: «puesto que considera que no puede garantizar una interpretación conforme de la norma nacional de que se trata, el tribunal remitente debe dejar esta norma sin aplicar».

Y continuó el Tribunal indicando que «salvo en caso de circunstancias totalmente excepcionales –cuya existencia, sin embargo no ha sido aquí alegada– el Derecho de la Unión así interpretado debe ser aplicado por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva so-

bre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de ese Derecho».

Esta es, en conclusión, una sentencia que continúa la trayectoria que abrieron hace más de 50 años *Van Gend en Loos* y *Costa c. Enel*, la caracterización de un Derecho de la Unión Europea que se introduce en los Derechos nacionales, modificándolos de forma imparable y alterando estructuras consolidadas de los ordenamientos estatales.

La extendida presencia de la Directiva 2000/78/CE en la actividad del Tribunal de Justicia es clara muestra de su utilización cada vez más frecuente en el tráfico jurídico nacional. Las generalmente favorables respuestas, en ocasiones más allá de cualquier expectativa como en los casos *Kelly* o *Meister*, tenían, por fuerza, que llevar a alguna utilización *estratégica* del Derecho de la Unión. Recuérdese que este tipo de *encaje* jurídico no es extraño en la trayectoria del Tribunal de Justicia, como recuerdan sin dificultad los casos *Job Center*, *Viking* o el más próximo geográficamente *Torralbo Marcos*.

En este caso, la sentencia de 28 de julio de 2016, *Nils-Johannes Kratzer y R+V Allgemeine Versicherung AG*, asunto C-423/15¹⁶, permitió al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la invocación fraudulenta de las directivas antidiscriminación. La cuestión prejudicial procedía del Tribunal Supremo de Trabajo alemán, un órgano habituado a la utilización de este mecanismo en casos particularmente interesantes. La duda se había planteado en el litigio entablado por el Sr. Kratzer, a quien de la lectura de la sentencia se puede presumir de una cierta edad y trayectoria profesional. Concurrió a una convocatoria para un puesto en prácticas, que buscaba claramente perfiles jóvenes con los estudios recién terminados. Al ser, obviamente, rechazado, interpuso una demanda por discriminación basada en su edad

¹⁶ ECLI:EU:C:2016:604.

y al tener conocimiento de que la empresa había seleccionado únicamente a mujeres añadió la discriminación por razón de sexo. Sus peticiones fueron sucesivamente rechazadas por los órganos judiciales alemanes, hasta llegar al Tribunal Supremo, que elevó la cuestión prejudicial al dudar sobre el encaje de las peticiones del Sr. Kratzer con las Directivas 2000/78/CE y 2006/54/CE.

De la lectura de las preguntas planteadas ya se desprende que el Tribunal alemán desconfiaba de las motivaciones del demandante: «una persona de cuya candidatura se desprende que no pretende lograr la contratación y el empleo, sino sólo la condición de demandante de empleo, a fin de poder reclamar una indemnización». Tal desconfianza, naturalmente, no puede llegar al Tribunal de Justicia, que nunca puede pronunciarse sobre los elementos fácticos. Si el Sr. Kratzer era, en efecto, un *listo*, sólo podía decidirlo el órgano nacional. Luxemburgo le proporcionaría únicamente las herramientas de análisis para determinarlo.

La sentencia fue tajante al considerar que el Sr. Kratzer estaba fuera del ámbito de las Directivas, al considerar que faltaba la voluntad de acceder al empleo, que es la situación efectivamente protegida por las normas europeas. Ciertamente, el jurista crítico puede señalar que tal apreciación invade peligrosamente el análisis de los hechos y no su encaje jurídico, pero en ocasiones el Tribunal cruza esa frontera para encaminar sus decisiones hacia la garantía del efecto útil de las Directivas. De ello se siguió que no tenía condición alguna de víctima de discriminación.

A pesar de esta exclusión, el Tribunal consideró necesario incluir una elaborada argumentación sobre el abuso de derecho, recordando que «los justiciables no pueden prevalerse de las normas de la Unión Europea de forma abusiva o fraudulenta». En doctrina consolidada, para determinar la existencia de este tipo de prácticas deben concurrir un elemento objetivo y uno subjetivo. En cuanto al primero, se traduce en una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a

pesar de haberse respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el fin perseguido por dicha normativa. El segundo, a su vez, exige un conjunto de datos objetivos de los que debe resultar que la finalidad esencial de las operaciones de que se trata consiste en obtener una ventaja indebida. La existencia de este segundo elemento, vinculado a la intención de los operadores, puede acreditarse, por ejemplo, teniendo en cuenta el carácter puramente artificial de las operaciones de que se trate. Con estas guías, el Tribunal de Justicia dejaba abierto el camino para la declaración como fraudulenta de la candidatura del Sr. Kratzer.

Con origen en España, en la sentencia de 15 de noviembre de 2016, *Gorka Salaberria Sorondo y Academia Vasca de Policía y Emergencias*, asunto C-258/15¹⁷, el Tribunal dio marcha atrás frente a lo que había establecido en su sentencia anterior *Vital Pérez*¹⁸, a propósito de los límites de edad para el acceso a fuerzas policiales. En el caso presente, el cuerpo en cuestión era la Ertzaintza y la edad impugnada los 35 años. La diferencia de funciones entre uno y otro cuerpo de seguridad había provocado las dudas en el órgano remitente, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que en sentencias anteriores había declarado la legalidad del requisito, atendiendo a la doctrina sentada en el caso *Wolf*¹⁹ sobre los bomberos de Hamburgo.

¹⁷ ECLI:EU:C:2016:873. Comentada en C. AGUÉS MENDIZÁBAL «La discriminación por razón de la edad en el acceso a los cuerpos de policía: STJUE de 15 de noviembre de 2016, asunto C-258/15: Salaberria Sorondo», *Diario La Ley*, 8931, 2017; S. SOLDEVILA FRAGOSO, «La Ertzaintza y los 35 años: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2016. Asunto C-258/2015, Gorka Salaberria Sorondo v. Academia Vasca de Policía y Emergencias», *Actualidad administrativa*, 1, 2017.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2014, *Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo*, asunto C-416/13 (ECLI:EU:C:2014:2371)

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2010, *Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main*, asunto C-229/08 (ECLI:EU:C:2010:3).

El asunto fue resuelto en Gran Sala, la máxima formación jurisdiccional ordinaria del Tribunal de Justicia (recuy la Ertzaintzado, marco del caso abordar la diferencia entre las funciones de la Policía que el Pleno sólo interviene en las ocasiones tasadas que recoge el Estatuto), con la intervención de los Gobiernos de España, Irlanda, Francia e Italia. Esta situación pone de manifiesto la importancia político-administrativa del fallo. Era obvio que el caso descrito entraba dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, al abordar una diferencia de trato basada en la edad en lo referente al acceso al empleo público. La importancia de la sentencia, en cambio, era la justificación o no de esa diferencia de trato. En el primero de los casos, la edad se transformaría en un requisito profesional esencial y determinante.

Para resolver la cuestión prejudicial, el Tribunal tuvo que abordar la diferencia entre las funciones de la Policía Local de Oviedo, marco del caso *Vital Pérez*, y la Ertzaintza. De acuerdo con la ley reguladora de esta última, sus misiones esenciales son «garantizar la protección de las personas y bienes, garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades de todos y velar por la seguridad de los ciudadanos». En contraste, las de una Policía Local son «la protección de las autoridades de las Corporaciones Locales, y la vigilancia o custodia de sus edificios, el ordenamiento, señalización y dirección del tráfico en el casco urbano y el ejercicio de funciones de Policía Administrativa».

El indudable contraste fue subrayado por el hecho de que los agentes que acceden al cuerpo no desempeñan tareas administrativas, sino funciones operativas donde el recurso a la fuerza física y las condiciones de intervención difíciles pueden acontecer. El Tribunal pareció aceptar el argumento del progresivo deterioro de las facultades físicas de los agentes, que a los 55 años pasan a ser considerados poco aptos para el servicio. La envejecida *pirámide de población* de la policía vasca permitió, además, presentar la medida como un mecanismo de rejuvenecimiento de

la plantilla, encaminado a garantizar la posesión de dichas facultades durante un periodo de tiempo superior a los 20 años.

Ante estos hechos, el Tribunal de Justicia consideró que existía una razón objetiva que fundaba la diferencia de trato. La segunda parte del habitual razonamiento, la proporcionalidad, fue despachada en un único párrafo, considerando que la medida era adecuada y no iba más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo. En definitiva, la edad vuelve a ser un requisito admitido para condicionar el acceso a determinados cuerpos de seguridad. Haciendo un balance desde la sentencia *Wolff* hasta hoy, puede afirmarse a modo de tibia conclusión que los requisitos físicos del puesto son la justificación objetiva de un trato desigual.

La más decepcionante sentencia de este periodo fue la de 24 de noviembre de 2016, *David L. Parris y Trinity College Dublin, Higher Education Authority, Department of Public Expenditure and Reform, Department of Education and Skills*, asunto C-443/15²⁰. En ella el Tribunal dejó pasar la oportunidad de analizar, en un país tan simbólico como Irlanda, una discriminación múltiple que incluía la orientación sexual. Finalmente, el Tribunal declaró que no es discriminación por orientación sexual condicionar el disfrute de prestaciones a un estado civil, al ser éste una materia exceptuada del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. Establecer límites de edad para el acceso a prestaciones no suponía, a juicio del Tribunal, una discriminación por edad, puesto que es una de las excepciones amparadas por la propia Directiva. La conclusión principal de este caso es que cuando una disposición nacional no crea una discrimi-

²⁰ ECLI:EU:C:2016:897. Comentada en E. HERRERA CEBALLOS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2016 en el caso David L. Parris C. Trinity College Dublin y otros», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 43, 2017; P.-Y. MONJAL «Arrêt David L. Parris c. Trinity College Dublin e.a.: CJUE, 1ère Ch., 24 novembre 2016, aff. C-443/15, ECLI:EU:C:2016:897», *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1, 2017, págs. 177-182.

minación basada en la orientación sexual ni una discriminación basada en la edad, dicha disposición no puede crear una discriminación basada en la combinación de ambos factores.

4.3. Discriminación por discapacidad

El 1 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia dictó su sentencia *Mohamed Daouidi y Bootes Plus, S.L., Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal*, en el asunto C-395/15²¹. Como viene siendo habitual, recibió una atención mediática considerable, muy superior a la acostumbrada en otros tiempos para los pronunciamientos de Luxemburgo. La síntesis periodística apuntaba a una gran novedad en términos similares a «ya no es posible despedir durante una baja médica». Sin embargo, el análisis detenido de la sentencia hace rebajar de forma cuantiosa su impacto.

El origen de la cuestión prejudicial se encontraba, una vez más, en el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, ante el cual se sustentaba un proceso de despido. El trabajador implicado, ayudante de cocina en un hotel, sufrió un accidente en el trabajo que le provocó una dislocación de codo. Consecuencia de ello, se le reconoció una incapacidad temporal. Poco tiempo después, su empresa se interesó

por el tiempo que tardaría en reincorporarse. Tras señalar que no podría hacerlo de forma inmediata, recibió una carta de despido, fundamentada en su bajo rendimiento. Convencido el juez de que dicha extinción se basaba en la incapacidad temporal y no en la causa aludida, elevó la cuestión prejudicial, compuesta de cinco preguntas.

De ellas, el Tribunal de Justicia sólo estudió el contenido de la quinta, «¿Entraría en el concepto de «discriminación directa por discapacidad» —como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral?». Esta pregunta estaba formulada de forma condicional, caso de que el Tribunal de Justicia respondiera en sentido negativo a las cuatro primeras preguntas, como de hecho sucedió.

Dichas preguntas se referían a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y abarcaban un amplio elenco de artículos de dicho texto. Su interpretación por el Tribunal de Justicia habría tenido el máximo interés, puesto que las tendencias al respecto son variadas. No obstante, la sentencia no entró a responder dichas cuestiones. En una afirmación bastante oscura, indicó que «en la fase actual del procedimiento principal no se ha acreditado que la situación controvertida entre en el ámbito de aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta». Esto es, acudiendo como contraste a la versión francesa de la sentencia, que únicamente los artículos citados de la Carta resultarían aplicables, sin que existiera ninguna norma de Derecho derivado relevante. Dado que la Carta está dirigida a los Estados cuando aplican el Derecho de la Unión, el Tribunal consideró que su estudio tendría carácter hipotético y por ese motivo rechazó el examen.

El centro del análisis del Tribunal de Justicia, por lo tanto, era resolver si un despido

²¹ ECLI:EU:C:2016:917. Comentada en E. DESDENTADO DAROCA, «El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas», *Revista de información laboral*, 3, 2017, pp. 119-143; L. J. DUEÑAS HERRERO, «¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? la fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 01-12-2016», *Derecho de las relaciones laborales*, 5, 2017, pp. 425-449; M. SAFJAN, «Despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta: TJ Sala Tercera, S 1 Diciembre 2016. Asunto C-395/15: Daouidi», *La Ley Unión Europea*, 43, 2016; I. A. RODRÍGUEZ CARDO, «Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?», *La Ley Unión Europea*, 43, 2016; Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 191, 2016, pp. 145-178.

durante una incapacidad temporal quedaba protegida como una discriminación directa por discapacidad. Sobre la base de toda su jurisprudencia anterior, el Tribunal de Justicia puso de nuevo de manifiesto la aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas a la hora de interpretar la expresión «personas con discapacidad». Aplicándola a la idea de un accidente de trabajo, la sentencia señaló que «si un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78».

Tras la teoría, llegaba el momento de aplicarla al caso real y el punto esencial era si la limitación era «duradera» y por lo tanto encajaba en la expresión «a largo plazo» que caracteriza la noción de discapacidad en la Convención citada. Para el Tribunal, al tratarse de un concepto carente de definición en la Directiva, era de particular importancia el establecimiento de una interpretación autónoma y uniforme para todos los Estados miembros, por encima de los matices legales nacionales y de ahí que negara la relevancia de la caracterización de la contingencia en Derecho español como incapacidad temporal.

Claro está, es bien sabido que el Tribunal nunca aplica (o no debería aplicar) sus doctrinas a los hechos del caso. Eso es tarea del órgano judicial nacional, como en esta ocasión sucedió. La sentencia incluyó, eso sí, dos indicios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo esa tarea. Una limitación será duradera si «en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo» o si «dicha incapacidad pued[e] prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona».

Añadió, además, una obviedad: «en la comprobación del carácter «duradero» de la limitación de la capacidad del interesado, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales». La presencia de esta indicación obliga a preguntarse qué clase de jueces existen en la mente del Tribunal de Justicia si necesita recordarle a un órgano judicial las pautas más lógicas de su actuación.

¿Significa esta sentencia que los despidos durante un periodo de incapacidad temporal son discriminatorios? Sólo el gato de Erwin Schrödinger tiene la respuesta. Cada vez que un juez español abra la caja aplicará su propio criterio a la hora de valorar los indicios que el Tribunal de Justicia ha señalado en esta sentencia. Y conviene subrayar el adjetivo español, porque quizás ése sea el efecto más relevante de esta sentencia. Al tratarse de una cuestión prejudicial procedente del orden social español, el grado de sensibilización de los operadores jurídicos crece exponencialmente. El ejemplo de las sentencias de septiembre de 2016 sirve como botón de muestra. La jurisprudencia que viene de otros países no es apenas invocada o aplicada, aunque en lo esencial contenga la misma doctrina. Una sentencia *española* podría revolucionar el sistema y dar lugar a una aplicación encadenada por Tribunales muy distintos de los que plantearon la cuestión originalmente.

Aplicando esta doctrina, la sentencia de 23 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona falló lo siguiente: «El despido del trabajador accidentado, casi dos meses después del accidente, cuando seguía de baja médica y había informado que su reincorporación no sería a corto plazo, constituye –pues– una discriminación, directa, por razón de discapacidad; o, alternativamente, indirecta, dado que, a la postre y dada la larga duración de su incapacidad, su despido ha supuesto una «barrera» al impedir su recuperación y,

con ella, « *la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*».

Recurrida en suplicación²², la sentencia de 12 de junio de 2017 consideró que el despido no era nulo, sino improcedente, puesto que la lesión del trabajador en el caso concreto era reversible, como prueba el hecho de fuera dado de alta sin secuelas tiempo después.

5. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO

5.1. Tiempo de trabajo

Las vacaciones siguen siendo uno de los baluartes del Tribunal de Justicia, que se muestra siempre dispuesto a garantizar su disfrute. La sentencia de 30 de junio de 2016, *Alicja Sobczyszyn y Szkoła Podstawowa w Rzeplinie*, asunto C-178/15²³, ha recalcado este derecho, en una de las escasas cuestiones prejudiciales en materia social planteadas desde Polonia.

Conforme a la legislación de dicho país, los maestros tienen derecho a un permiso remunerado de convalecencia, para someterse a un tratamiento médico, de una duración máxima de un año. La duda del tribunal polaco, fácil de intuir, era qué sucedía cuando este periodo se solapaba con las vacaciones, que tradicionalmente se perdían conforme a la práctica nacional.

Que las vacaciones sirven para ocio y esparcimiento es ya un clásico en la literatura del Tribunal de Justicia. De nuevo lo volvió a traer a colación, para señalar la diferencia sustancial con una convalecencia por motivos médicos. Sobre la base de estas finalidades aparentemente divergentes, el Tribunal encargó al órgano nacional verificar si en efecto

²² Profético, E. ROJO TORRECILLA: «Auguro una interesante sentencia del magistrado Joan Agustí, y tengo más dudas, pero me atrevo también a augurar que la misma será recurrida en suplicación», en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/12/nuevamente-sobre-posible-discriminacion.html>

²³ ECLI:EU:C:2016:502.

los dos permisos servían para cosas diferentes, en cuyo caso existiría un derecho al doble disfrute.

Por último, el pronunciamiento más reciente en esta materia es la Sentencia de 20 de julio de 2016, *Hans Maschek y Magistratsdirektion der Stadt Wien – Personals-telle Wiener Stadtwerke*, asunto C-341/15²⁴. De acuerdo con ella, es contrario al Derecho de la UE privar del derecho a una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas a un trabajador cuya relación laboral haya finalizado en virtud de su solicitud de jubilación y no haya tenido la posibilidad de agotar sus derechos antes de la extinción de la relación laboral.

Las vacaciones no disfrutadas por causa de enfermedad han de ser compensadas también en este caso. Si el trabajador llegó a un acuerdo con el empresario para no presentarse al trabajo y continuar percibiendo su salario antes de la jubilación, no tendrá derecho en cambio a compensación alguna, salvo que mediara enfermedad en ese tiempo. Los Estados miembros conservan una cierta autonomía para regular las vacaciones que excedan las cuatro semanas recogidas en la Directiva 2003/88/CE.

5.2. Contratos de duración determinada

Sin duda, las sentencias más destacadas de todo 2016, desde un punto de vista español, fueron las celeberrimas aparecidas en el mes de septiembre, poniendo de manifiesto diversas anomalías a propósito de la Directiva 1999/70/CE. Esta situación no es un monopolio español y menos aún en el campo del empleo público. Las sentencias del Tribunal de Justicia en esta materia están dando pautas muy severas para la reglamentación del empleo al servicio de las Administraciones públicas en Europa.

²⁴ ECLI:EU:C:2016:576.

El bloque de sentencias y auto que a continuación se van a exponer no fue claro, ni preciso, ni técnicamente perfecto. De ahí la abundancia de opiniones enfrentadas que surgieron en su interpretación, plasmadas en las Conclusiones del Grupo de Expertos nombrado por el Ministerio de Empleo y que seguirán apareciendo hasta que una modificación legislativa aclare el panorama definitivamente.

Una única conclusión podría ser, quizás, compartida por todos los autores. El Tribunal de Justicia creó el escenario propicio para, de una vez por todas, descuajar el mal de la temporalidad abusiva en nuestras Administraciones públicas. Lo extenso del ámbito subjetivo de los litigios, que abarcaban desde el Ministerio de Defensa al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, pasando por los servicios de salud de la Comunidad de Madrid, ponía de manifiesto que el uso y el abuso están generalizados. Es necesario un pacto de Estado que zanje esta cuestión, que depure de irregularidades el empleo público en España y que sirva así de ejemplo para un intento de regeneración pública.

Eso sí, este bloque jurisprudencial no condenó, en absoluto, el empleo temporal. Por el contrario, el Tribunal de Justicia avaló la existencia de contratos de duración determinada, sometidos siempre a la concurrencia de razones objetivas que justifiquen su limitación en el tiempo. Basta con señalar el razonamiento de la sentencia *Pérez López* a propósito del personal eventual de la Sanidad: «es preciso señalar que la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el nn conforme con la Directiva 1999/70/CE. su celebraci en mujer. En el campodad que, con arreglo a la jurisprudencia (...ala la exúmero de pacientes incumbe a la Administración pública, y depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que, con arreglo a la jurisprudencia (...) puede justificar objetivamente en este sector específico (...) el recurso a sucesivos nombramientos de duración determinada».

Los casos que van a presentarse se corresponden con las sentencias *De Diego Pórras*²⁵ (asunto C-596/14), *Pérez López*²⁶ (asunto C-16/15) y *Martínez Andrés*²⁷ (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15) y con el auto *Álvarez Santiso*²⁸ (asunto C-631/15). Las tres primeras son de 14 de septiembre de 2016, éste último del día 21 de septiembre. Todos ellos fueron resueltos por la Sala Décima del Tribunal de Justicia, presidida por el luxemburgués F. Biltgen, que además actuó como ponente en todos ellos. La austriaca M. Berger formó parte de la Sala en los cuatro litigios, mientras que el maltés A. Borg Barthet y el letón E. Levits estuvieron presentes cada uno de ellos en dos procedimientos²⁹. En ninguno de ellos se emitieron Conclusiones por parte de los Abogados Generales, lo cual no deja de resultar llamativo.

Todos estos datos ponen de manifiesto que los asuntos fueron resueltos en unidad de pensamiento y discusión. Los más recientes, parece obvio, se beneficiaron de los trabajos judiciales que ya estaban en marcha. La tajante resolución por auto del último de ellos se explica fácilmente por la existencia de una masa crítica jurisprudencial y así puede entenderse que la cuestión prejudicial fuera resuelta en menos de un año, cuando en el caso *Pérez López* se denegó, una vez más en materia social, la tramitación del procedimiento por su modalidad acelerada.

En cuanto a los órganos de origen de las cuestiones prejudiciales, se pone de manifiesto la creciente utilización de este mecanismo procesal por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que desde 2010 abunda en esta rama de la Jurisdicción. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es uno de los tribunales con mayor raigambre en su uso y, por su parte, el de Madrid ya había planteado años

²⁵ ECLI:EU:C:2016:683.

²⁶ ECLI:EU:C:2016:679.

²⁷ ECLI:EU:C:2016:680.

²⁸ ECLI:EU:C:2016:725.

²⁹ Curiosamente, tres de ellos fueron Ministros de Justicia en sus respectivos países y el cuarto Fiscal General.

atrás alguna cuestión. En síntesis, todo encaja en los patrones habituales del empleo de la cuestión prejudicial por parte de los órganos judiciales españoles en materia sociolaboral.

Lejanos quedan los tiempos en que el Parlamento británico podía hacer cuanto deseara, excepto transformar a hombre en mujer. En el concreto campo de la contratación temporal, es una doctrina de largo arraigo que el mero hecho de que una disposición normativa autorice de forma abstracta su celebración no hace a tal contratación conforme con la Directiva 1999/70/CE. Esta idea ya estaba en la sentencia *Adeneler* de 2006 y se ha repetido con regularidad durante una década.

En esta ocasión, la sentencia *Pérez López* lo afirmó de forma incontestable a propósito del sistema de trabajo eventual en el ámbito sanitario: «una disposición de esta naturaleza [se refiere al artículo 9 de la Ley 55/2003], de carácter meramente formal, no permite deducir criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto». La tercera trompeta no fue más clara que esta afirmación.

Y lo que quedó igualmente claro fue el mensaje dirigido ya no al juez que habrá de aplicar esta doctrina, sino al legislador que había de enmendar la falta de concordancia con el Derecho de la Unión Europea. La clave de la construcción de la regulación futura del trabajo de duración determinada ha de ser la identificación de las razones objetivas que lo autorizan y que pueden dar lugar a tratos diferenciados. Nunca ha de olvidarse que la cláusula cuarta del Acuerdo Marco encarnado en la Directiva 1999/70/CE autoriza regímenes diferenciados en el caso de que «se justifique un trato diferente por razones objetivas».

De entre todos los temas tratados por estas sentencias, sin duda el que más revuelo causó fue el de la concesión de una indemnización al personal interino por la extinción de

su contrato, materia central en el caso *De Diego Porras*. Resulta ocioso relatar los hechos, puesto que responden a una situación harto frecuente: una persona cuyos contratos de interinidad (justificados, en principio) se extendían en el tiempo durante casi una década, hasta que el último de ellos se extinguió, sin indemnización, conforme al Estatuto de los Trabajadores.

No cabe duda de que la extinción del contrato forma parte de las condiciones de trabajo reguladas en la Directiva 1999/70/CE. La interpretación habitual del Tribunal de Justicia de incluir en tal noción todo lo relacionado con el empleo no podía llevar a otra conclusión. El punto central del debate jurídico debía centrarse, por lo tanto, en la justificación objetiva de la diferencia de trato.

¿Existe esa diferencia de trato? A juicio del Tribunal, por supuesto, ya que la demandante desempeñaba las mismas funciones que la persona a la que sustituía, que sería el trabajador en una situación comparable que exige la Directiva. Y aquí se abre el camino para la duda, siquiera metódica. El trabajo es comparable, en efecto, pero cabría considerar que las circunstancias de la extinción no lo son. Podría sostenerse que la extinción comparable sería, en realidad, la de un trabajador indefinido sometido a una condición resolutoria.

Parte de la confusión existente al respecto puede provenir de la coincidencia terminológica entre la extinción por causas objetivas del Estatuto de los Trabajadores (cuyo artículo 53 aparece reflejado en el elenco de Derecho nacional de la sentencia) y las justificaciones objetivas que exige la Directiva para considerar viable un contrato de duración determinada y por ende su extinción, y que se refleja en la redacción de la segunda de las preguntas elevadas por el TSJ de Madrid. Si trasladamos las circunstancias objetivas a la extinción del interino, ya sea por ineptitud, por falta de adaptación, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por faltas de asistencia, no hay duda alguna de que queda encuadrado en ellas y tendría derecho a los

veinte días correspondientes como indemnización.

La segunda mitad de la sentencia *De Diego Porras* era realmente confusa. Los razonamientos eran, cuando menos, endebles y podría cuestionarse incluso que el Tribunal estuviese respondiendo a lo que se le preguntó. Pero ésta es una cuestión teórica, porque la respuesta es la que es: es contrario al ordenamiento de la UE denegar cualquier indemnización a los interinos. Entre otros motivos, porque el Gobierno español no consiguió demostrar que existían razones objetivas que puedan justificar esa diferencia. ¿Existen? He ahí el ejercicio de dialéctica y metodología jurídica que deberá construir el legislador futuro cuando aborde esta cuestión. O quizás la representación española ante el Tribunal de Justicia en cualquiera de las múltiples cuestiones prejudiciales que se han planteado desde Tribunales españoles a lo largo de 2017 sobre la Directiva 1999/70/CE.

En el caso concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid actuó con gran celeridad y el 5 de octubre de 2016 publicó su sentencia en la que aplicaba las indicaciones de Luxemburgo. Merece la pena transcribir, en su integridad, el párrafo más relevante de la sentencia: «Así pues siendo la Directiva 1999/70 directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8-6-2016, nº 497/2016, rec. 207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo y así lo ha apreciado el citado Tribunal que lo afirma en el apartado 44 de la sentencia, habida cuen-

ta de que el puesto de trabajo es único y por tanto son idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y lo han de ser todas condiciones laborales y, entre ellas, la indemnización por cese, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación y de la repetida cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y conforme a la misma la actora tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la extinción, conforme se ha razonado en el anterior fundamento de derecho, es procedente, sin que pueda alterar esta calificación el hecho de que el demandado no hubiera puesto a disposición de la actora la indemnización que le corresponde, lo que es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación». Llegada la sentencia al Tribunal Supremo a través de un recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala Cuarta, el 20 de septiembre de 2017 decidió elevar una nueva cuestión prejudicial, de incierto desarrollo, buscando una aclaración.

Paradójicamente, el personal sanitario eventual, analizado a su vez en *Pérez López*, no se benefició de esta corriente de razonamiento proactiva. Y es que en dicha sentencia el Tribunal no se consideró competente para pronunciarse sobre la diferencia de trato entre los eventuales del Estatuto de los Trabajadores y los eventuales de la Ley 55/2003, que no perciben indemnización alguna. Responden a la misma situación, aquí sin duda alguna. Pero de acuerdo con la sentencia, «una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada (...) no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado en dicho Acuerdo Marco».

No se puede hacer menos que dejar constancia de la extrañeza que provoca esta afirmación. Si el razonamiento hubiera sido paralelo al de *De Diego Porras*, lo que habría procedido sería hallar el trabajador con contrato indefinido comparable y someterle al mismo test por el que pasó el interino. Aquí, sin embargo, no se siguió, sino que se zanjó el asunto de forma tajante.

Mucho más claro fue el otro aspecto del asunto resuelto en la sentencia *Martínez Andrés*. En las dos cuestiones prejudiciales acumuladas se abordaba, en primer lugar, la situación de una auxiliar administrativa, con la condición de personal estatutario eventual, cuyo nombramiento había sido objeto de trece prórrogas; y de un arquitecto municipal que tras varios contratos de duración determinada ocupó un puesto de funcionario interino durante más de una década. Llegado el momento de la extinción del contrato, los órganos planteantes consideraron que no existían los requisitos legales para que los nombramientos fueran correctos y que no existía un mecanismo sancionador similar a los trabajadores indefinidos no fijos creados por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

La cuestión subyacente tiene gran enjundia y ejemplifica a la perfección la dificultad de articular las respectivas competencias de la Unión Europea y de los Estados miembros en esta materia. La Unión cuenta en su ordenamiento con una Directiva que quiere establecer límites a la utilización de los contratos de duración determinada. Y es que no debe olvidarse que de acuerdo con la filosofía del Derecho comunitario, la forma «normal» de contrato de trabajo es el contrato indefinido. Pues bien, dentro de esa voluntad de limitar, la Directiva no enuncia sanciones específicas, sino que deja a los Estados una amplia capacidad de configuración de sus respuestas al abuso.

Las condiciones para ese desarrollo son sencillas: las medidas deben ser proporcionadas, efectivas y disuasorias. En este terreno, las sentencias analizadas no aportaron nada a esta caracterización, ya consolidada

jurisprudencialmente. De hecho, la sentencia *Martínez Andrés* refrescó la abundante corriente anterior al señalar que estas medidas «no deben (...) ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea». Nuevo paso atrás, la Directiva no impone a los Estados miembros que una de esas medidas sea la transformación en contrato indefinido. Es cada Estado el que decide si quiere o no contar con esa herramienta en su arsenal. Es más, la Directiva, señaló la sentencia, no se opondría al establecimiento de medidas diferentes para condenar el uso abusivo en el sector privado o en el sector público.

Ahora bien, ahora el salto es hacia delante, en una línea de razonamiento que sólo halla parangón en la Proceso de Echternach. La anterior afirmación, que tomada fuera de contexto podría engendrar auténticos despropósitos, debe ser analizada con cautela, para concluir que sería necesaria una justificación objetiva y una medida de efecto equivalente para permitir semejante dicotomía. Y tal es la tarea que la sentencia encomendó a los órganos remitentes: encontrar la medida interna que prevenía y sancionaba el encadenamiento fraudulento del personal estatutario y de los funcionarios interinos.

El Tribunal, no obstante, no se privó de proporcionar orientaciones para dicha tarea. Y la más importante de todas fue señalar que «la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva». La invitación a *trasplantar* la doctrina social al contencioso-administrativo no podía ser más clara. En este sentido, las palabras de la sentencia *Pérez López* descalificaron por completo el sistema actualmente vigente en España: «no entraña ninguna obligación de crear

puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal eventual estatutario (...) la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente».

El auto *Álvarez Santirso*, por último, se unió a la larga lista de pronunciamientos del Tribunal de Justicia que aspiran, con escaso éxito a la vista de la realidad, a equiparar las condiciones de trabajo del personal interino con el del personal estructural. La decisión legislativa del Principado de Asturias de excluir a los interinos del sistema de remuneración adicional del profesorado no universitario, la llamada «carrera docente», estaba en el origen de esta cuestión prejudicial.

La resolución por auto responde a la clásica doctrina del *acto aclarado*: si la cuestión no suscita ninguna duda razonable o la respuesta se deduce claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia recurre a este tipo de decisión. Para la Sala Décima, era obvio que el elemento discutido integraba la noción de condiciones de trabajo y que no existía ninguna justificación objetiva que avalara el trato diferente. Los requisitos generales y abstractos no permiten esa diferenciación.

La conclusión es implacable. ¿Pero queda tan claro que esta doctrina debería extenderse a cualquier remuneración en las Administraciones Públicas, siempre que no existan razones objetivas? ¿Hasta cuándo se denegará, por ejemplo, el pago de los sexenios de investigación a determinadas categorías de personal contratado en determinadas Universidades?

Rompiendo con la ortodoxia imperante entre los comentaristas, lo más importante de este grupo de sentencias no es lo indicado hasta ahora. Ciertamente, implica enormes cambios en la legislación. Pero la consecuencia más honda de todo este bloque viene de la última parte de la sentencia *Martínez Andrés* y encaja a la perfección con una tendencia reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia encaminada a reforzar el efecto útil del Derecho de la Unión Europea.

En efecto, el Tribunal señaló que los mecanismos españoles de tutela de la vulneración del Derecho de la Unión Europea no son suficientes para garantizar los principios de equivalencia y efectividad. En concreto, subrayó que la necesidad de recurrir a un nuevo proceso para obtener la reparación del daño sufrido no garantiza el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva.

Con esa declaración, el Tribunal de Justicia lanzó el órdago a juego al legislador español. Es necesario crear un sistema eficaz de reparación del daño que pueda ser puesto en práctica por el juez que conoce del asunto. ¿Llegará de esta forma a España la indemnización pecuniaria por incumplimiento del Derecho de la UE? ¿Se creará un sistema de medidas cautelares y definitivas que enmende así su vulneración?

La conclusión, ya adelantada, se repite para cerrar: es necesario que el legislador español se ponga manos a la obra y, de una vez por todas, reforme el sistema de empleo público y lo dote de las debidas garantías contra los abusos que se cometen en la contratación temporal. No es descartable que, de proseguir la deplorable cadena de sentencias, la Comisión Europea inicie un procedimiento contra España por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 1999/70/CE, bastante más serio que otros procedimientos derivados de un simple retraso en la transposición³⁰.

³⁰ Un simple esbozo de bibliografía, no exhaustivo, sobre todas ellas: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. E. Casas Baamonde, «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por «causa objetiva», y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», *Derecho de las relaciones laborales*, 9, 2016, pp. 838-872; A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Incertidumbres en torno a la indemnización por finalización de los contratos temporales: (a propósito de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto de Diego Porras), *Revista de información laboral*, 9, 2016, pp. 19-32; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, «Igualdad de los trabajadores temporales e indemnización por finalización del contrato de indemnización por finalización del

5.3. Otras materias

En materia de contratación pública, fue relevante la sentencia de 10 de noviembre de 2016, *Ciclat Soc. coop.*, asunto C-199/15³¹. Entendió que no era contrario al Derecho de la Unión Europea considerar motivo de exclusión

contrato de: la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Diego Porras, C-596/2014). ¿Un paso (más) hacia el «contrato único»?», *La Ley Unión Europea*, 42, 2016; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La inaplicación horizontal de la doctrina de Diego Porras: Comentario a la sentencia de 16-11-2016, REC.1439/2016, del TSJ Andalucía-Málaga», *Revista de información laboral*, 12, 2016, pp. 153-165; A. DESDENTADO BONETE, «¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española?: Reflexión breve sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de Diego Porras», *Revista de información laboral*, 10, 2016, pp. 21-32; C. H. PRECIADO DOMÉNECH, «Comentario de urgencia a la STJE de 14 de septiembre de 2016: Caso de Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa», *Revista de información laboral*, 8, 2016, pp. 37-55; J. AGUSTÍ MARAGALL, «La STJUE «Ana de Diego Porras» (C-596) y su inmediata recepción y aplicación por los tribunales españoles: análisis crítico», *Iuslabor*, 3, 2016; C. MOLINA NAVARRETE, «Contrato de relevo: ¿nueva «frontera de conquista» para la «imperial» doctrina «De Diego Porras»? (Comentario al ATSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 2 de noviembre de 2016, rec. núm. 2279/2016)», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 407, 2017, pp. 229-241; M. LÓPEZ BALAGUER, «La aplicación de la Doctrina «De Diego Porras» al contrato para obra o servicio determinado en el ámbito privado. STSJ País Vasco, de 18 de octubre de 2016 (AS 2016, 1446)», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 195, 2017, pp. 233-244; J. C. BENITO-BUTRÓN OCHOA, «Matices y reservas a la acelerada aplicación de la «doctrina De Diego Porras»: emergen los votos particulares en la sala vasca de suplicación (Comentario a la SSTSJ del País Vasco, núms. 2279 y 2340, de 15 y 22 de noviembre de 2016, recs. núms. 1990/2016 y 1991/2016)», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 407, 2017, pp. 209-214; J. PÉREZ REY, «Por una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la sentencia Porras en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70», *Revista de derecho social*, 76, 2016, pp. 219-252; M. J. RODRÍGUEZ CRESPO, «Límites al uso abusivo de la contratación temporal por parte de las administraciones públicas. Un análisis a la luz de los recientes pronunciamientos del TJUE: asuntos María Elena López contra el Servicio Madrileño de Salud y Martínez Andrés (C-16/15) y otro contra el Servicio Vasco de Salud (C-184/15)», *Revista de información laboral*, 4, 2017, pp. 57-69. J. GARCÍA MURCIA, «El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016», *La Ley Unión Europea*, 41, 2016

³¹ ECLI:EU:C:2016:853.

en el marco de la contratación pública una infracción en materia de pago de cotizaciones de la seguridad social. El hecho de que tal infracción existiese en la fecha de la participación en una licitación, aunque ya hubiera cesado en la fecha de la adjudicación o del control no influye en esta valoración. Esta sentencia encaja en la tendencia en los últimos años de *socialización* de la contratación pública, que puede modificar considerablemente el panorama europeo en el futuro. En España, en el momento de cerrarse esta crónica, seguía pendiente de transposición la Directiva de 2014 sobre la materia.

A su vez, la sentencia de 17 de noviembre de 2016, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH y Ruhrlandklinik gGmbH*, asunto C-216/15³² supuso un nuevo caso de «creatividad sorprendente» del Tribunal de Justicia, en esa tendencia en la que acuña ideas completamente distintas a las establecidas en los ordenamientos nacionales. De acuerdo con esta sentencia, la noción nacional de trabajador no tiene por qué corresponder con la noción de la Directiva 2008/104/CE, sobre empresas de trabajo temporal. Así, está incluida en el ámbito de ésta la cesión por una asociación sin ánimo de lucro, a cambio de una compensación económica, de uno de sus miembros a una empresa usuaria para que realice en ésta, a cambio de una retribución, una prestación laboral, con carácter principal y bajo su dirección, siempre que dicho miembro esté protegido por ello en el Estado miembro de que se trate.

Por último, hay que hacer mención de la muy larga sentencia de 22 de diciembre de 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) e Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis, en el que interviene: Enosi Ergazomenon Tsimenton Chalkidas*, asunto C-201/15³³. Con-

³² ECLI:EU:C:2016:883.

³³ ECLI:EU:C:2016:972. Comentada en M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, «Despidos colectivos. Autorización administrativa y libertad de empresa», *Derecho de las relaciones laborales*, 2, 2017, pp. 99-109; Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y

forme a ella, los Estados miembros pueden supeditar la autorización para llevar a cabo despidos colectivos a procedimientos administrativos que tengan en cuenta la protección de los trabajadores y el fomento del empleo y la contratación. No obstante, dichos procedimientos deben ser transparentes, proporcionados y

no vulnerar la libertad de empresa amparada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El impacto de esta sentencia debe ser objeto de observación detenida en el futuro, puesto que puede condicionar de forma muy señalada posibles reformas venideras en materia de despido colectivo.

fricciones con el ordenamiento español», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 127, 2017, pp. 121-144.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

IV. Documentación e Informes

Balance de la actividad
del Consejo
de la Unión Europea
en materia
de relaciones laborales
y condiciones
de trabajo, protección,
inclusión social
y seguridad social,
política social
e igualdad, 2014-2015

Activity report
of the Council of the
EU on labour relations
and working conditions,
protection, social
inclusion, social security
and equality policies,
2014-2015

MIGUEL COLINA ROBLEDO*

SUMARIO. 1. RELACIONES LABORALES Y CONDICIONES DE TRABAJO. LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO. 1.1. La protección de los derechos laborales de los trabajadores del mar. 1.2. La regulación del tiempo del trabajo en el transporte fluvial. 1.3. La reactivación del diálogo social. 1.4. La actualización de la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo. 1.5. El marco estratégico y el nuevo programa para la salud y la seguridad en el trabajo 2014-2020. 1.6. La mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas. 1.7. Los riesgos de estrés y psicosociales en el trabajo. 1.8. Clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas. 1.9. El envejecimiento de la mano de obra y la salud y la seguridad en el trabajo. 1.10. La colaboración con otras organizaciones internacionales. 2. LA DIMENSIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y DE LA INCLUSIÓN SOCIAL EN LA ESTRATEGIA EUROPA 2020. 2.1. El Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y el Informe Conjunto de Empleo 2014: referencia a la inclusión social y a la lucha contra la pobreza. 2.2. La situación social en la Unión Europea 2014. 2.3. Las recomendaciones específicas por país 2014. 2.4. El Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y el Informe Conjunto de Empleo 2015. 2.5. La situación social en la Unión Europea 2015. 2.6. Las recomendaciones específicas por país 2015. 2.7. Las orientaciones de las políticas de empleo de los Estados miembros 2015. 3. SEGURIDAD SOCIAL. 3.1. La adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. 3.2. La adecuación de las pensiones en el

* Ex-Vocal Asesor Secretaría General Técnica Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

contexto del envejecimiento de las sociedades. 4. POLÍTICA SOCIAL. 4.1. La dimensión social de la UEM. 4.1.1. La coordinación ex ante de las principales reformas en el ámbito de la política social. 4.1.2. Los regímenes de renta mínima en los Estados miembros de la eurozona. 4.1.3. La protección social de los cuidados de larga duración en una sociedad envejecida. 4.2. La profundización de la dimensión social de la UEM. 4.3. La financiación de los sistemas de protección social en la UE. 4.4. La promoción de la economía social. 4.5. La revisión del Comité de Protección Social. 5. LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES. 5.1. El principio de igualdad de trato entre las personas sin distinción de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 5.2. El equilibrio de género en los consejos de administración de las empresas cotizadas en Bolsa. 5.3. Las mujeres y la economía. 5.4. La aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing. 5.5. La conciliación entre el trabajo, la familia y la vida privada. 5.6. La igualdad de género 2016-2019 y las orientaciones estratégicas hasta 2020. 5.7. La igualdad de ingresos entre las mujeres y los hombres y la brecha de género de las pensiones. 5.8. La igualdad entre las mujeres y los hombres en la toma de decisiones.

Como complemento de la crónica recogida en el número 127 de la Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (págs. 357 a 417), dedicada al desarrollo de la dimensión del empleo de la Estrategia Europa 2020, con especial referencia a la revisión intermedia en el periodo 2014-2015, en este número se hace balance de la actividad del Consejo de la UE, en particular, en su formación de Ministros de Empleo y Política Social (EPSSCO), en materia de relaciones laborales y condiciones de trabajo, con atención especial a la salud y la seguridad en el trabajo; protección e inclusión social en el marco de la Estrategia Europa 2020; seguridad social; política social; e igualdad y no discriminación, en el periodo comprendido entre el 1.01.2014 y el 31.12.2015.

1. RELACIONES LABORALES Y CONDICIONES DE TRABAJO. LA SALUD Y LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO

Además de la aprobación formal de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, relativa al desplazamiento de los trabajadores en el marco de la libre prestación de servicios y por la que se modifica el Reglamento

UE 1024/2012, sobre la cooperación administrativa a través del sistema de información del mercado interior (IMI) (Vid. Revista MEySS, nº 122, págs. 228 y 229), el Consejo EPSSCO se ha ocupado de la protección de los derechos de los trabajadores del mar, de la organización del tiempo de trabajo en el transporte fluvial, del relanzamiento del diálogo social y de la actualización de la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo, del marco estratégico del nuevo programa para la salud y la seguridad en el trabajo (2014-2020), de la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, de los riesgos de estrés y psicosociales en el trabajo, de la clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, del envejecimiento de la mano de obra desde la perspectiva de la salud y la seguridad en el trabajo, y de la colaboración de la UE en estos temas con otros organismos internacionales.

1.1. La protección de los derechos laborales de los trabajadores del mar

Tras la orientación general alcanzada en el Consejo EPSSCO de 14.12.2014, en el de 6.10.2015 se aprobó la Directiva del Parla-

mento Europeo y del Consejo sobre los trabajadores del mar, que modifica las Directivas 2008/94/CE, 2002/14/CE, 98/59/CE y 2001/23/CE, (DOUE, L 263, de 8.10.2015), con el respaldo expreso de las organizaciones representativas de los empleadores (ECSA) y de los trabajadores del sector del transporte marítimo (ETF), y que tiene como objetivos suprimir o modificar las exclusiones expresas de los trabajadores del mar del ámbito de aplicación de las directivas citadas, aumentar la protección de los derechos protegidos según la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en la legislación de ésta y garantizar condiciones de competencia equitativas; eliminar la desigualdad de trato de esta categoría de trabajadores en los distintos Estados miembros; y contribuir a alcanzar los objetivos de fomento del empleo, mejora de las condiciones de vida y de trabajo, protección social adecuada y diálogo social, del art. 151 TFUE.

Así pues, se modifica el articulado de las directivas relativas a: la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y a la constitución de un Comité de Empresa Europeo, al eliminar la referencia expresa a los trabajadores del mar de las exclusiones de su ámbito de aplicación, estableciendo el derecho a participar en las reuniones de la comisión negociadora o del Comité de Empresa Europeo si no se encuentran en alta mar o en puerto en un país distinto al del domicilio de la empresa y que las reuniones deberían programarse para facilitar la participación de los miembros de estos órganos que forman parte de las tripulaciones de los buques, planteando la posibilidad de utilizar las nuevas TIC; el establecimiento de un marco general de información y consulta a los trabajadores, al suprimir la posibilidad de no aplicar este derecho mediante disposiciones particulares a las tripulaciones de los buques que naveguen en alta mar; la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referidas a los despidos colectivos, al señalar expresamente que la notificación de los que se hubiera previsto deberá enviarse a la autoridad competente del Estado del pabellón; la

protección de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, al establecer su aplicación al traspaso de un buque de navegación marítima que forme parte del traspaso de una empresa, un centro de actividad o una parte de éstos, siempre que se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Tratado, y su no aplicación si el traspaso fuera exclusivamente uno o varios buques marítimos; y con carácter general se incorpora al ámbito de aplicación de éstas a los trabajadores del mar, reconociendo un derecho incondicional a la información y consulta de éstos, con la posibilidad de excepciones, y otros derechos, dada la importancia de establecer un marco jurídico integrado para lograr que el sector marítimo sea más competitivo, superando el trato desigual de la misma categoría de trabajadores, dependiendo de que los Estados miembros apliquen o no las exclusiones autorizadas por la legislación en vigor; se incluye la cláusula de no regresión, de modo que en ningún caso la aplicación de la Directiva pueda justificar la reducción del nivel general de protección que garanticen los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por las Directivas señaladas, en el momento de su adopción y entrada en vigor, y regula la presentación por la Comisión, tras consulta con los Estados miembros y los interlocutores sociales europeos, de un informe sobre la aplicación de los artículos referidos a la modificación de las directivas sobre despidos colectivos y sobre traspasos de empresas, a más tardar cuatro años después de su entrada en vigor, así como su trasposición por los Estados miembros dos años después de ésta.

1.2. La organización del tiempo de trabajo en el transporte fluvial

El Consejo EPSSCO de 11.12.2014 alcanzó un acuerdo político sobre la Directiva del Consejo por la que se aplica el Acuerdo Europeo celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patrones de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) sobre determinados aspectos de la ordenación

del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior, adoptada por el Consejo el 19.12.2014 (DOUE, L 367, de 23.12.2014), tras las consultas celebradas entre julio de 2013 y marzo de 2014 con todas las partes interesadas, concluir éstas el Acuerdo citado, firmado el 15.02.2012, y solicitar su ejecución mediante una Resolución del Consejo, dado que la Directiva 2003/88/CE, sobre determinados aspectos de la ordenación del sistema de trabajo, no satisfacía las necesidades del sector, al exceptuar de su aplicación las disposiciones sobre descanso diario, pausas, descanso semanal y duración del trabajo nocturno. En ella establece la aplicación del Acuerdo europeo que figura en el Anexo; el carácter de norma mínima de éste; la obligación de los Estados miembros de determinar las sanciones aplicables en caso de infracción de las normas de transposición, que deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias, y de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva antes del 31.12.2016.

El Acuerdo europeo, en sus 11 considerandos y 17 artículos incluye: el ámbito de aplicación personal y material, los trabajadores móviles, tripulación y personal de a bordo que ejerce su actividad en una embarcación dedicada a la navegación interior con finalidad mercantil, y los que sin tener esta finalidad, sus condiciones laborales se regulan por convenios colectivos, previa consulta y aprobación de las organizaciones parte (EBU, ESO y ETF) de estos convenios, con excepción de los transportistas, aun en el caso de que sean trabajadores por cuenta ajena en su propia empresa, con respecto a las disposiciones nacionales e internacionales sobre seguridad en la navegación y el reconocimiento de la primacía de las que concedan una mayor protección en materia de salud y seguridad de los trabajadores; las definiciones de embarcación, buque de pasaje, tiempo de trabajo, tiempo y día de descanso, transportista de navegación interior, plan de trabajo, horario y trabajador nocturno, trabajador por turnos, personal de a bordo, trabajador móvil, y temporada; el tiempo de

trabajo, con una jornada base de 8 horas y el periodo de referencia de 2.304 horas anuales; el tiempo de trabajo diario y semanal, de modo que el máximo no exceda de 14 horas por cada periodo de 24 horas y de 84 horas por cada periodo de 7 días, sin que puedan superarse las 72 horas semanales en un plazo de 4 meses, cuando el plan de trabajo prevea más días de trabajo que de descanso; los días de trabajo y de descanso, permitiéndose un máximo de 31 días consecutivos de trabajo y previendo que cuando los días de trabajo sean los mismos que los de descanso, éstos se disfruten de forma ininterrumpida en igual número que aquellos consecutivamente a los mismos; el trabajo de temporada en la navegación de transporte de pasajeros, que no sea superior a 12 horas por cada período de 24 horas, ni a 72 horas por un período de 7 días, anotándose 0,2 días de descanso por cada día de trabajo, con un mínimo de trabajo efectivo por cada período de 31 días; el tiempo de descanso, no inferior a 10 horas por cada período de 24 horas, de las que al menos 6 deberán ser ininterrumpidas, y a 84 por cada período de 7 días; las pausas, cuando el tiempo de trabajo diario sea superior a 6 horas; el tiempo de trabajo nocturno máximo, de 42 horas semanales, teniendo en cuenta que el horario nocturno es de 7 horas; las vacaciones anuales, de duración mínima de 4 semanas, sin posibilidad de sustitución por compensación económica; la protección de los jóvenes, con remisión a la aplicación de la Directiva 94/33/CE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, a los menores de 18 años, admitiendo la posibilidad de trabajo en horario nocturno para los mayores de 16 años no sujetos a escolaridad obligatoria siempre que sea necesario para su formación y existan descansos compensatorios; el control, de los horarios de trabajo y descanso a través de los registros correspondientes; las situaciones de emergencia; el examen médico anual gratuito; la protección en materia de seguridad y de salud para los trabajadores nocturnos y por turnos; el ritmo de trabajo, observando el principio general de adecuación de la actividad a la persona; y las disposiciones finales, sobre las normas más favorables, la cláusula

de no regresión, el seguimiento del convenio y su revisión.

1.3. La reactivación del diálogo social

Durante la sesión del Consejo EPSSCO, de 5.10.2015, la Comisión presentó un informe sobre la situación de los trabajos para la reactivación del diálogo social a escala europea, en el que hace referencia a: al papel del diálogo social a todos los niveles, como requisito previo para el funcionamiento de la economía social de mercado y condición esencial para promover la competitividad y la justicia, y a la presión que había soportado en los últimos años, debido a los retos de la crisis económica y financiera, la globalización, los cambios en el mundo del trabajo y la individualización de las relaciones laborales, así como a su contribución directa a la conservación del empleo durante la crisis, a la recuperación y al aumento de la competitividad, a la mejora de las condiciones de trabajo y del ajuste entre la demanda y la oferta de empleo o a la creación de un entorno más favorable para la inversión y el crecimiento sostenible, en la medida en que haya podido promover las condiciones para la creación de empleo y la calidad de éste; a la Conferencia, celebrada el 5.03.2015, con participación de representantes de las instituciones europeas, de los interlocutores sociales europeos y de los Estados miembros, en la que se abordó la implicación de éstos en la gobernanza a escala de la UE y nacional, y en las políticas de la UE, reconociendo la necesidad de su reactivación en la UE y en los Estados miembros, en sus modalidades tripartita y bipartita; y los últimos desarrollos del diálogo social en el marco de la Comisión, del Consejo y de los interlocutores sociales.

En cuanto a la actuación de la Comisión destacó la invitación de ésta a los interlocutores sociales para que hicieran sus aportaciones a las prioridades del próximo Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento, y a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, participando en el

diseño y aplicación de ellas y de sus reformas, subrayando la necesidad de apoyar la mejora del funcionamiento y la efectividad del diálogo social en los Estados miembros en base al procedimiento de consulta del artículo 153 TFUE; y a las audiciones realizadas con ellos sobre la iniciativa relativa al desempleo de larga duración y sobre el paquete de movilidad.

En relación con la actuación del Consejo, el informe recoge el tratamiento de la reactivación del diálogo social en la Cumbre Social Tripartita de 19.03.2015 y en la Reunión informal de ministros de Empleo de 21 y 22.04.2015, en las que se abordaron:

- el papel del diálogo social para el crecimiento inclusivo, y el de los agentes sociales para afrontar los desafíos del mercado de trabajo en el corto y en el largo plazo, incluida la división entre quienes están dentro y fuera de éste, y su segmentación, para contribuir al establecimiento de un piso de derechos sociales y a la igualdad de oportunidades, y a las políticas de redistribución amplias, incluidas las oportunidades; y la contribución al crecimiento y la creación de empleo de iniciativas como el Plan de Inversiones, la Unión energética o el Mercado común digital; además de plantearse la existencia de compensaciones entre competitividad e inclusión social y sugestión;
- los desafíos existentes y emergentes (nuevos modelos productivos en economías con predominio de los servicios o basadas en el conocimiento; incremento del individualismo en la sociedad; crecimiento del empleo femenino y cambios en los roles de género que ponen nuevo énfasis en el equilibrio entre vida profesional y personal, los patrones de los tiempos de trabajo, el envejecimiento de la población, la movilidad del factor trabajo y la flexibilidad en las necesidades de las empresas y de los trabajadores), tratando en particular de: la evolución del diálogo social en

los años recientes, si se está preparado para tratar esta situación cambiante y del impacto de las nuevas formas de empleo como el trabajo móvil y el trabajo compartido; si los agentes sociales en el sentido tradicional son todavía los actores con representatividad y responsabilidad completa; las implicaciones y posibilidades para la actividad sostenible de los actores sociales emergentes; si los gobiernos podrían/deberían apoyar incrementos en las tasas de afiliación sindical y de participación en las organizaciones patronales; y cuál debería ser el papel futuro de los acuerdos autónomos;

- la experiencia y desarrollos recientes de la implicación del diálogo social en la fijación de los salarios, ocupándose en particular de: si la tendencia hacia más descentralización lleva a mejores resultados; cómo impactan los cambios entre la negociación centralizada/descentralizada en el papel de los gobiernos a la hora de establecer y facilitar un marco que la haga posible para proveer de información relevante a las partes involucradas en la determinación de los salarios; si un uso reforzado de las diferentes formas de participación de los empleados puede contribuir a los desarrollos deseados; cómo afecta la dependencia creciente de los salarios mínimos legales a la negociación en los ámbitos empresarial y sectorial; y, en relación a los posibles efectos indirectos, si es posible o deseable hacer el seguimiento de los efectos combinados de la evolución salarial en los Estados miembros de la UE o de la eurozona;
- el futuro de un diálogo social responsable y verdadero, planteándose: cómo impulsar la capacidad institucional de las organizaciones de los agentes sociales donde sea necesaria y cuál es la mejor manera de reconciliarla con su autonomía; los elementos a resaltar para

mejorar la calidad y la responsabilidad del diálogo social, a la luz de los desafíos emergentes y de los desarrollos sobre la fijación de los salarios; cómo podrían los agentes sociales nacionales realizar mejor sus aportaciones al diálogo social en la UE dentro del marco de la gobernanza económica europea; dónde y cómo deberían implicarse más y mejor en el diseño y aplicación de los PNR; y qué otras mejoras se necesitan en el Semestre Europeo.

En cuanto a los interlocutores sociales europeos, el informe alude a la Conferencia y al Foro, celebrados el 30 y el 31.03.2015, sobre el papel del diálogo social para garantizar el crecimiento económico y puestos de trabajo de calidad, que concluyeron con una serie de recomendaciones: a escala internacional, según las que la OIT y la UE deberían promover la construcción del consenso y las mejores prácticas en materia de diálogo social, apoyando los esfuerzos de los gobiernos para comprometer a los interlocutores sociales y aumentar la legitimidad de la toma de decisiones; a escala de la UE, para que ésta reconozca y promueva el diálogo social activo en colaboración con los interlocutores sociales europeos también para la gobernanza efectiva de la UEM y los aspectos de la dimensión social de la UE, garantizando las consultas con éstos de forma regular y oportuna sobre todos los asuntos relacionados con estos temas, facilitando su participación en el establecimiento de las recomendaciones específicas por país y apoyando su aplicación en el marco del Semestre Europeo, por lo que los mecanismos existentes del diálogo social deberían reforzarse, promoviendo los acuerdos de los interlocutores sociales a escala de la UE, respetando las competencias de ésta y la autonomía de aquellos, y su aplicación a escala nacional; a escala nacional, de manera que los gobiernos deberían: desarrollar un diálogo sustantivo con los interlocutores sociales para tratar cuestiones macroeconómicas y sociales, incluidas las políticas de educación, formación e innovación, fomentando su par-

tipación equilibrada; promover consultas regulares de éstos y el gobierno, la conclusión de acuerdos, reconociendo la responsabilidad de las partes y respetando la tradición del diálogo social en cada Estado miembro, la implementación de las mejores prácticas de éstos a escala nacional, y el diálogo social y la negociación colectiva, mediante el establecimiento de un marco de condiciones y de incentivos que conduzcan a ellos y de requerimientos realistas sobre la representatividad de las organizaciones de los interlocutores sociales, mientras que la Comisión Europea y los gobiernos de los Estados miembros deberían continuar apoyando la capacidad institucional nacional de los interlocutores sociales a través de una diversidad de recursos financieros; y respetar y aplicar los acuerdos alcanzados en el diálogo social tripartito y autónomo; a escala regional y local, promoviendo las asociaciones y apoyando la participación de las organizaciones de empleadores y trabajadores en la toma de decisiones a escala local, respetando la competencia de las autoridades locales en los Estados miembros; a escala sectorial, promoviendo el establecimiento de organizaciones sectoriales de empleadores y trabajadores y su capacidad de actuación para garantizar una asociación igual y legítima dentro del diálogo social, mediante la solidaridad en los sectores, y estableciendo objetivos a largo plazo para el equilibrio del interés de unos y de otros en su competitividad y sostenibilidad, para promover el diálogo social, la negociación colectiva y el proceso de consulta; y a escala de empresa, para facilitar el equilibrio de los intereses de los empleadores y los trabajadores en relación con la competitividad y la sostenibilidad de las empresas que deberían promover consultas sobre todos los temas relacionados con estas cuestiones, incluida la educación, la formación y la modernización, así como la conclusión de acuerdos colectivos en la empresa, y los beneficios del diálogo en las microempresas y en las pequeñas empresas, respetando las características específicas de las relaciones laborales y el efecto sobre el modo de organizar el diálogo social en ellas.

También aludió a las consultas regulares realizadas en las fases clave del Semestre Europeo por los Comités de Empleo y de Protección Social, así como a la presentación de su programa de trabajo para el periodo 2015-2017, en julio de 2015, en el que se recogen sus ocho prioridades, referidas a las de las instituciones europeas (envejecimiento activo, políticas activas de mercado de trabajo, equilibrio entre el trabajo y la vida, movilidad e inmigración, competencias digitales, aprendizaje y empleo juvenil, capacitación institucional), así como al desarrollo de los programas de trabajo de los 43 comités sectoriales del diálogo social constituidos, y al acuerdo con la Comisión para confirmar sus respectivos compromisos y tutelar el seguimiento de la reactivación del diálogo social, a través de los dos grupos de trabajo constituidos, dedicados a: el diálogo social, la gobernanza económica y la capacidad institucional, y al diálogo social y la elaboración de políticas y de legislación, reunidos el 2 y el 15.07.2015, respectivamente, y que trataron de la participación y la posición de las organizaciones de los interlocutores sociales nacionales y europeas en la evaluación, diseño, acuerdo y aplicación de las reformas y políticas nacionales relacionadas con el Semestre, constatando su mejora significativa en los últimos años, a pesar de lo cual existe margen para más mejoras a escala nacional, respecto de la preparación de los PNR y del diseño y aplicación de las reformas políticas relevantes; del funcionamiento del diálogo social en los Estados miembros, que requiere: el posicionamiento adecuado para el diálogo bipartito y tripartito, el apoyo de los interlocutores sociales europeos y de la Comisión a las organizaciones sectoriales de los interlocutores sociales, la garantía de recursos adecuados y el apoyo a las actividades de capacitación institucional; y la participación de los interlocutores sociales en la elaboración de políticas y de legislación, con su experiencia en el desarrollo de las iniciativas de la UE, iniciando la exploración de los elementos comunes de su participación cuando se solicita que lleguen a acuerdos para su posterior aplicación por la legislación europea, y de la aplicación del paquete «legislar mejor».

El informe terminaba señalando que la reactivación del diálogo social estaba comenzando a producirse y la importancia de garantizar la sostenibilidad del progreso alcanzado, destacando la importancia del próximo Semestre Europeo, a la espera de la contribución de los grupos temáticos para mejorar el papel del diálogo social en la UE.

1.4. La actualización de la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo

El Consejo EPSSCO, de 10.03.2015, alcanzó un acuerdo de principio sobre la Decisión del Consejo relativa a la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo, para revisar la Decisión de 6.03.2003, de su creación, con las adaptaciones obligadas derivadas de los cambios institucionales producidos en la última modificación de los tratados de la UE, consolidando la práctica en su funcionamiento desde 2003, en la que se establecen sus funciones, con referencia a la participación de los interlocutores sociales a escala europea en el marco del diálogo social, e los distintos componentes de la Estrategia de la UE para el Crecimiento y el Empleo y para facilitar las sinergias entre las actuaciones de éstos y del Consejo Europeo, del Consejo y de la Comisión, dirigidas a promover el crecimiento, un alto nivel de empleo, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social, y un alto nivel de educación, formación profesional y protección de la salud; sus miembros, los presidentes del Consejo Europeo y de la Comisión, representantes del máximo nivel de la Presidencia del Consejo y de las dos siguientes, y los interlocutores sociales, así como los ministros de estas tres presidencias y el Comisario responsable de empleo y asuntos sociales, contemplando la posibilidad de invitar a participar a otros ministros de estas tres presidencias y a otros comisarios; la composición igual de las delegaciones de los empleadores y de los trabajadores, de las organizaciones interprofesionales europeas, de carácter general y por categorías, del personal

directivo y de las PYME, y su coordinación técnica, atribuida respectivamente a la CESE y a BUSINESS EUROPE; la preparación de la reunión, determinación del orden del día, conjuntamente con el Consejo, la Comisión y las organizaciones interprofesionales de los trabajadores y empleadores citadas, el debate de los temas incluidos en el Consejo EPSSCO, y la provisión de la secretaria por la Comisión; el funcionamiento, a tenor del cual, la Cumbre se reunirá al menos dos veces al año antes de las sesiones de primavera y otoño del Consejo Europeo, presididas conjuntamente por los presidentes del Consejo Europeo y de la Comisión, convocadas por éstos, por iniciativa propia, previa consulta a los interlocutores sociales; y la información de los resultados de los debates celebrados al público y al Consejo, redactada por los copresidentes; la entrada en vigor de la Decisión al día siguiente de su publicación y la derogación de la Decisión 2003/174/CE a partir del 21.10.2016 .

1.5. El marco estratégico y el nuevo programa para la salud y la seguridad en el trabajo 2014-2020

A partir de la Comunicación de la Comisión relativa a un Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, como continuación de los programas de acción plurianuales, adoptados entre 1978 y 2002, y de las estrategias europeas 2002-2006 y 2007-2012, que confirmó la importancia de disponer de un marco estratégico de la UE para intervenir en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo y de revisar los objetivos, las prioridades y los métodos de trabajo para adaptar el marco de actuación a los cambios en los patrones de trabajo y a los nuevos riesgos, y recogió el resultado de la consulta pública realizada en 2013 sobre la aplicación de la estrategia 2007-2012 y sobre el camino a seguir, respecto de la necesidad de realizar más esfuerzos para reducir la carga administrativa y los costes que soportan las PYME, y de la Conferencia sobre las condi-

ciones de trabajo, de 28.04.2014, en la que se acordó que al tiempo que se aplicaba el nuevo marco estratégico 2014-2020 se realizara la evaluación ex post de la legislación de la UE en materia de seguridad y salud en el trabajo y la revisión de la Estrategia Europa 2020, y se abordaran el balance de la situación, los avances y problemas pendientes, los principales retos comunes a toda la UE, los objetivos estratégicos clave para darles respuesta, y los instrumentos de ésta utilizados para alcanzar los objetivos en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo, concluyendo que la implementación del Marco Estratégico 2014-2020 sólo podrá realizarse con la colaboración activa de las autoridades nacionales y de los interlocutores sociales y con la opinión de las instituciones de la UE, de los Comités especializados (Comité Consultivo y de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo) y de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo (UE-OSHA), el Consejo EPSSCO de 9.03.2015 aprobó unas Conclusiones del Consejo sobre un Marco Estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo: la adaptación a los nuevos retos.

En ellas, el Consejo invita a los Estados miembros a: revisar, desarrollar y consolidar sus estrategias nacionales y aplicarlas en colaboración con los interlocutores sociales y otras partes interesadas; abordar cuestiones de protección de la salud e iniciativas para afrontar los riesgos nuevos y emergentes en sus estrategias nacionales; continuar la implementación activa de las políticas e iniciativas de prevención de accidentes; apoyar a las empresas, en especial a las pequeñas y a las micro, por todos los medios adecuados (campañas de sensibilización, intercambio de buenas prácticas, redes sociales y herramientas basadas en las tecnologías de la información); garantizar el cumplimiento efectivo y la supervisión de la legislación en materia de salud y seguridad en el trabajo, dotando de recursos adecuados y de métodos efectivos a las inspecciones de trabajo; promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo para categorías de trabajadores afectados por riesgos

específicos; prestar atención a la rehabilitación de personas afectadas por enfermedades laborales o accidentes de trabajo y ayudarles a reincorporarse a la vida laboral activa; promover una cultura de prevención; incluir los temas de la salud y la seguridad laboral en los programas de educación y formación profesional; y utilizar el FSE y otros fondos estructurales y de inversión europeos para promover temas de salud y seguridad en el trabajo; a la Comisión a: continuar la promoción de la salud y la seguridad en el trabajo adoptando las medidas necesarias para abordar los retos, teniendo en cuenta los cambios producidos en el mundo del trabajo; simplificar la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo para mejorar su eficacia y facilitar su comprensión, actualizando o derogando las disposiciones desfasadas para mejorar el entorno laboral, sin reducir el nivel de protección existente; revisar el Marco Estratégico de la UE, considerando el resultado de la evaluación de las directivas vigentes; mejorar la legislación sobre agentes carcinógenos; garantizar la coherencia entre las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo y sobre sustancias químicas, como el Reglamento REACH; que las nuevas iniciativas se basen en las mejores evidencias disponibles, a la vista de todos los conocimientos científicos y técnicos relevantes y las evaluaciones de impacto; recopilar más datos sobre los riesgos nuevos y emergentes, como los psicosociales; facilitar y supervisar la aplicación del Marco Estratégico de la UE 2014-2020, y examinar con el Comité Consultivo de Seguridad y Salud en el Trabajo y con las autoridades nacionales las opciones para mejorar la disponibilidad y comparabilidad de los datos sobre enfermedades profesionales y accidentes laborales y otros indicadores sobre seguridad y salud en la UE; y reforzar la cooperación con otras instituciones y organismos de la UE (UE-OSHA, Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo, EUROFOUND), con organizaciones internacionales (OIT, OMS, OCDE), y con los interlocutores sociales y las autoridades nacionales; y a los interlocutores sociales a: implicarse activamente en el desarrollo y la aplicación

de las estrategias nacionales de seguridad y salud en el trabajo; y a promover y difundir a escala europea, nacional, regional y de empresa los principios del Marco Estratégico de la UE 2014-2020, y las orientaciones y buenas prácticas sobre la gestión eficaz de los riesgos en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Como complemento de estas Conclusiones, el Consejo EPSSCO de 5.10.2015 aprobó unas Conclusiones del Consejo sobre un nuevo Programa de Salud y Seguridad en el Trabajo para favorecer mejores condiciones laborales, en las que, tras considerar que el cambio y la innovación tecnológicos, el desarrollo económico y las nuevas formas de empleo pueden repercutir en las condiciones laborales y en la competitividad y productividad de las empresas y hacer necesaria una actuación inmediata para garantizar un nivel elevado de salud y seguridad en el trabajo y condiciones dignas; recordar la función de la UE de apoyo y complemento de las actividades de los Estados miembros en la mejora de las condiciones de trabajo para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y los potenciales riesgos para éstos ocasionados por las nuevas tecnologías; destacar que la legislación sobre salud y seguridad en el trabajo debe aplicarse a todos los trabajadores con independencia del tamaño de la empresa, y que las medidas que se adopten deben considerarse desde el principio de precaución, siempre que exista presunción de un posible riesgo; y señalar que los trastornos músculo-esqueléticos relacionados con el trabajo y los riesgos psicosociales son los motivos más frecuentes de baja por enfermedad; el Consejo invita a los Estados miembros y a la Comisión a: destacar la contribución positiva de la salud y seguridad en el trabajo a los resultados del mercado único y la libre circulación de trabajadores, subrayando la importancia de las condiciones de competitividad equitativa entre los Estados miembros en esta materia para ayudar a garantizar la competencia leal y condiciones de trabajo dignas en la UE; promover el desarrollo de políticas estratégicas e iniciativas para garantizar la salud y la seguridad en el trabajo a los trabajadores de la economía informal y facilitar su tránsito a la

economía formal; desempeñar una función más activa en la mejora de la salud y la seguridad en el trabajo luchando contra el trabajo no declarado; y continuar analizando el impacto del mercado laboral digital en la salud y seguridad en el trabajo; a la Comisión a: estudiar mejoras en la legislación sobre sustancias cancerígenas y mutágenas mediante la revisión de los valores límite obligatorios y un diseño inteligente de la Directiva sobre sustancias cancerígenas para añadir nuevas sustancias; revisar y sopesar la actualización de las Directivas sobre trastornos musculoesqueléticos y ayudar a los empleadores a gestionar estos riesgos; prestar atención a las PYME respecto de estos trastornos y a la ergonomía, las enfermedades laborales y la protección contra sustancias químicas nocivas, y seguir desarrollando herramientas para la evaluación y gestión de riesgos en estas empresas; tener en cuenta la campaña de la UE-OSHA 2014-2015 respecto de los riesgos psicosociales en el lugar de trabajo y estudiar la viabilidad de nueva legislación; elaborar un plan operativo para supervisar la aplicación del Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 respecto de la identificación de los objetivos estratégicos, las acciones específicas a emprender, los actores o partes implicadas interesados, los resultados a alcanzar, y los indicadores para su medición; identificar los retos y los riesgos para la salud y la seguridad relacionados con las nuevas formas de empleo, la organización del trabajo y las nuevas profesiones; desarrollar sistemas de registro de datos más coherentes, sobre su gestión y las estrategias de prevención; pedir a la UE-OSHA que estudie cómo aprovechar las estructuras y sistemas para intercambiar información y directrices sobre la salud y la seguridad en el trabajo, especialmente para las PYME; animar y apoyar a los Estados miembros a intercambiar sus directrices prácticas sobre los riesgos laborales en profesiones específicas; seguir apoyando el desarrollo de herramientas en línea para la evaluación de riesgos y herramientas electrónicas para sectores específicos, especialmente para las microempresas y las PYME y tomar las medidas de prevención adecuadas; y fomentar

el desarrollo de buenas prácticas sobre ergonomía para su utilización por los inspectores de trabajo; a los Estados miembros a: garantizar los recursos para la aplicación eficaz y efectiva de la legislación sobre salud y seguridad en el trabajo y de medidas preventivas para apoyar a las empresas; simplificar la carga normativa innecesaria de la legislación nacional transpuesta sin reducir el nivel de protección de los trabajadores; aumentar la conciencia de la importancia de la salud y la seguridad en el trabajo e identificar los modos de integrarla en los programas nacionales de educación y formación; proporcionar formación adecuada a los inspectores para responder a los nuevos retos y reforzar la cooperación entre las inspecciones de trabajo mediante el intercambio de buenas prácticas; combinar el control y la consulta e intensificar el diálogo entre las inspecciones de trabajo y las empresas para ayudarlas a evitar y afrontar los incidentes relacionados con la salud y la seguridad en el trabajo; y utilizar mejor los fondos europeos para fortalecer las capacidades de las instituciones públicas para ejecutar y promover las disposiciones sobre salud y seguridad; y a los interlocutores sociales a: seguir promoviendo la negociación colectiva y la celebración de acuerdos por las empresas multinacionales y las federaciones sindicales para promover condiciones de trabajo seguras; desarrollar una estrategia para adaptar las condiciones laborales a los cambios en la organización del trabajo, incluidos los derivados de las tecnologías digitales; y motivar a las empresas a mejorar el entorno laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo ayudando a aumentar la conciencia de empresarios y trabajadores y de las PYME en esta materia.

1.6. La mejora de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas

En el almuerzo del Consejo EPSSCO de 16.10.2014, se celebró un debate sobre los permisos parental y de maternidad como instrumentos para la conciliación entre el trabajo, la familia y la vida privada, introducido por

una nota de la Presidencia, en la que se recordaba que el aumento de la tasa de empleo de mujeres y hombres es una parte esencial de la frágil recuperación económica y que las políticas de conciliación juegan un papel importante para facilitar la participación en el mercado de trabajo a través de su contribución como trabajadores productivos y como sujetos pagadores de impuestos al crecimiento económico; la Directiva 2010/18/UE, sobre el permiso parental, que ha contribuido a este fin, y el bloqueo del proceso para la adopción de la revisión de la Directiva 92/85/CEE, sobre la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; la política de conciliación, en la que deben ser tenidos en cuenta intereses diversos, entre ellos los referidos a la salud y seguridad de los trabajadores, la flexibilidad en las relaciones entre trabajadores y empleadores, y los intereses profesionales de las mujeres y los hombres; los debates celebrados en el Consejo y en el Grupo de Asuntos Sociales, sobre el efecto negativo de los permisos de maternidad excesivamente largos en la empleabilidad y en el progreso de la carrera profesional de las mujeres y sobre el coste de la compensación económica de estos permisos, así como los diferentes enfoques y prioridades políticas en los Estados miembros; y se hacía referencia a la importancia demográfica de las políticas de conciliación, dado el descenso futuro de la población en edad de trabajar en Europa, lo que aumenta las necesidades de facilitar la participación en el mercado de trabajo y de prestar apoyo a las familias con hijos; y a la evolución del papel de los hombres en la sociedad, dado que cada vez se implican más en el cuidado de los hijos.

Por otra parte, dado que el bloqueo en las negociaciones de la propuesta de modificación de la Directiva 92/85/CEE entendía que reflejaba los retos de la actual situación económica, coincidiendo con la transición y la renovación de las instituciones de la UE, la Presidencia consideró que se debería dar un nuevo impulso al proceso de negociación, planteando cómo las disposiciones sobre permisos o licencias

podrían apoyar mejor el equilibrio entre trabajo, familia y vida privada de las mujeres y los hombres y cuál debería ser la duración y la remuneración mínima adecuada del permiso de maternidad para equilibrar todos los intereses relevantes.

Entre tanto, durante el mes de septiembre de 2014, la Presidencia mantuvo contactos informales con la ponente del Parlamento Europeo que manifestó su voluntad de reanudar el diálogo con el Consejo sobre esta propuesta de Directiva, respaldada por la Presidenta de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género de esta institución en octubre del mismo año, que defendió sin embargo su vinculación con el mandato del dictamen del Parlamento Europeo, de 20.10.2010. Por su parte, la Comisión se planteó la posibilidad de retirar la propuesta mientras que la Presidencia del Consejo ha seguido manteniendo su confianza en poder avanzar en este expediente solicitando una señal concreta de flexibilidad del Parlamento Europeo que permita establecer una base de negociación viable entre los legisladores.

1.7. Los riesgos de estrés y psicosociales en el trabajo

Durante el almuerzo del Consejo EPSSCO de 19.06.2014 se celebró un debate sobre la gestión de los riesgos de estrés y psicosociales en el trabajo, concretamente respecto de cómo podrían los Estados miembros, con el apoyo de la UE-OSHA, ayudar a los empresarios y trabajadores, y en particular a las empresas pequeñas y a las microempresas a identificar y gestionar mejor sus riesgos psicosociales en el lugar de trabajo, y qué tipo de herramientas innovadoras se podrían ofrecer para este fin; y de qué manera los interlocutores sociales podrían involucrarse mejor en la identificación y gestión de estos riesgos, introducido por la nota de la Presidencia titulada «Controlar el estrés y los riesgos psicosociales en el trabajo», en la que se constata la dedicación de la campaña bianual 2014-2015 de la UE-OSHA,

con el principal objetivo de ayudar a los empleadores, los trabajadores y sus representantes a identificar y gestionar los riesgos de estrés y psicosociales en el lugar de trabajo, mediante la difusión de información y acciones específicas desarrolladas por la Agencia, remitiendo a la guía de campaña, que señala que la gestión eficaz de la salud y la seguridad en el trabajo es buena para los trabajadores, la empresa y la sociedad; y que es esencial que las empresas mantengan la productividad sin caer en el error de desestimar la seguridad y la salud en el trabajo, imputando excesiva «carga administrativa» para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales, que sería contraproducente.

1.8. Clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas

El Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron el 26.02.2014 la Directiva 2014/27/UE por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, (DOUE, L 65, de 5.03.2014), que responde a la necesidad de garantizar que las Directivas citadas siguen siendo eficaces para mantener el nivel de protección a los trabajadores, teniendo en cuenta los progresos tecnológicos en curso, con atención especial a los trabajadores en profesiones en las que no existe un contacto frecuente con sustancias y mezclas peligrosas.

1.9. El envejecimiento de la mano de obra y la salud y la seguridad en el trabajo

En el almuerzo del Consejo EPSSCO de 11.12.2014, los Ministros debatieron sobre «El envejecimiento de la mano de obra: retos y oportunidades para la salud y la seguridad en

el trabajo en la vida laboral», y más concretamente sobre: las diversas políticas y medidas que en los Estados miembros han contribuido más a la salud y a la seguridad laboral de los trabajadores de más edad; si habría margen para la atención específica de estos trabajadores, en determinados sectores o para ciertos grupos de ellos, dado el sustancial aumento de su participación en el mercado de trabajo en las últimas décadas y la expectativa de que continúe, evolución que debería ser evaluada también bajo una perspectiva de género; y qué acciones de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo podrían apoyar las de los Estados miembros dirigidas al envejecimiento saludable de los trabajadores de más edad.

Con este fin, la Presidencia elaboró una nota en la que hacía referencia a abordar el cambio demográfico y el envejecimiento de la población y de la fuerza de trabajo como uno de los tres retos clave del Marco Estratégico para la Salud y la Seguridad en el Trabajo 2014-2020, pasando revista a la tendencia de su evolución hasta 2030, cuando se prevé que el número de trabajadores mayores llegue a una cuarta parte de la población en edad laboral, lo que contrasta con el creciente aumento de la oferta de este grupo y con los que continúan anticipando su salida del mercado de trabajo antes de la edad de jubilación, por problemas de salud o relacionados con el trabajo; y recordaba la presencia de esta preocupación en la Estrategia 2007-2012 y en su evaluación al priorizar las necesidades de los trabajadores mayores relacionadas con aspectos de salud ocupacional y general, lo que debería llevar a abordar la promoción de la salud en los lugares de trabajo y el desarrollo de procedimientos para su adaptación a las necesidades y limitaciones de estos trabajadores; la propuesta del Marco Estratégico 2014-2020 de desarrollar actuaciones concretas para abordar el cambio demográfico, incluyendo la identificación y el intercambio de buenas prácticas sobre los modos de mejorar las condiciones de los trabajadores mayores, la promoción de medidas de rehabilitación y reincorporación al trabajo, y la sensibilización y la difusión de in-

formación; lo tratado por el Grupo de Asuntos Sociales del Consejo en las reuniones de 24.06 y 8.10.2014, sobre las diferentes causas del envejecimiento de los trabajadores (retraso de la edad de acceso a la pensión de jubilación y de la participación de las mujeres en el mercado de trabajo; y oportunidades de formación y recalificación profesional disponibles para los trabajadores mayores), reiterando la importancia de la salud y seguridad en el trabajo durante toda la carrera profesional y que sería un error prestar atención a esta cuestión sólo cuando los trabajadores envejecen, considerando que junto a los aspectos de la salud y la seguridad en el trabajo deberían tenerse en cuenta otros relacionados con la formación a lo largo de toda la vida, la lucha contra la discriminación por edad, los acuerdos sobre la flexibilización del trabajo y los sistemas fiscales y de prestaciones adecuados para retener y atraer a los trabajadores mayores al mercado laboral, sin olvidar las medidas de salud destinadas a la población en general; los beneficios económicos derivados del gasto en seguridad y salud en el trabajo; la importancia de la participación de los interlocutores sociales en los temas relacionados con el envejecimiento de la fuerza de trabajo y no solo en los sectores y empresas en los que existe representación institucional; y a las respuestas de los Estados miembros al cuestionario sobre: la evaluación de los beneficios potenciales de una mayor inversión en prevención, rehabilitación y adaptación de los lugares de trabajo en función de la salud de los trabajadores y la planificación para fortalecer las políticas nacionales orientadas a la permanencia en el trabajo de los trabajadores mayores; la utilización de los fondos estructurales en el periodo 2014-2020 para mejorar los esfuerzos en relación con la seguridad y la salud de estos trabajadores; la experiencia de los Estados miembros sobre las medidas más importantes puestas en práctica para mantener en el empleo a la fuerza de trabajo envejecida; el mejor desarrollo de las políticas sobre el envejecimiento de la mano de obra, a través de las estrategias nacionales, con la referencia del Marco Estratégico para la Salud y la Seguridad en el Trabajo en la

UE; y a si debería dedicarse mayor atención a la salud laboral en la Estrategia Europa 2020 y en el Semestre Europeo para contribuir a la prolongación de la vida laboral activa.

1.10. La colaboración de la UE con otras organizaciones internacionales

En el marco de la colaboración de la UE con otras organizaciones internacionales de las que son parte los Estados miembros en materia de condiciones de trabajo y relaciones laborales, como en el caso de la OIT, cuando las obligaciones que pueden asumir éstos tienen relación y afectan a ámbitos de acción de las instituciones comunitarias, el Consejo EPSSCO aprobó el 28.01.2014 diversas Decisiones, (DOUE L 32 de 1.02.2014), por las que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la UE, diversos convenios de esta organización, relativos al trabajo digno para los trabajadores domésticos, de 2011, (Convenio n° 189), relacionado en gran medida con el acervo de la Unión en los ámbitos de política social, lucha contra la discriminación, cooperación judicial en materia penal y de asilo e inmigración; a la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo (Convenio n° 170), que afecta al acervo de la Unión sobre aproximación de las legislaciones, regulaciones y prácticas administrativas en materia de clasificación, envasado y etiquetado de sustancias y mezclas que se viene desarrollando desde 1967, cuya última adaptación al progreso técnico y científico se ha materializado en la Directiva 2014/27/UE y en el Reglamento 1297/2014, de la Comisión, de 5.12.2014, que modifica el Reglamento 1272/2008.

En este mismo orden de cosas, el 26.05.2014 el Consejo aprobó una Decisión sobre la posición a adoptar en nombre de la UE en la 103 reunión de la CIT respecto de las enmiendas al Código del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, (DOUE L 172, de 12.06.2014), referidas a la responsabilidad de los armadores en relación con la indemnización respecto de las

reclamaciones por muerte, lesiones corporales y abandono de la gente del mar, la garantía financiera del pago de éstas y la gestión de las reclamaciones contractuales.

También por Decisión UE 2015/2037 del Consejo de 10.11.2015, (DOUE L 298, de 14.11.2015), se autorizó a los Estados miembros a ratificar el Protocolo de 2014 del Convenio relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, 1930, de la OIT, respecto de las cuestiones relativas a la política social, referidas a temas abordados en disposiciones del acervo comunitario sobre la obligación del empresario de informar al trabajador de las condiciones aplicables al contrato o relación laboral, al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, la aplicación de medidas para promover la mejora en la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo de determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, la protección de los jóvenes en el trabajo y la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

2. LA DIMENSION DE LA PROTECCION SOCIAL Y LA INCLUSION SOCIAL EN LA ESTRATEGIA EUROPA 2020

En este epígrafe se recogen las referencias a la protección social y de la inclusión social en la documentación elaborada durante el proceso del Semestre Europeo 2014 y 2015 para la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020, con atención especial a las aportaciones del Comité de Protección Social.

2.1. El Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y el Informe Conjunto de Empleo 2014: referencia a la inclusión social y la lucha contra la pobreza

El Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2014, examinado en el Consejo EPSSCO de 10.03.2014, hace referencia al

carácter esencial de la mejora del funcionamiento de la protección social como instrumento de apoyo al cambio social y a la reducción de las desigualdades y la superación de la pobreza, incluyendo el apoyo a los ingresos adecuados, medidas de activación y de lucha contra la pobreza, en particular contra la pobreza infantil, y el acceso a servicios sociales y de salud, de atención a la infancia, de vivienda y de suministro de energía, de alta calidad y personalizados; y entre sus prioridades incluye la de mejorar el funcionamiento de los sistemas de protección social, reforzando los vínculos entre la asistencia social y las medidas de activación, a través del acceso a servicios más personalizados, y los esfuerzos para simplificar y asignar mejor las prestaciones, con atención especial a las personas más vulnerables.

Por su parte, el Informe Conjunto de Empleo 2014, entre los mensajes clave extraídos del análisis realizado por el Comité de Empleo de la situación social en Europa y de la aplicación de las orientaciones de empleo de la Estrategia Europa 2020, del examen de los PNR adoptados en respuesta a las recomendaciones específicas por país 2013 y de la evaluación de su aplicación, presenta las reformas clave en materia de política social para hacer los sistemas de protección social más resistentes y orientados a la inversión en las cualificaciones y las capacidades de las personas, y para apoyar mejor la adaptación de la mano de obra a las necesidades de los mercados de trabajo flexibles, proporcionando un cambio en las prioridades de la política social de la UE, que deberían pasar de las consecuencias sociales de la crisis a la construcción de sistemas de protección social adecuados, eficientes, resistentes y flexibles, que combinen una fuerte inversión social con una mejor protección y sostenibilidad, confiando en acuerdos de gobernanza sólidos y en una financiación sostenible, por cuanto la función de la protección social más allá del papel clave que juega en el fortalecimiento de la cohesión social, aportando una ayuda de emergencia cuando las restricciones fiscales disminuyen su efecto es-

tabilizador; y entre las tendencias y los retos sociales en la UE destaca que:

- la crisis ha alterado de forma sustancial la dinámica de la desigualdad y ha afectado de forma diferente a distintos sectores de la población, con más intensidad en los países del sur y en la mayoría de los países del centro y este de Europa incorporados a la UE en los últimos procesos de adhesión;
- la tasa de riesgo de pobreza y de exclusión social ha aumentado significativamente, así como las diferencias entre los Estados miembros, por lo que sería necesaria una fuerte inversión de la tendencia para alcanzar el objetivo principal de la Estrategia Europa 2020 de sacar, al menos, a 20 millones de personas del riesgo de pobreza o de exclusión social, dado que entre 2008 y 2012 la cifra de personas en esta situación ha aumentado en 8,7 millones hasta llegar al 25,1% de la población europea en los 28 Estados miembros, en especial en los más afectados por la crisis económica, con notables diferencias entre las distintas cohortes de edad, siendo la población en edad laboral la más afectada; mientras que en el riesgo de pobreza y exclusión social de los niños se observa un aumento desde 2008 al empeorar la situación de sus padres en más de 20 Estados miembros, especialmente en los hogares monoparentales, en los que la cifra supera en más del doble a los de las familias con dos progenitores, mientras que las familias con tres o más hijos se enfrentan a riesgos considerablemente más elevados de pobreza y exclusión que la población en general, así como las mujeres respecto de los hombres, a causa de los períodos de inactividad y de trabajo a tiempo parcial de éstas debido a su dedicación a la atención de personas dependientes; y entre los nacionales de países terceros el riesgo de pobreza y

- exclusión social en 2012 fue mucho más elevado que el de los nacionales;
- desde 2011, la renta disponible de los hogares se ha reducido en términos reales como promedio en la UE y en la eurozona, de forma particularmente intensa en algunos Estados miembros, por encima de 5 puntos porcentuales en los dos últimos años;
 - el efecto estabilizador del gasto social sobre la renta de los hogares ha disminuido desde 2010, debido al aumento del número de desempleados de larga duración que han perdido su derecho a prestaciones, y a la desaparición parcial de éstas a causa de la mejora de las perspectivas económicas en algunos Estados miembros, tras las medidas adoptadas para luchar contra la crisis;
 - la distribución de los impactos de la consolidación fiscal varía de forma sustancial entre los distintos países, afectando en especial a los estándares de vida de los hogares con bajos ingresos;
 - las tasas de crecimiento del gasto social han sido negativas a partir de 2011, tras el aumento del gasto en prestaciones de desempleo en la fase inicial de la crisis hasta 2009, y la estructura del gasto en protección social se ha visto afectada por la crisis, tras los fuertes aumentos en 2009 y 2010 en áreas como las pensiones y la discapacidad, coincidiendo con los débiles resultados del empleo; y
 - en algunos Estados miembros el acceso a la asistencia sanitaria se ha visto dificultado para las personas en situaciones vulnerables, en especial, los colectivos con ingresos bajos.

Entre las actuaciones y medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación de las orientaciones sobre las políticas de empleo, centradas en las reformas de las políticas de empleo y social, respecto de la promoción de la

inclusión social y la lucha contra la pobreza, el Informe Conjunto de Empleo 2014 incluye: las prestaciones para hacer frente a la pobreza infantil, indicando que mientras algunos Estados miembros han procedido a su mejora, otros han reducido o restringido las prestaciones de este tipo, señalando las tendencias recientes de incorporar condiciones nuevas o recortar prestaciones, añadiendo criterios más estrictos de elegibilidad o congelando o reduciendo el nivel de apoyo a las rentas; el acceso de la primera infancia a la educación y a la atención, para lo que varios Estados miembros han adoptado medidas para fortalecer la protección infantil en sus sistemas de bienestar; la consideración del equilibrio entre el tiempo trabajado y la jubilación, entre las iniciativas adoptadas en el ámbito de las pensiones, en las que casi todos los Estados miembros están elevando la edad de acceso a su disfrute, equiparando las de las mujeres y los hombres; la vinculación de la edad de jubilación al aumento de la longevidad; el freno a la anticipación de la jubilación, restringiendo el acceso a las prejubilaciones; el establecimiento de vías para prolongar la vida laboral y mejorar los derechos de las personas retrasando la jubilación, mediante incentivos para continuar trabajando por encima de la edad fijada para el acceso al disfrute de la pensión, reconociendo tipos más elevados o bonus en el supuesto de retraso en la jubilación efectiva, o relajando la normativa para permitir compatibilizar la percepción de la pensión con ingresos del trabajo; la revisión de los gastos de atención sanitaria y la introducción de instrumentos para contener sus costes; la necesidad de encontrar nuevas vías para combatir las carencias profesionales y garantizar el acceso universal a la asistencia sanitaria; la garantía de la mejor organización de los servicios relativos a los cuidados de larga duración; la revisión y la simplificación de los sistemas de asistencia social para contener o reducir la pobreza entre los adultos; y la puesta en marcha de programas especiales de inclusión social para las personas en situaciones especialmente desfavorecidas y afectadas por la carencia de vivienda.

Por otra parte, en el cuadro de indicadores clave de empleo y sociales, el Informe Conjunto de Empleo 2014 incluye, para la evaluación de los aspectos relativos a la protección y la inclusión a social los referidos a: la variación real en la renta bruta disponible de los hogares; la tasa de riesgo de pobreza de la población en edad laboral; y la ratio S80/S20 respecto de las desigualdades (Vid. Revista MEySS, n° 127, págs. 366 y367).

Finalmente, las Conclusiones del Consejo elaboradas a partir del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y del Informe Conjunto de Empleo 2014, en relación con las orientaciones para las políticas de empleo y social, frente a las previsiones que confirman las señales de un crecimiento lento, modesto y frágil, señalan que las consecuencias de la crisis continuarán afectando al crecimiento durante bastante tiempo, con reducción de las rentas de los hogares y aumento de las desigualdades, lo que lleva a que el número de personas en situación de riesgo de pobreza o de exclusión social se sitúe en el 25% de la población total.

A partir de estos datos, el Consejo propuso las siguientes orientaciones para las políticas de empleo y sociales referidas a:

- la profundización del Semestre Europeo, de modo que los logros derivados de la aplicación de las recomendaciones específicas que están afectando positivamente los déficit públicos, la competitividad y los desequilibrios macroeconómicos, deben traducirse además de en aumento del empleo, en mejores ingresos y condiciones de vida, y menos desempleo, pobreza y exclusión social; y que en la actual situación de recuperación económica, las reformas de la política social deben ser integrales, con enfoques universales y concretos, evitando la protección social segmentada en diferentes niveles de cobertura entre mujeres y hombres y de calidad en cuanto a la protección durante toda la vida, dispensando como objetivo cla-

ve una adecuada protección social que permita promover la activación y apoyar la empleabilidad de los jóvenes y de los trabajadores mayores, así como la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, lo que se traduciría en la generación de retornos sociales y económicos mediante la mejora de la inclusión y el aumento de la productividad;

- la continuidad de una consolidación fiscal diferenciada y favorecedora del crecimiento y la lucha contra las consecuencias sociales de la crisis, por lo que: los recientes aumentos de la pobreza y la exclusión social exigen más medidas para mejorar el diseño, la composición y la calidad de los programas de consolidación y la influencia de la política fiscal sobre el crecimiento, la eficiencia del sector público y la equidad social, junto con el papel preventivo y estabilizador de la protección social, que ayudarían a frenar el aumento de la pobreza y la exclusión social y aumentar las oportunidades de avanzar hacia el objetivo prioritario de promover la inclusión social; conserva su validez la recomendación sobre la política de pensiones del Semestre Europeo 2013, según la cual la reforma de éstas debería incluir también la prolongación de la vida laboral y el envejecimiento activo, el aumento de los períodos de cotización, su equilibrio adecuado y socialmente justo con las prestaciones, y la promoción de la adecuación y la sostenibilidad de los regímenes de pensión privados; y que para el éxito de las reformas de las pensiones y de la asistencia sanitaria se considera crucial el aumento de las tasas de empleo aportadas por el crecimiento y los mercados de trabajo.

Para terminar, el Consejo invita a los Estados miembros a reflejar las prioridades del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y del Informe Conjunto de Empleo 2014 en sus

PNR y poner en marcha políticas para abordar las recomendaciones específicas por país 2013, y considerar las conclusiones políticas de las revisiones en profundidad del IRPS y los resultados de la vigilancia multilateral de los Comités de Empleo y de Protección Social para el diseño de sus políticas; conjuntamente al Comité de Empleo y al Comité de Protección Social a continuar el trabajo sobre el cuadro de indicadores de empleo y sociales y fortalecer su coherencia con el IRE y el IRPS; al Comité de Empleo a presentar al Consejo su opinión sobre las revisiones en profundidad realizadas en el PDM y a aplicar los métodos de trabajo revisados entre el Comité y las organizaciones de interlocutores sociales europeos, y a tomar nota de la contribución de éstos al Informe Anual sobre la situación social de la UE; y a la Comisión a adoptar el paquete de recomendaciones específicas por país en tiempo oportuno, teniendo en cuenta las lecciones del Semestre Europeo 2013 para facilitar el trabajo del Consejo y profundizar en el examen multilateral de las recomendaciones propuestas; trabajar con los Estados miembros para mejorar la actualización de los indicadores sociales y de empleo; y garantizar la implicación más estrecha de los Comités de Empleo y de Protección Social en cualquier trabajo futuro para el desarrollo del concepto de asociaciones fundadas en un sistema voluntario de acuerdos contractuales y de mecanismos asociados de solidaridad.

2.2. La situación social de la Unión Europea 2014

El Consejo, en la sesión de 10.03.2014, a partir del Informe del Comité de Protección Social, adoptó unas Conclusiones sobre la situación social en la UE en 2014, en las que, después de subrayar que el factor clave para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020 es trabajar coherentemente entre los objetivos económicos y sociales de la Unión, se ocupa de:

- la situación social en la Unión, señalando la falta de progreso e incluso el

retroceso de la misma en algunos países (en 2012 cerca del 25% de la población europea estaba en situación de pobreza o de exclusión social; desde 2010 6,6 millones de personas están en esta situación, con aumento en más de un tercio de los Estados miembros, en algunos de los cuales el aumento anual de la pobreza relativa supera los 2 puntos porcentuales; que el aumento de la privación material ha hecho descender los estándares de vida de una parte significativa de la población en algunos países; y el aumento de la desigualdad de las rentas en los Estados miembros, especialmente en los que crece el desempleo; y como dato positivo, el aumento de la tasa de empleo de los trabajadores mayores en 25 Estados miembros, y la menor exposición a la pobreza y a la exclusión social en términos relativos de las personas mayores en más de tres cuartas partes de los Estados miembros en 2012, en comparación con 2008;

- la permanencia de la vigencia de la Estrategia Europa 2020, y de su objetivo prioritario de reducir en, al menos, 20 millones el número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social, constatando que la crisis económica y financiera ha disminuido las perspectivas de lograrlo, así como que las funciones de las políticas de bienestar (inversión, estabilización automática y protección) promovidas por el Paquete de Inversión Social se han debilitado por las restricciones fiscales y por la prolongación de la recesión, y concluyendo que en estas circunstancias el objetivo fijado no podría alcanzarse y que los Estados miembros deben redoblar sus esfuerzos para contribuir a lograrlo;
- el futuro a seguir, estableciendo que los esfuerzos políticos deberían priorizar: la prevención efectiva para evitar un

mayor empeoramiento de la situación social en la UE, considerando que a corto y medio plazo su mejora debería producirse a partir del aumento del empleo, especialmente de los jóvenes, y de la reducción de la pobreza y de la exclusión social, para lo que se necesita crecimiento e inversión, políticas salariales y fiscales que permitan la interacción de las rentas y de las prestaciones sociales para sacar a las personas de la pobreza y hacer que el trabajo sea rentable, en especial en los hogares con bajos ingresos con hijos, y en las familias monoparentales; fomentar la eficacia de la protección social para afrontar mejor los desequilibrios demográficos que afectarán al crecimiento potencial, las necesidades de protección social y el gasto público de los Estados miembros; equilibrar los riesgos sociales entre generaciones y a lo largo de la vida, y reducir las desigualdades; y que las políticas deberían centrarse en garantizar que la mejora de la situación social en la UE sea una prioridad ampliamente compartida, evaluando el impacto de las principales reformas estructurales para minimizar sus posibles efectos negativos, de modo que las personas en mayor riesgo de pobreza y de exclusión social no sufrieran lo más duro del ajuste económico; y que el Consejo debería evaluar anualmente la situación social en la UE y dar orientaciones sobre cómo abordar las tendencias sociales, reiterando a la Comisión la petición para que proponga un informe conjunto sobre la protección social a fin de fortalecer más la dimensión social de la UEM.

Finalmente, el Consejo invita a los Estados miembros a revisar y reforzar sus actuaciones para reducir la pobreza; y al Comité de Protección Social a elaborar un informe sobre la dimensión social de la Estrategia Europa 2020 para celebrar un debate en la sesión del Consejo EPSSCO de junio de 2014.

2.3. Las recomendaciones específicas por país 2014

El Consejo EPSSCO de 19.06.2014 refrendó el informe del Comité de Protección Social sobre la evaluación de la aplicación de las recomendaciones específicas por país 2013 y los nuevos retos que se plantean para 2014 y sobre la propuesta de la Comisión de las recomendaciones específicas por país para este año, respecto de:

- las pensiones, destacando entre ellas las que se centran en: la relación de la edad de jubilación obligatoria con los cambios en la esperanza de vida, sin prestar atención a las opciones políticas sobre la mejora de su sostenibilidad; las que no incluyen referencia alguna a su adecuación, que sin embargo constituirá uno de los principales retos políticos y sociales en los próximos años; que los Estados miembros deberían disponer de otros instrumentos, (periodos de cotización, fórmulas de cálculo de las prestaciones, mecanismos de indexación), como opciones alternativas para adaptar los sistemas de pensiones a los cambios del entorno, además de la edad de jubilación obligatoria; el apoyo a los debates sobre su sostenibilidad y adecuación, ante la necesidad de superar la situación actual en la que los aspectos de la adecuación se dejan en manos de la Comisión y los de la sostenibilidad a la decisión de las recomendaciones del Consejo, sin que quienes adoptan las decisiones políticas atiendan a los riesgos asociados al debilitamiento del poder adquisitivo de los pensionistas y al aumento de la pobreza entre las personas mayores;
- la accesibilidad y sostenibilidad de los sistemas de salud y de cuidados de larga duración, observando el aumento del número de Estados miembros receptores de recomendaciones específicas en el área de la salud, respecto de

las que se subraya el énfasis puesto en la relación coste-eficiencia y coste-eficacia, además de la atención a la vida independiente, la rehabilitación y la prevención, en el caso de los cuidados de larga duración, y que deberían ser debatidas por los ministros responsables de la salud, lo que repercutirá en el peso político de la decisión final del Consejo; y

- la inclusión social, señalando la necesidad de reducir la pobreza en la UE para restaurar la confianza en su dimensión social y de un nivel adecuado de protección social; y la realización de esfuerzos continuados para mejorar la eficiencia y la eficacia de las políticas sociales, por lo que celebra el énfasis puesto en las nuevas recomendaciones 2014 sobre el buen funcionamiento de los sistemas de protección social, con prestaciones adecuadas, cobertura integral y apoyo a las personas para reincorporarse al mercado de trabajo.

En la misma sesión de 19.06.2014, el Consejo EPSSCO adoptó las Recomendaciones sobre los PNR 2014 para cada Estado miembro, aprobadas por el Consejo el 8.07.2014 (DOUE, C 247, de 27.07.2014), entre ellas las dirigidas a España, en relación con la posibilidad de reducir las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social y con la aplicación del Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2013-2016. (Vid. Revista MEySS, nº 127, pág. 373).

2.4. El Estudio Prospectivo anual sobre el Crecimiento y el Informe Conjunto de Empleo 2015

El Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2015, incluye entre las 7 reformas estructurales que recomienda poner en marcha en los Estados miembros en 2015 las relativas a: las pensiones, para garantizar la sostenibilidad y la adecuación de los sistemas que las encuadran, dotándolos de bases más saneadas

para afrontar el envejecimiento de la sociedad europea, ya que según las recomendaciones específicas por país 2014 son precisas más reformas que aumenten su eficiencia y sostenibilidad financiera y garanticen un nivel de ingresos dignos tras la jubilación y, ante la tendencia al aumento de la longevidad, en muchos países debe establecerse una visión más dinámica de la edad en la que las personas pueden retirarse, incluyendo la vinculación de la edad de jubilación obligatoria con la esperanza de vida; y a la modernización de los sistemas de protección social, que deben ser eficientes y adecuados en todas las etapas de la vida, necesitando políticas sociales simplificadas y mejor focalizadas, complementadas con servicios asequibles de atención infantil, de educación, y de ayuda a la vivienda, entre otros, y la reforma de los sistemas de salud; y pone de manifiesto, en relación con la racionalización del sistema de gobernanza del Semestre Europeo para aumentar su eficacia, que se está trabajando en la potenciación de la UEM, introduciendo indicadores sociales y de empleo en el PDM para una mejor comprensión de las consecuencias sociales de las reformas, midiendo su impacto social, proponiendo la adopción por los Estados miembros de un enfoque integrado de la política económica mediante medidas para reforzar los sistemas de pensiones y modernizar los sistemas de protección social, entre otras.

El Informe Conjunto de Empleo 2015, adoptado en el Consejo EPSSCO de 9.03.2015, a propósito de las tendencias y los retos sociales en la UE pone de manifiesto: el incremento significativo de la tasa de riesgo de pobreza y de exclusión (ARPE) con divergencias cada vez mayores entre los Estados miembros; la evolución de los niveles de pobreza, que varía sustancialmente entre las cohortes de edad; el aumento desde 2008 del riesgo de pobreza o exclusión social infantil, debido al empeoramiento de la situación de sus progenitores; la mejora en términos reales, en 2013, del promedio del crecimiento de la renta bruta disponible de los hogares y la variación sustancial, en los últimos años, de las repercusiones dis-

tributivas de los cambios en los sistemas fiscales y de prestaciones, entre los Estados miembros; que desde 2011 el gasto social presenta tasas negativas de crecimiento y su estructura en materia de protección social se ha alterado con la crisis; y que las personas en situación de vulnerabilidad y con rentas bajas han tenido dificultades para acceder a los servicios sanitarios en algunos Estados miembros.

En relación con la aplicación de las orientaciones y de las principales reformas de las políticas sociales y de empleo llevadas a cabo en los Estados miembros, en lo que afecta a España señala, a propósito de la promoción de la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respecto del incremento de los esfuerzos para reformar los sistemas de asistencia y de empleo y la introducción de medidas dirigidas a quienes están en riesgo de pobreza, el fortalecimiento de las medidas de activación para abordar más adecuadamente la pobreza de los adultos y más específicamente de los jóvenes, las familias con niños y las personas con discapacidad, y la pobreza infantil; y en lo relativo a las presiones presupuestarias, en relación con el control de los gastos sanitarios, la adopción de medidas para contener el aumento de los costes derivados de este tipo de gastos y mejorar la prestación de los servicios sanitarios.

De la lectura y análisis de los indicadores sociales y de empleo clave se concluye que 16 Estados miembros habían experimentado importantes evoluciones negativas en la variación real en la renta bruta disponible de los hogares, con los mayores aumentos en la tasa de riesgo de pobreza de la población en edad laboral en 2011-2012; y que en 2013 las desigualdades de ingresos permanecían particularmente altas en 7 países, en los que la participación en la renta del 20% de las rentas más alta era al menos seis veces mayor que la del 20% de las rentas más bajas.

Entre los mensajes clave el Informe Conjunto de Empleo 2015 destacan: que la situación social sigue siendo motivo de preocupación, ya que las previsiones económicas de la

Comisión apuntaban a un leve crecimiento con una elevada cifra de desempleo estable, que incluso en las economías en mejor situación se está transformando en estructural al aumentar la cifra de desempleados de larga duración, al tiempo que aumentaban los riesgos de pobreza o de exclusión social y las desigualdades en muchos Estados miembros, principalmente en la infancia, debido al empeoramiento de la situación de los progenitores durante la edad laboral; la modernización de los sistemas de protección social, incluidos los regímenes de renta mínima y las prestaciones por desempleo, aportando una protección efectiva para todos y una inversión adecuada en capital humano, para activar el acceso al mercado de trabajo y proteger a los excluidos de él, apoyando la reincorporación al mismo como parte de la protección social; que la reducción de las diferencias por razón de género y de la edad de acceso a la pensión, la extensión de la vida laboral y la mejora del derecho a pensión no son reformas suficientes en la medida en que la adecuación y la sostenibilidad de las pensiones está estrechamente vinculada a la mejora de los mercados de trabajo y que para garantizar la futura adecuación deberá actuarse con medidas como la desincentivación de la jubilación anticipada y la promoción de políticas que permitan el ahorro para la jubilación.

Por otra parte, en las Conclusiones del Consejo sobre el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y el Informe Conjunto de Empleo 2015, adoptadas por el Consejo EPSSCO de 9.03.2015, se formulan orientaciones para las políticas sociales, referidas a: la modernización de los sistemas de protección social, con énfasis en la inclusión social y la inversión social, mediante el reconocimiento de la necesidad de mejorar su eficacia y eficiencia, preservando sus funciones básicas de protección, estabilización e inversión social, a través de las reformas pertinentes a tenor del enfoque dado en las Conclusiones del Consejo sobre «una inversión social para el crecimiento y la cohesión» 2013; la inversión en sistemas de protección social, que deberían garantizar un adecuado nivel de protección

para todos los grupos de población y apoyar, a través de políticas activas de mercado de trabajo, las políticas universales, complementado por medidas de integración y reintegración a éste y de inclusión social; la garantía del acceso universal y equitativo a servicios sanitarios de calidad, disponibles, sostenibles y adecuados en la relación coste-beneficio, a través de la innovación y de los cuidados de la salud y de larga duración, que deberán incluir el fortalecimiento de la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad en todos los sectores, garantizando cuidados integrales, la mejora de la atención primaria, el diagnóstico precoz, y una mano de obra apropiada y calificada en el sector sanitario, la evaluación de los sistemas de salud y una financiación estable y continua; la reforma de los sistemas públicos de pensiones, para evitar el impacto del envejecimiento, garantizando su adecuación en el futuro y reconociendo la competencia de los Estados miembros sobre las medidas políticas a adoptar, según el contexto y las prioridades nacionales, para garantizar el equilibrio entre el tiempo trabajado y el disfrute de la jubilación; y la necesidad de fortalecer los esfuerzos políticos para luchar contra la pobreza, la exclusión social y la desigualdad, recordando que las estrategias integrales son la vía más eficaz y sostenible para combatir estas situaciones.

A partir de estas orientaciones, el Consejo invita a los Estados miembros a: reflejar en los PNR y en los informes sociales nacionales las prioridades del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y del Informe Conjunto de Empleo 2015 e implementar políticas para atender a las recomendaciones específicas por país; considerar el resultado de las revisiones temáticas en profundidad del IRPS y de la vigilancia multilateral de los Comités de Empleo y de Protección Social en el diseño de sus políticas; implicar mejor a los parlamentos, los interlocutores sociales y la sociedad civil nacionales en los procedimientos del Semestre Europeo; a la Comisión a: garantizar la implicación de los Comités de Empleo y de Protección Social en los aspectos relevantes

del Semestre Europeo racionalizado, incluyendo la presentación de las propuestas de recomendaciones específicas por país a tiempo para permitir las consultas y los debates en el Consejo y en los organismos preparatorios; concentrar estas recomendaciones, no prescriptivas en su aplicación política, en las áreas prioritarias; hacer mayor hincapié en el vínculo entre el crecimiento y la mayor participación de las mujeres en el mercado de trabajo a partir del próximo Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento; y desarrollar propuestas para ayudar a apoyar a los desempleados de larga duración a partir de las lecciones extraídas de la introducción de la Garantía Juvenil en la UE; a los Comités de Empleo y de Protección Social conjuntamente a: trabajar para mejorar el cuadro de indicadores sociales y de empleo que permita extender la comprensión del desarrollo social y del empleo, fortalecer la coherencia y las sinergias entre el IRPS y el IRE, y evaluar el impacto social de las principales reformas estructurales; presentar sus opiniones al Consejo sobre las propuestas de la Comisión relativas al papel de los indicadores sociales y de empleo en el PDM; e implementar métodos de trabajo reforzados entre ellos y las secretarías de las organizaciones de los interlocutores sociales europeos; y al Comité de Protección Social a cooperar con el grupo de trabajo de salud pública en relación con las políticas de salud, y con los Comités de Política Económica y Financiero sobre temas comunes relativos a los gastos relacionados con la edad.

2.5. La situación social en Europa 2015

El Consejo de 9.03.2015 refrendó también los mensajes clave extraídos del Informe anual del Comité de Protección Social sobre la situación social en la UE 2015, orientación hacia un crecimiento integrador, en los que señala que:

- a pesar de la reanudación del crecimiento económico en la UE, la recuperación permanece moderada y revisada

- a la baja en las previsiones del PIB, con un pequeño crecimiento del empleo a partir de la mitad de 2013 en la mayoría de los Estados miembros y la consiguiente ligera mejora en la presión sobre los sistemas de protección social en muchos de ellos;
- el aumento de la pobreza y la exclusión social en la mayor parte de los Estados miembros afecta en particular a la población en edad laboral y a la infancia, y aunque recientemente ha mejorado ligeramente, se mantiene en lo sustancial y necesita ser abordada con urgencia;
 - del resultado del IRPS 2014, que muestra la estabilización de la situación en la UE, la continuidad de las diferencias entre los Estados miembros y el empeoramiento en alguno de ellos, comparados con los de 2013, se observa en una tercera parte o más de ellos el aumento del riesgo de pobreza y su profundización en la población en general, el aumento continuo del porcentaje de población que vive en hogares sin apenas trabajo y el de los trabajadores pobres;
 - debido al papel de la protección social y de las pensiones como estabilizadores estructurales, la situación de las rentas y las condiciones de vida de las personas mayores continúa beneficiándose de la mejora relativa al resto de la población;
 - la UE no avanza hacia el objetivo de la Estrategia Europa 2020 de reducir, al menos, en 20 millones el número de personas en situación de pobreza y exclusión social, (en 2013 en los 28 Estados miembros había 122,6 millones y cerca de uno de cada cuatro europeos en esta situación, 4,8 millones de personas más que en 2008, de modo que aunque 11 países registraron descensos significativos en 2013, 1/3 de ellos presentaron aumentos importantes), y los objetivos nacionales no suman para el logro del objetivo colectivo de la UE;
 - de las revisiones temáticas del Comité de Protección Social en 2013 sobre las tendencias a observar respecto de la profundización de la pobreza se concluye que la pobreza severa y la exclusión social pueden variar durante la vida, y están estrechamente relacionadas con un contexto más amplio, económico y de mercado de trabajo, y que los enfoques integrales, preventivos e individualizados, pueden contribuir a aliviar la pobreza y la exclusión social de forma efectiva y sostenible, a través de inversiones sociales centradas en las necesidades específicas a lo largo de la vida, la garantía del apoyo adecuado a las rentas y el acceso a servicios de calidad disponibles, prestando asistencia a las personas en situaciones críticas;
 - la economía social de mercado de la UE necesita ser reforzada, trasladando el énfasis desde las medidas a corto plazo a las reformas estructurales para estimular el crecimiento económico y la cohesión social, aumentar el empleo y combatir la pobreza en el trabajo, mejorar la eficiencia y la eficacia de la protección social, y los niveles adecuados de ésta y de vida;
 - las políticas sociales por sí mismas no pueden alcanzar el objetivo de la lucha contra la pobreza y la exclusión social y del crecimiento inclusivo de la Estrategia Europa 2020, que será el resultado de un enfoque integral y coherente hacia los objetivos económicos, de empleo y sociales de la UE;
 - a medida que se recupere la economía, las políticas deberían centrarse en garantizar que la mejora de la situación social en la UE sea una prioridad compartida y que las reformas estructurales tuvieran en cuenta las preocupaciones sociales y del empleo, y que las más

importantes deberían estar sujetas a la evaluación del impacto social para minimizar sus efectos sociales adversos, y su coste debería distribuirse entre la sociedad y los grupos de rentas, de modo que las personas con mayor riesgo de pobreza y exclusión social no deberían asumir la carga del ajuste económico;

- a corto y medio plazo la mejora de la situación social debería venir de más empleo, en particular de los jóvenes, y de menos pobreza y exclusión social, para lo que se necesita crecimiento, reformas estructurales e inversión social, al tiempo que las políticas salarial y fiscal deberían hacer el trabajo rentable para sacar a las personas de la pobreza y garantizar niveles adecuados de protección social;
- a largo plazo, la UE necesita prepararse para abordar los desequilibrios macroeconómicos que afectarán el crecimiento potencial de los Estados miembros, trasladando los riesgos sociales entre las generaciones y a lo largo de toda la vida, y el aumento de las desigualdades, que debilitarán la cohesión y harán retroceder el crecimiento.

2.6. Las Recomendaciones específicas por país 2015

El Consejo EPSSCO de 18.06.2015 refrendó la opinión del Comité de Protección Social sobre la evaluación de la aplicación de las Recomendaciones específicas por país 2014 y de las Recomendaciones para 2015, que aborda la continuidad de la agenda para la modernización de los sistemas de protección social que afronte los nuevos retos en base a los principales hechos de la vigilancia multilateral sobre la aplicación de las Recomendaciones específicas por país 2014, concretamente de las reformas en: las áreas de la protección social, señalando los esfuerzos de los Estados miembros

para abordar aspectos de la cobertura y la adecuación de las prestaciones sociales, así como las medidas para luchar contra la pobreza infantil y en materia de prestaciones familiares, destacando los estándares de calidad fijados para los servicios sociales; el desarrollo de bases de datos sobre los receptores de prestaciones sociales; y para proveer una protección adecuada, eficiente y efectiva, con intervenciones tempranas y prestaciones durante toda la vida; los sistemas de pensiones, recordando los progresos de la mayoría de los Estados miembros para abordar los retos de su mantenimiento; que las reformas emprendidas se implementan en un ciclo plurianual; que retrasar la edad de jubilación en relación con la esperanza de vida puede ser una de las vías, aunque no la única, para su sostenibilidad; constatando que se han llevado a cabo medidas para limitar la retirada temprana del mercado de trabajo, y que la indexación de las pensiones puede ayudar a prevenir la pobreza de los mayores; y que algunos Estados miembros han aumentado las pensiones mínimas mientras que otros han desarrollado sistemas suplementarios; y los sistemas de salud y de cuidados de larga duración, manifestando que las principales preocupaciones se han centrado en asegurar su efectividad en términos de coste y su sostenibilidad, mediante medidas relacionadas con la calidad y la accesibilidad a los servicios de salud y de atención a las personas mayores, buscando prevenir la pérdida de autonomía y reducir la necesidad de estas prestaciones.

También se ocupa de: la mayor focalización de las Recomendaciones en las prioridades, manifestando su preocupación por el escaso número dedicado a la reducción de la pobreza, y que las realizadas se han situado en el marco del PDM, sin saber exactamente su relación con este procedimiento; y recordando que la reducción de la pobreza se debe realizar mediante la mejora de la efectividad de los sistemas de protección social, por lo que considera clave centrarse en este aspecto, incluida la cobertura de prestaciones y su vínculo con la activación; respecto de las recomendacio-

nes sobre los sistemas de pensiones, que el foco sigue estando en alargar la vida laboral en línea con la esperanza de vida, cerrando la brecha entre la edad legal y efectiva del retiro, limitando las diferentes vías de reducción de la vida laboral e incrementando los incentivos para seguir trabajando; que sólo se recomienda a 3 Estados miembros disponer de pensiones adecuadas, y que una gran parte de las recomendaciones se han colocado bajo el paraguas del PDM; reconoce la importancia de asegurar su sostenibilidad y su adecuación, y que, además de que la alineación de la edad de retiro con la esperanza de vida es una orientación válida, existen otras opciones (restringir las jubilaciones anticipadas, ampliar los periodos de contribución al sistema, incrementar la participación en el mercado de trabajo), a considerar de acuerdo con las prácticas nacionales; de las recomendaciones sobre la salud, centradas en la efectividad del coste, que ha de contemplarse desde la perspectiva más amplia de los sistemas de salud y sus objetivos; de las referidas a los cuidados de larga duración dirigidas a sólo 2 Estados miembros; y concluye que la protección social y la inclusión social deben verse en un contexto más amplio con un enfoque de inversión social y no sólo como un factor de coste.

En la misma sesión de 18.06.2015 el Consejo EPSSCO adoptó las Recomendaciones del Consejo sobre el PNR y la opinión del Consejo respecto del Programa de Estabilidad de España 2015, en las que, tras poner de manifiesto el progreso limitado en la mejora de la eficacia del sistema de protección social; el establecimiento de un programa de activación nuevo para los desempleados de larga duración que combine el apoyo a las rentas y la asistencia en la búsqueda de trabajo; la coordinación limitada entre los servicios sociales y de empleo; la incompatibilidad de los diferentes regímenes de rentas mínimas, que han reducido la eficacia de los programas de asistencia social para hacer frente a los altos niveles de pobreza, especialmente en los hogares con hijos y con ingresos bajos; y la limitación de los progresos para mejorar los regímenes de

apoyo a la familia; se concluye recomendando, entre las actuaciones que las autoridades españolas deben desarrollar en 2015 y 2016, las de: mejorar la relación coste-beneficio del sector de la asistencia sanitaria, racionalizar el gasto farmacéutico-hospitalario y los regímenes de renta mínima y de apoyo a la familia.

2.7. Las orientaciones de las políticas de empleo de los Estados miembros 2015

Tras la orientación general alcanzada en el Consejo EPSSCO de 18.06.2015, en el del 5.10.2015 se adoptó una Decisión del Consejo sobre las orientaciones de las políticas de empleo de los Estados miembros 2015 (DOUE, L 268, de 15.10.2015), entre las que incluye las referidas al fomento de la inclusión social, la lucha contra la pobreza y la promoción de la igualdad de oportunidades, para lo que los Estados miembros deberían: modernizar sus sistemas de protección social para dispensar una protección efectiva, eficaz y adecuada a lo largo de todas las etapas de la vida de las personas, fomentando la inclusión social, promoviendo la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y abordando las desigualdades, para lo que sería necesario disponer de servicios accesibles, asequibles y de calidad, incluidos los servicios básicos y las actuaciones para reducir la pobreza en el trabajo y combatir la pobreza y la exclusión social; utilizar diferentes instrumentos de forma complementaria, conforme a los principios de inclusión activa, incluidos los servicios de activación del trabajo, servicios de calidad accesibles y el apoyo adecuado a las rentas, centrados en las necesidades de las personas; y diseñar los sistemas de protección social para facilitar la salida de su estado de necesidad de todas las personas con derecho, y ayudar a prevenir, reducir y proteger contra la pobreza y la exclusión social durante toda la vida; y garantizar la sostenibilidad y adecuación de los sistemas de pensiones para las mujeres y los hombres, en un contexto de aumento de la longevidad; y mejorar la accesibilidad, efi-

ciencia y eficacia de los sistemas de asistencia sanitaria y de los cuidados de larga duración, salvaguardando su sostenibilidad.

3. SEGURIDAD SOCIAL

En materia de Seguridad Social el Consejo concluyó el proceso de adopción de la Directiva sobre la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión y se ha ocupado de la adecuación de las pensiones en el contexto del envejecimiento de la sociedad

3.1. La adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión

El Consejo y el Parlamento Europeo adoptaron finalmente el 16.04.2014, la Directiva 2014/50/UE, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión, (DOUE, L 128, de 30.04.2014), que se constituye en norma mínima con el objeto de facilitar el derecho de los trabajadores a la libre circulación entre Estados miembros reduciendo los obstáculos creados por determinadas normas relativas a los regímenes complementarios de pensión ligados a una relación laboral, con exclusión de los que han dejado de aceptar nuevos afiliados activos y permanecen cerrados a nuevos afiliados al entrar en vigor la Directiva, los sujetos a medidas en las que intervengan órganos administrativos o autoridades judiciales para mantener o restablecer su situación financiera, los regímenes de garantía en caso de insolvencia, y a los pagos únicos abonados a los trabajadores al término de la relación laboral no relacionados con una pensión de jubilación, de las prestaciones por invalidez y/o supervivencia vinculadas a regímenes complementarios de pensión menos en lo dispuesto en los artículos 5 y 6 respecto de las prestaciones de supervivencia; define los conceptos de pensión

complementaria, régimen complementario de pensión, afiliado activo, período de espera, período de adquisición, derechos de pensión consolidados, trabajador saliente, beneficiario diferido, derechos de pensión latentes y valor de estos derechos; y establece las condiciones que regulan la adquisición de derechos en virtud de regímenes complementarios de pensión, el mantenimiento de los derechos de pensión latentes consolidados por el trabajador saliente y de los supervivientes, que deben tratarse según el valor de los derechos de los afiliados activos o la evolución de las prestaciones de pensión que se pagan actualmente o de otro modo equitativo, con la posibilidad de pagar, con consentimiento informado del trabajador, un capital equivalente a los derechos de pensión consolidados dentro de un límite fijado previamente; y la información a los afiliados de las consecuencias del cese de la relación laboral sobre sus derechos complementarios de pensión. El plazo de transposición de la Directiva finaliza el 21.05.2018.

3.2. La adecuación de las pensiones en el contexto del envejecimiento de las sociedades

El Consejo EPSSCO, de 5.10.2015, en las Conclusiones sobre los ingresos de jubilación adecuados en el contexto del envejecimiento de las sociedades, elaboradas a partir, entre otros, del Informe del Comité de Protección Social y de la Comisión sobre la Adecuación de las Pensiones 2015: adecuación de los ingresos actuales y futuros durante la vejez en la UE, cuyos mensajes clave referidos a: el mantenimiento del nivel de vida de los pensionistas en la crisis a pesar de la persistencia en los problemas de pobreza en algunos países y de las grandes diferencias en las pensiones por razón de género; el progreso durante los últimos años de las reformas de las pensiones, centradas en la sostenibilidad; la expectativa de que el gasto en pensiones públicas no sea superior en 2060 al actual, a pesar del rápido aumento del número de personas mayores de 65 años; el carácter esencial de las políticas para abor-

dar los riesgos futuros de la adecuación; y la importancia de la cooperación en la UE para garantizar ingresos adecuados en la vejez, fueron refrendados por el Consejo en esta misma sesión, examinó si los Estados miembros estarán en disposición de establecer ingresos de jubilación adecuados, con referencia a la contención del gasto público hasta 2060 en las recientes reformas de las pensiones en la mayoría de los países, a pesar del aumento significativo del número de personas mayores y de que en algunos Estados miembros el gasto público en pensiones había crecido entre 2 y 4 puntos del PIB, poniendo de manifiesto los riesgos para la sostenibilidad futura de las finanzas públicas, que pueden producirse por falta de reforma de las pensiones para frenar la tendencia del gasto futuro, así como por el riesgo de los retrocesos de la política, si las reformas dejan a un número creciente de personas mayores sin ingresos adecuados, y subrayando la importancia del seguimiento de las tendencias de la adecuación desde las perspectivas social y fiscal, y concluyó con el refrendo de los siguientes mensajes clave:

- muchas de las reformas recientes se han centrado en garantizar la sostenibilidad financiera promoviendo la prolongación de la vida laboral mediante la elevación de la edad de acceso a la pensión y medidas para restringir la salida anticipada del mercado de trabajo, como solución entre la adecuación y la sostenibilidad financiera;
- en la UE, las pensiones dispensan a la mayoría de las personas protección suficiente contra los riesgos de la pobreza y la seguridad de ingresos adecuados en la vejez, aunque varios Estados miembros deben realizar mayores esfuerzos para combatir los riesgos de la pobreza en la vejez, incluida la privación material severa, y garantizar ingresos seguros en esta etapa de la vida;
- respecto de la adecuación futura de las pensiones, la reducción de las tasas de sustitución de los regímenes públicos

de pensiones en los próximos 40 años significará que el mantenimiento de los ingresos tras la jubilación pasará a depender de pensiones privadas complementarias y de ahorros;

- la protección efectiva contra la pobreza en la vejez será más difícil a causa de las reformas que tratan de garantizar la sostenibilidad financiera rebajando las pensiones, de la más frágil vinculación del índice de las pensiones con los salarios y del traslado de los riesgos económicos de los regímenes de pensiones a las personas;
- la falta de oportunidad de disponer de empleos de calidad o de ahorrar para la jubilación y acumular derechos suficientes de pensión y la imposibilidad para muchos de permanecer ocupados por el tiempo necesario para alcanzar la edad de jubilación obligatoria y evitar así las penalizaciones a las jubilaciones anticipadas;
- que se debe dar prioridad al apoyo en materia de formación, salud y social a los trabajadores, que permita a los de más edad mantenerse en empleos de calidad durante todo el ciclo de la vida, lo que se reflejará en mayor participación de la mano de obra y carreras profesionales más completas y en un historial de ingresos que se traduzca en una pensión adecuada;
- la inclusión en los regímenes públicos de pensiones u otros planes de protección social de las salvaguardias apropiadas para quienes no puedan acreditar suficientes derechos de pensión, con disposiciones sobre pensiones mínimas u otros ingresos mínimos para las personas mayores, así como medidas de redistribución, como la acreditación de períodos durante los que no se hubieran podido generar derechos, debido a la ausencia involuntaria del trabajo por enfermedad, desempleo o falta de funciones.

Por todo ello, para ayudar a los Estados miembros a proseguir sus reformas que eviten los futuros riesgos para la adecuación, y asegurar la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones a largo plazo, respetando las competencias en materia de protección social de los Estados miembros, el Consejo invita a la Comisión y a los Estados miembros a:

- trabajar juntos para investigar más en profundidad en los grupos de población en situación de mayor riesgo de padecer insuficiencia de ingresos durante la vejez;
- abordar la adecuación futura y los riesgos de la pobreza a través de medidas de prevención específicas y apropiadas en el área del empleo y de disposiciones sobre pensiones u otros regímenes de protección social;
- revisar en los Comités de Protección Social y de Empleo las políticas de fomento de las oportunidades de empleo de los trabajadores mayores, considerando los aspectos económicos, de trabajo, salud y sociales, que afecten potencialmente la carrera profesional en las últimas etapas y el tránsito del trabajo a la jubilación;
- examinar cómo los sistemas de pensión en los que la adecuación de ésta depende de los ahorros de jubilación complementarios pueden promoverlos de forma más efectiva en cuanto a su coste;
- revisar en el Comité de Protección Social las cuestiones clave sobre las pensiones y otros regímenes de protección social que pueden reducir los riesgos de la pobreza y las pensiones inadecuadas, incluidos la naturaleza redistributiva de la relación entre cotizaciones y prestaciones, créditos de pensiones, disposiciones sobre ingresos mínimos y para las personas obligadas a salir del mercado de trabajo por invalidez o desempleo teniendo en cuenta las desigualdades, en cuanto a las oportunidades en materia de salud y mercado de trabajo, que afectan a diferentes grupos de mujeres y hombres, con atención especial a los pensionistas que viven solos o a los beneficiarios de pensiones de supervivencia;
- mejorar la capacidad de anticipación respecto de los retos de la adecuación y la sostenibilidad financiera a medio plazo (10-15 años) mediante la utilización de datos y encuestas que permitan a los Estados miembros aplicar las medidas de reforma según sus circunstancias económicas, fiscales y sociales; y poner esta información a disposición de los políticos y del público en general como base de un proceso decisorio más informado;
- garantizar que las mujeres y los hombres sean conscientes del impacto de las decisiones que adopten en su carrera profesional para la cuantía futura de sus pensiones y que puedan obtener un conocimiento más preciso de las perspectivas de sus ingresos tras la jubilación y de sus opciones para mejorarlos.

También invita al Comité de Protección Social a colaborar con las organizaciones internacionales (OCDE, Banco Mundial, OIT) en la exploración de las respuestas políticas más apropiadas para afrontar los retos, reconociendo que los Estados miembros continúan siendo los responsables del diseño de sus sistemas de pensiones, beneficiándose de las experiencias de países terceros que se enfrentan con problemas similares para garantizar la adecuación futura de las pensiones en las sociedades que envejecen.

4. POLITICA SOCIAL

En este epígrafe se recogen, más allá de los temas abordados en el epígrafe 2 anterior y como complemento de los mismos, las apor-

taciones del Consejo EPSSCO a la dimensión social de la UEM y a su profundización, con especial atención a la coordinación ex ante de las principales reformas en el ámbito de la política social, los regímenes de renta mínima en la eurozona, y la protección social de los cuidados de larga duración; además de sus reflexiones sobre la financiación de los sistemas de protección social en la UE y la promoción de la economía social; y la revisión del Comité de Protección Social.

4.1. La dimensión social de la UEM

El Consejo EPSSCO de 19.06.2014 procedió a un intercambio de opiniones en torno a la dimensión social de la UE y de la UEM, respecto de: el tipo de políticas más apropiadas para abordar mejor los retos sociales a los que se enfrentan los Estados miembros a causa de la crisis y del modo de asegurar que los beneficios de la recuperación en curso alcancen a cada uno de los ciudadanos europeos; el papel de las políticas sociales para alcanzar los principales objetivos de la UE, ante la revisión intermedia de la Estrategia Europa 2020 y si los regímenes de renta mínima bien diseñados mejorarían el funcionamiento del mercado de trabajo y de la economía; y de la manera de tratar estos regímenes en los Estados miembros dentro del programa de trabajo del Comité de Protección Social, en referencia a la dimensión social de la UEM, teniendo en cuenta las aportaciones de este Comité, que se recogen en los subepígrafos siguientes, y la nota de la Presidencia sobre el camino a seguir para el fortalecimiento y la mejora de la coordinación y de la implementación de la Estrategia Europa 2020 y de la dimensión social de la UE y de la UEM.

En la nota de la Presidencia, tras constatar la lenta recuperación desde el lanzamiento de la Estrategia Europa 2020, las presiones sufridas por sus componentes sociales a causa de la crisis, traducidas en los Estados miembros más afectados por ella en el empeoramiento en la desigualdad de las rentas, además de

en la existencia de un elevado porcentaje de hogares en los que ninguno de sus miembros tiene trabajo, lo que deriva en situaciones de pobreza y exclusión social, que representan un obstáculo para lograr los objetivos sociales de la UE, pone de manifiesto el aumento de las diferencias dentro de la Unión, especialmente en los Estados miembros del sur y de la periferia, donde desde 2010 el crecimiento de la renta disponible en los hogares está por detrás del crecimiento del PIB, al tiempo que se observa en la UE una trayectoria de alejamiento del objetivo de reducción de la pobreza, que alcanza niveles alarmantes en la infancia; y señala que la Estrategia Europa 2020 debería continuar aportando a los Estados miembros un marco adecuado para mejorar la capacidad de los sistemas de protección social para suavizar las diferencias sociales, actuando a través del Semestre Europeo, que puede hacer posible el desarrollo de herramientas apropiadas para afrontar eficazmente las distorsiones sociales, al tiempo que presta especial atención a los regímenes de renta mínima, como un instrumento de inserción social para mejorar la cohesión social, fundamental para alcanzar el objetivo de la lucha contra la pobreza y la exclusión social; y para terminar, hace referencia a las Conclusiones del Consejo Europeo de febrero de 2013 en el sentido de que abordar los retos de empleo y sociales a través de reformas estructurales es un asunto de interés colectivo para la UE y los Estados miembros, en los que las políticas de protección social aportan instrumentos poderosos para impulsar el desarrollo económico y social y al mandato al Comité de Protección Social para que elaborara informes sobre la dimensión social de la Estrategia Europa 2020 y sobre la coordinación ex ante de las principales reformas políticas de las que es responsable el Consejo EPSSCO, además de presentar otro informe con mensajes clave sobre una protección social adecuada para los cuidados de larga duración en una sociedad en proceso de envejecimiento; y a la petición de la presidencia para que el Comité elaborara un informe sobre los regímenes de renta mínima en la eurozona.

4.1.1. *La coordinación ex ante de las principales reformas en el ámbito de la política social*

El informe del Comité de Protección Social sobre la coordinación ex ante de las principales reformas en el ámbito de la política social, de 20.05.14, examinado en el Consejo EPSSCO de 18.06.2014, recoge la experiencia y el punto de vista de este Comité sobre la aplicación de la prueba de viabilidad de esta coordinación, desde la perspectiva de su importancia para la sostenibilidad de las finanzas públicas, considerando que la descoordinación de las políticas económicas puede generar desequilibrios macroeconómicos con repercusiones negativas en el ámbito social y en las perspectivas de crecimiento de la UEM, por lo que se considera de interés colectivo para la UE garantizar la aplicación por los Estados miembros de las reformas estructurales para abordar los retos sociales y de empleo; el resultado de los exámenes de los planes de reforma de la política social de algunos Estados miembros, referidos al sector de los cuidados de larga duración, al sistema de pensiones, a las rentas mínimas garantizadas, a las prestaciones por incapacidad para el trabajo, y a las medidas de apoyo al integración activa en situaciones de privación material severa; y a partir del resultado de la reunión informal de los ministros celebrada en Atenas, unas conclusiones sobre el potencial adicional de la discusión sobre los planes de reforma de la política social, en las que destaca: su utilidad para los Estados miembros que los han presentado, al permitirles beneficiarse de la experiencia de otros que hubieran realizado reformas similares en el pasado; la confrontación de sus opiniones sobre la forma de superar los obstáculos en aspectos clave de la reforma de los sistemas de protección social; la opinión sobre cómo mejorar el diseño político de las reformas y el trabajo para la aceptación de las opciones difíciles; y la necesidad de que la discusión ex ante de los planes de reforma de la política social continúen siendo voluntarios y formen parte del método abierto de coordinación.

En consecuencia, el Comité considera que sería necesario en el futuro aclarar más: los criterios de selección de las principales reformas para el examen ex ante a fin de mantener centrado el proceso; el modo en que las discusiones a escala de la UE pueden informar las que se realicen a escala nacional y cuál debería ser el grado de publicidad de éstas y el calendario para la presentación de las propuestas de política social en un estadio preparatorio que permita su examen para mejorar su elaboración, respetando las competencias de las instituciones nacionales y su calendario de toma de decisiones; y respecto de los potenciales efectos que pudieran afectar a otros Estados miembros subraya que pueden producirse después de la aplicación de las reformas o derivar de reformas no debatidas colectivamente en la UE y que pueden ser relevantes para los Estados miembros, sin que exista un modelo que permita detectar adecuadamente los potenciales efectos indirectos de las reformas de la política social; y concluye señalando que el examen de los planes de las principales reformas de política social ha probado ser un proceso útil que debe seguir desarrollándose, respetando la participación voluntaria y las competencias nacionales, teniendo en cuenta el trabajo de otros Comités, lo que lleva a promover más el desarrollo del análisis y la coordinación de la política social, al tiempo que tiene potencial para apoyar la dimensión social de la UEM, y que, dada la dificultad de detectar los efectos indirectos en las áreas de la política social, es necesario un mayor trabajo metodológico de la Comisión y del Comité, que se compromete a informar al Consejo periódicamente.

4.1.2. *Los regímenes de renta mínima en los Estados miembros de la eurozona*

Fruto de los debates celebrados durante la reunión informal de Ministros EPSSCO de abril 2014 sobre el papel de los regímenes de renta mínima en la recuperación económica y las políticas sociales y de la petición al Comité para trabajar sobre los regímenes de apoyo a

las rentas y de protección social, éste elaboró un informe sobre los regímenes de renta mínima en los Estados miembros de la eurozona, examinado en el Consejo EPSSCO de 18.06.2014, en el que se abordan: la evolución de las disposiciones sobre rentas mínimas, a partir del análisis de las respuestas de los Estados miembros al cuestionario sobre prestaciones sociales, incluidos estos regímenes, en los países de la eurozona, excepto Grecia e Italia; de sus características básicas; del diseño general de las prestaciones, condicionadas al examen de suficiencia de medios de subsistencia; de la duración del derecho a la percepción de rentas mínimas; y de su grado de intensidad y nivel; y los cambios recientes en las disposiciones sobre la renta mínima en la eurozona, centradas en el examen de los países que han realizado reformas en los dos últimos años, y en el informe sobre los cambios en el desarrollo de esta prestación en los restantes países, en los que se observa el aumento del número de beneficiarios y en el único caso en que han disminuido, un incremento del gasto; y se concluye: que el papel esencial de los regímenes de rentas mínimas y de asistencia social en el mantenimiento de niveles de subsistencia adecuados en momentos críticos de la vida, tras realizar las oportunas pruebas de suficiencia de medios para las personas y los hogares; y que la mayoría de los Estados miembros de la eurozona conservan sus disposiciones sobre esta prestación durante los últimos 24 meses para paliar las consecuencias de la crisis, normalmente por tiempo indefinido, siempre que se mantengan las condiciones de elegibilidad, así como que algunos han introducido mejoras, debido al empeoramiento de la situación social y al aumento de los desempleados sin derecho a prestaciones por desempleo.

Como anexo, el informe incluye la situación de las disposiciones sobre la renta mínima garantizada en los 18 países de la eurozona, relativas al nivel, la metodología para su determinación, su cuantía y la duración máxima de su percepción en la actualidad, comparada con la de julio de 2011.

4.1.3. *La protección social de los cuidados de larga duración en una sociedad envejecida*

A partir del informe conjunto del Comité de Protección Social y de la Comisión sobre la protección social adecuada de las necesidades de cuidados de larga duración en una sociedad envejecida, el Consejo EPSSCO de 18.06.2014, adoptó una serie de mensajes clave referidos a:

- la necesidad, por razones de equidad y de eficiencia, de la protección social frente al riesgo de cuidados de dependencia de larga duración;
- el amplio y extenso diferencial entre las necesidades y la oferta de cuidados de larga duración, que probablemente continuará desarrollándose ante los retos a afrontar, y cuya reducción requiere enfoques proactivos para contener el crecimiento de las necesidades y abordarlas de la forma más eficiente posible;
- los múltiples ejemplos de buenas prácticas proactivas a partir de una evaluación más sistemática de los trabajos y de la relación coste-eficacia que representan un mayor valor añadido; y el ámbito para la mejora del aprendizaje mutuo y para su conocimiento común, dada la diversidad de políticas de cuidados de larga duración;
- la consideración de la adecuada protección social frente a los cuidados de dependencia de larga duración como un aspecto principal de la igualdad de género en relación con las personas mayores y la edad para trabajar;
- la necesidad de clarificar más los objetivos comunes de una adecuada protección social frente a los cuidados de larga duración y de establecer el modo en que el apoyo de la UE a los esfuerzos de los Estados miembros respecto de estos

cuidados puede mejorarse mediante la colaboración de los Ministros de salud y de asuntos sociales

4.2. La profundización de la dimensión social de la UEM

Con ocasión del desayuno de trabajo de los Ministros de Empleo y Asuntos Sociales de la eurozona, celebrado al margen del Consejo EPSSCO de 5.10.2015, se produjo un cambio de impresiones sobre la profundización de la dimensión social de la UEM a la luz del Informe de los 5 presidentes para «Realizar la Unión Económica y Monetaria» de 22.06.2015, concretamente sobre: el posible acuerdo para realizar regularmente el seguimiento del desarrollo de las políticas social y de empleo específicas en la eurozona mediante una estructura de Ministros de Empleo y Asuntos Sociales de este área y, en caso afirmativo, en informar a las Cumbres del Euro sobre los retos de esta área relacionados con las políticas citadas y sobre la naturaleza política de tal contribución; si una reunión de estos ministros representaría un valor añadido para la elaboración del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento, del Informe sobre el Mecanismo de Alerta y del Informe Conjunto del Empleo y Social y de la Recomendación para el área del euro, y cuál debería ser su contribución; el modo de formalizar el proceso para aumentar la convergencia y los puntos de referencia que consideran más importantes; y sobre la forma de asegurar una vinculación fluida y transparente de los Estados miembros no pertenecientes a la eurozona, teniendo en cuenta argumentos políticos (las divergencias sociales en la UEM debilitarán la legitimidad política del proyecto de la Unión, podrían amenazar su proceso de construcción y socavar su estabilidad si los Estados miembros no comparten al menos la confianza mutua en sus modelos sociales, garantizan que sus mecanismos de protección social son adecuados y eficaces y se esfuerzan por aumentar la convergencia social) y funcionales (que justi-

fican la urgencia de un debate sobre la naturaleza y el alcance de la dimensión social que los Estados miembros querrían atribuir a la UEM, considerando que la crisis ha confirmado que estar en la unión monetaria implica la convergencia; y que sería razonable reclamar que la simetría necesaria para el funcionamiento fluido de la UEM requiera de un aumento de la convergencia social, pues de no haber una reflexión sobre los estándares comunes se haría presente el riesgo creciente de divergencia social en la UEM; y que, dado que la convergencia económica no lleva automáticamente al aumento de la convergencia social, para que ésta se produzca es necesario incluir en el proceso una coordinación apropiada de las políticas de empleo y social, por lo que el trabajo de los ministros de empleo y asuntos sociales de la eurozona puede ser el marco apropiado para su coordinación; y que para conseguir el resultado de la aplicación de una genuina dimensión social, una gobernanza reforzada debería realizar el seguimiento de esta dimensión, para lo que las Cumbres del Euro se presentan como la oportunidad para debatir sobre los retos a los que se enfrenta la UEM, a partir del trabajo dirigido por el Eurogrupo y por los ministros de empleo y asuntos sociales de la eurozona, en sus plataformas ministeriales respectivas, para alcanzar el objetivo de continuar la aplicación de las reformas estructurales para modernizar los sistemas de protección social y mejorar el funcionamiento de los mercados de trabajo, aunque también es fundamental que las políticas social y de empleo no queden reducidas a meras variables de ajuste), además de las propuestas contenidas en el informe de los 5 presidentes sobre la nueva estructura del Semestre Europeo, dividida en dos fases, europea y nacional, señalando que en ésta, a partir de 2017, el proceso de convergencia debería ser más vinculante, definiendo en la legislación de la UE estándares comunes de alto nivel, de modo que la convergencia significativa y constante debería ser una condición para acceder a un mecanismo de absorción de la crisis, a establecer en la eurozona antes de 2025.

4.3. La financiación de los sistemas de protección social en la UE

El Consejo EPSSCO, de 9.03.2015, refrendó los mensajes clave del informe del Comité de Protección Social y de la Comisión sobre los sistemas de protección social en la UE, en relación con las disposiciones sobre su financiación y la eficacia y la eficiencia de las asignaciones de recursos, de 5.11.2014, en respuesta a la petición del Consejo en las Conclusiones de 22.02 y 20 y 21.06.2013, para elaborar un informe sobre los sistemas de protección social, a propósito de la mejora de la eficiencia y la eficacia de las políticas de protección social y de gasto público, y de las Recomendaciones específicas por país 2013.

Del informe, que se ocupa de: las disposiciones sobre la protección social en la UE, revisando las fuentes de financiación en los Estados miembros; la estructura y las tendencias del gasto en protección social en la UE; y la evaluación de la eficacia y la eficiencia de los sistemas de protección social; y concluye destacando el papel fundamental de las políticas sociales en la reconstrucción y el mantenimiento de las bases para la competitividad, el crecimiento y el empleo, en la medida en que el capítulo del gasto en protección social de los presupuestos públicos es clave para el apoyo a una sólida recuperación socialmente coherente tras la crisis, considerando que sin la modernización de los sistemas de protección social será difícil alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020; se extraen los siguientes mensajes clave:

- la protección social es una parte integral del funcionamiento de las economías sociales de mercado con un alto nivel de inclusión y de empleo, que se traduce en la mayoría de los Estados miembros en niveles elevados de gasto social, con un promedio de casi el 30% del PIB en protección social, y los sistemas de protección social deben satisfacer en el futuro las necesidades de todos los grupos de edad;

- al imperativo de la consolidación de las finanzas públicas, resultado de la crisis, se añade la presión del envejecimiento de la población sobre los sistemas de protección social;
- para la recuperación es esencial el desarrollo de estrategias de reforma que ayuden a garantizar que el apoyo del crecimiento económico en sistemas de protección social adecuados y sostenibles, que puedan beneficiar a todas las personas y reducir sus necesidades de recurrir a la protección social a largo plazo;
- las modernas políticas de protección social deberían apoyar el desarrollo de cualificaciones y competencias clave para el crecimiento y la competitividad futuros en una sociedad basada en el conocimiento, por lo que el acceso adecuado a prestaciones y servicios asistenciales y un papel más relevante de la prevención y de las medidas de activación ayudará a mejorar, movilizar y mantener las potencialidades de la mano de obra; amplia base de datos apoyada en la evidencia, y debería tener en cuenta los procesos;
- la evaluación integral del funcionamiento de los sistemas de protección social necesita una multifuncionales que conducen a resultados sociales, lo que requiere un enfoque global, más allá de un indicador único y tener en cuenta los múltiples objetivos de las políticas de protección social y sus resultados;
- un enfoque comparativo puede ayudar a identificar los retos sociales a nivel macro, por lo que el foco de la supervisión debe trasladarse de los resultados específicos de la protección social a la evaluación de los potenciales intercambios entre las diferentes áreas de ésta, e introducirse un enfoque más integrado de las políticas fiscal, económica, so-

cial y de empleo; y podría complementar los instrumentos de supervisión social a escala de la UE, integrando las características clave de los sistemas de protección social nacionales en el marco de la supervisión social de la UE y en particular en el MEC, invitando al Comité de Protección Social a desarrollar respuestas concretas para tal integración;

- la evidencia del análisis comparativo europeo puede identificar el modo en que las disposiciones sobre gasto y financiación de la protección social pueden ser más eficaces, al aportar un amplio catálogo de enfoques diferentes para la provisión de protección social y representar una importante fuente de conocimiento compartido y de aprendizaje mutuo;
- la evaluación comparativa de los Estados miembros necesita desarrollarse a escala nacional y regional.

4.4. La promoción de la economía social

En las Conclusiones del Consejo sobre la promoción de la economía social como factor clave del desarrollo económico y social en Europa, adoptadas por el Consejo EPSSCO, de 7.12.2015, se destaca el papel de la economía social, con su amplia y rica variedad de formas organizativas, que combinan actividades económicas sostenibles con impacto social, adaptando los bienes y servicios a las necesidades, su importancia en la transformación y evolución de las sociedades, los sistemas de bienestar y las economías contemporáneas, su contribución a los objetivos clave de la UE, entre ellos la cohesión social, y su papel de garante del bienestar de las personas; el aumento en los últimos años de su visibilidad política como un sector que constituye un pilar importante para el empleo y la cohesión social en Europa; y la consideración de las empresas de economía social como un universo de

organizaciones basadas en la primacía de las personas sobre el capital, como vehículo para la cohesión social y económica en Europa, en cuanto ayudan a la construcción de una economía social de mercado plural y resiliente, actúan a favor del interés general, facilitan la inclusión social y promueven una economía social más sostenible, y su protagonismo como actores económicos cuyo objetivo principal es producir un impacto social positivo, empleando la mayor parte de sus beneficios para alcanzar sus objetivos sociales, antes que buscar aumentarlos para sus propietarios y accionistas, en un régimen de distribución limitada de los beneficios y de reinversión de las plusvalías para un mayor desarrollo de su actividad.

En base a estas reflexiones, el Consejo invita a los Estados miembros y a la Comisión a establecer, aplicar y desarrollar más estrategias y programas a escala europea, nacional, regional y/o local, para impulsar la economía social, el emprendimiento y la innovación social, mediante un diálogo constructivo entre las autoridades y las partes interesadas relevantes, respecto de: la concienciación, el reconocimiento y la educación, a través de la mejora de la visibilidad de la economía social; la innovación social; el marco regulatorio, a través del reconocimiento de marcos legales que permitan desencadenar el potencial de las empresas sociales y maximizar su impacto social positivo, el diseño de incentivos para apoyar el desarrollo de estas empresas en cada etapa de su ciclo de vida, y su cooperación con las empresas tradicionales, y fomentar en éstas el desarrollo de iniciativas de emprendimiento social; y el acceso a la financiación, mediante el análisis de los instrumentos financieros más apropiados y su difusión para establecer un ecosistema financiero que permita el desarrollo y el crecimiento de las empresas de economía social; a la Comisión: a tener presente la economía social y las políticas de innovación e inversión social en la revisión de la Estrategia Europa 2020; apoyar el crecimiento de la economía social en Europa mediante la difusión de buenas prácticas y el intercambio de experiencias, incluidos los planes de acción

nacionales de apoyo a la economía social, entre los Estados miembros; apoyar la economía social ante las autoridades nacionales y locales en los países con tasas de desempleo elevadas; y apoyar propuestas concretas para la revisión entre iguales de las medidas y políticas de emprendimiento social; y a las empresas de la economía social y a los emprendedores sociales a implicarse activamente en el desarrollo de las políticas y las estrategias en Europa para promover este sector de actividad, con iniciativas para desarrollar la concienciación y la visibilidad del sector así como la cooperación entre ellos, con las autoridades públicas y con otras partes interesadas, y a centrarse en los objetivos sociales, mejorando la representación de las mujeres y los jóvenes en su gobernanza.

4.5. La revisión del Comité de Protección Social

El Consejo EPSSCO de 9.03.2015 adoptó una orientación general sobre la Decisión del Consejo por la que se establece el Comité de Protección Social y se deroga la Decisión 2004/689/CE, aprobada el 11.05.2015 (DOUE, L 121, de 14.05.2015), que además del establecimiento del Comité regula: su cometido, (promover la cooperación entre los Estados miembros y con la Comisión sobre las políticas de protección social), y sus funciones, desglosando las tareas a desarrollar con este fin (supervisar la situación social y la evolución de las políticas de protección social en los Estados miembros y de la UE, y formular opiniones a petición del Consejo, la Comisión o por propia iniciativa, mediante la utilización del método abierto de coordinación; contribuir a todos los aspectos del Semestre Europeo y promover el intercambio de experiencias entre los Estados miembros y con la Comisión; cooperar con otros organismos y comités que se ocupan de cuestiones de política social y económica; adoptar el programa de trabajo anual; cooperar y consultar con los interlocutores sociales en la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el

Empleo; y contactar con las oenegés y con representantes de países candidatos); su composición; su funcionamiento, que incluye la posibilidad de reelección del presidente por una sola vez y por un periodo de 2 años para garantizar la continuidad adecuada en el proceso del Semestre Europeo, la creación de grupos de trabajo; el régimen transitorio de los miembros del Comité designados según la Decisión 2004/889/CE; y la derogación de esta Decisión a partir de la celebración de la primera reunión del Comité de acuerdo con la nueva Decisión, en un plazo de 4 meses desde su adopción.

5. LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRE

El Consejo EPSSCO ha continuado ocupándose de la igualdad de trato entre las personas sin distinción de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y del equilibrio de género en los consejos de administración de las empresas cotizadas en Bolsa, en el plano normativo; y en el no normativo, de la independencia económica de las mujeres, de la revisión de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing, de la conciliación entre el trabajo, la familia y la vida privada, el compromiso estratégico en materia de igualdad de género 2018-2020, la brecha de género en las pensiones y la igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones.

5.1. El principio de igualdad de trato entre las personas sin distinción de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual

El Consejo EPSSCO, en sus sesiones de 19.06 y 11.12.2014, y de 18.06 y 7.12.2015 ha seguido trabajando en la Directiva del Consejo sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, sin distinción de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Durante el primer semestre de 2014, continuó ocupándose del concepto de discriminación, el ámbito de aplicación material y a las acciones de discriminación positivas, a partir de las propuestas de compromiso de la Presidencia, constatándose el avance producido en la clarificación del concepto de discriminación y en la delimitación del ámbito material de aplicación, no obstante lo cual, prosiguieron los debates sobre: el ámbito material de aplicación general, dado el rechazo de algunos Estados miembros a incluir en él la protección social y la educación; las medidas de anticipación relacionadas con la accesibilidad para garantizar la igualdad de trato con las personas con discapacidad; el calendario de aplicación; la división de competencias entre la UE y los Estados miembros y el respeto del principio de subsidiariedad; y la seguridad jurídica del conjunto de la Directiva.

En el segundo semestre de 2014, a pesar de los avances realizados en cuestiones tales como el ámbito de aplicación de la Directiva y el concepto de accesibilidad y alojamiento razonable de las personas con discapacidad, en concreto, en los criterios para delimitar el concepto de «carga desproporcionada» para hacerla posible, y para tener en cuenta la frecuencia y la utilización de bienes y servicios, y la frecuencia y duración de las relaciones con los vendedores o proveedores de éstos; las medidas innovadoras para garantizar la accesibilidad de las infraestructuras y de las actividades culturales a las personas con discapacidad a propósito del diseño y la fabricación de bienes, de los servicios de transporte, de la exención de la aplicación cuando se utilicen estándares detallados de accesibilidad, y de la posible adopción de una ley de accesibilidad a partir de una propuesta de la Comisión; el calendario de aplicación de las garantías de la accesibilidad (5 años para los nuevos edificios, servicios de transporte e infraestructuras y 20 para los ya existentes a partir de la adopción de la Directiva), si bien la Comisión se manifestó a favor de un único período común; y las disposiciones sobre los informes para evaluar y supervisar la aplicación de la Directiva; se

concluyó que sería necesario explorar todas las soluciones que permitieran su adopción, entre ellas la cooperación reforzada, a lo que se opusieron los Estados miembros y la Comisión, invocando el principio de igualdad de trato; o realizar una nueva evaluación de impacto por parte de la Comisión respecto de las implicaciones financieras de la Directiva sobre la discapacidad, rechazada por algunas delegaciones y por la Comisión, al haberse llevado a cabo ya dos, la última por el Parlamento Europeo en febrero de 2014.

La Comisión, tras recordar que consideraba prioritaria esta Directiva para erradicar la discriminación de la UE, manifestó su extrañeza por las dificultades de algunos Estados miembros para aceptar el texto propuesto, dado que 26 de ellos habían firmado ya el Convenio sobre Discapacidad de la ONU, que recoge algunas de las cuestiones sobre la accesibilidad de las personas con discapacidad contenidas en ella, y solicitó la reconsideración de su posición para avanzar en la adopción de la Directiva.

En consecuencia, se acordó seguir debatiendo las cuestiones relativas al ámbito de aplicación, la división de competencias y la subsidiariedad, aquéllas en las que se requieren aclaraciones referidas al alojamiento, las TIC, la educación, la seguridad social, el transporte y el medio ambiente físico, las disposiciones sobre discapacidad, incluyendo la accesibilidad y la adaptación razonable para estas personas; el calendario de aplicación; la garantía de la seguridad jurídica de toda la Directiva; y su impacto financiero y práctico, especialmente en relación con las Pymes.

En el primer semestre de 2015, las propuestas de la Presidencia para aclarar las definiciones del ámbito de aplicación de la Directiva y la distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros, a propósito de la protección social y de la educación, fueron acogidas favorablemente por la Comisión y en general por los Estados miembros como avances en la dirección correcta, aunque necesitados de concreción en algunos detalles. Algunos

de ellos consideraron la redacción del concepto de discriminación en cuanto a la exención de cargas, cuotas o tarifas a determinados colectivos por razón de la edad, demasiado general. En relación con la aclaración de las disposiciones sobre la protección de los derechos y libertades de otras personas, incluyendo la libertad de expresión y de prensa, mientras unos Estados miembros consideraron la redacción actual demasiado amplia, otros señalaron que debería figurar en los considerandos y no en la parte dispositiva de la Directiva. Por tanto, al margen del resultado del cuestionario de la Presidencia para conocer con precisión la posición de los Estados miembros sobre el ámbito de aplicación de la Directiva, las cuestiones pendientes más importantes y el calendario para la aplicación de las disposiciones sobre la accesibilidad, se concluyó que habría que seguir trabajando en diferentes aspectos de las disposiciones sobre la discapacidad, como la accesibilidad y las condiciones para el alojamiento, el diseño y la fabricación de bienes, y la accesibilidad a los edificios nuevos y a los ya existentes, los servicios de transporte e infraestructuras; y sobre la división de competencias, la subsidiariedad y la seguridad jurídica de las obligaciones derivadas de la Directiva.

Durante el segundo semestre de 2015 prosiguió el debate sobre las disposiciones relativas al acceso a los bienes y servicios de las personas con discapacidad, concretamente sobre: la futura propuesta de un Acta sobre la accesibilidad, en preparación por la Comisión, que incluirá disposiciones detalladas para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a los bienes y servicios en el mercado interior; el logro de la mejora de la accesibilidad, que se debe conseguir de manera proporcionada; el principio del diseño universal, incluyendo la referencia a éste al tratar en los considerandos de la Directiva de la invitación a la investigación y el desarrollo de bienes y servicios y a su promoción al diseñar estándares y Directivas para garantizar así la accesibilidad de éstos; la exclusión de la aplicación de las disposiciones sobre accesibilidad y

adaptación razonable a las personas con discapacidad cuando la legislación de la Unión establezca estándares o especificidades más detallados; el calendario de aplicación de la Directiva respecto de las medidas necesarias para garantizar la suficiencia de viviendas para las personas con discapacidad, estableciendo un plazo de 5 años para las de nueva construcción y de 20 para las ya construidas, a cuyo propósito la Comisión subrayó la necesidad de establecer disposiciones diferentes para los inmuebles, servicios, transportes e infraestructuras nuevos y para los ya existentes, recordando que el establecimiento de planes a largo plazo para la aplicación progresiva de la Directiva era beneficioso para los Estados miembros, y la competencia del Consejo para decidir la duración de los plazos para la aplicación de ésta; y la situación particular de los lugares y edificios históricos, para cuya protección algunas delegaciones solicitaron que se recogiera expresamente la inaplicación de las exigencias de accesibilidad contenidas en la Directiva, y a su compatibilidad con la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, recordando que ésta no incluía el criterio de la carga desproporcionada, por lo que la accesibilidad debería tratar de alcanzarse siempre aunque fuera de forma gradual, otras cuestionaron la viabilidad de la aplicación del principio del diseño universal a los bienes, y un tercer grupo pidió alinear el texto dispositivo con la redacción del considerando referido a la promoción de la investigación y el desarrollo de bienes y servicios con diseño universal y a la promoción de éste; alguna manifestó que la no exigencia a los proveedores de viviendas de realizar o financiar las modificaciones estructurales necesarias en éstas para facilitar la accesibilidad a ellas, obligándoles a aceptarlas si su financiación no implicara una carga desproporcionada, era contraria a la Convención; una delegación señaló que la Convención no establecía fechas límite para su aplicación, por lo que la Directiva podría ser más flexible en este aspecto; mientras que la Comisión destacó la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE, a pesar de la ratificación de la Convención,

de modo que tan solo los principios básicos de ésta deberían ser respetados por la Directiva, cuyo ámbito de aplicación, disposiciones y procedimientos de aplicación no deberían ser copiados necesariamente, sin perjuicio de que en algunos aspectos la Directiva podría ir más allá de la Convención, como en la fijación del plazo de aplicación; y la importancia del criterio de la carga desproporcionada respecto de la accesibilidad, que aunque no figura en la Convención es un elemento importante de la Directiva, que se presenta equilibrada entre sus aspectos obligatorios (el plazo para su aplicación) y los elementos compensatorios (el concepto de carga desproporcionada y la idea de su aplicación progresiva).

Por ello, a pesar de los progresos realizados durante el segundo semestre de 2015, siguen quedando pendientes cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación de la Directiva, en cuanto a la inclusión en él de la protección social y la educación; la división de competencias y la subsidiariedad; y la seguridad jurídica de las obligaciones establecidas en la Directiva, por lo que se propuso continuar tratándolas en el siguiente semestre.

5.2. El equilibrio de género en los consejos de administración de las empresas cotizadas en Bolsa

El Consejo EPSSCO de 19.06 y 11.12.2014 y de 13.06 y 7.12.2015 prosiguió los trabajos para la adopción de la Directiva sobre la mejora del equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de empresas cotizadas en bolsa y medidas afines.

Durante el primer semestre de 2014, las propuestas de la Presidencia para mejorar la coherencia técnica del texto original, reordenando los considerandos y alineándolos mejor con el articulado, fueron acogidas favorablemente por las delegaciones, que reiteraron su acuerdo con su objetivo, aunque algunas manifestaron sus discrepancias sobre la mejor forma para conseguirlo, citando como posible

alternativa los ejemplos de la Directiva sobre divulgación de información no financiera y diversidad de grandes empresas y grupos empresariales y la Recomendación de la Comisión sobre la información de la calidad de la gobernanza corporativa, en las que se aplica el principio de «cumplimiento o explicación», que invita a las empresas a hacer públicos la composición de sus consejos, incluidas las cuestiones de diversidad de género, sin imposición de obligaciones legales, que la Comisión considera instrumentos complementarios y coherentes con el contenido de esta propuesta de Directiva, con disposiciones que pretenden ir más lejos.

En este contexto se examinaron: el progreso alcanzado respecto del equilibrio de género en los consejos de Administración, mediante la actualización de las estadísticas disponibles, incluidas en el Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres 2013; el intercambio de buenas prácticas; la exclusión de la obligación de alcanzar los objetivos de la Directiva a las empresas en las que los miembros del sexo subrepresentado no alcancen el 10% de sus trabajadores, ya que podría producir efectos de desincentivación para la contratación de las mujeres; el respeto del derecho de los accionistas para elegir a los candidatos para los puestos del consejo de administración; la exención de la aplicación de la Directiva a los Estados miembros que dispongan de otras medidas alternativas a las previstas en ella a nivel nacional, de modo que se considere que con éstas se alcanzarán el 1.01.2020 los objetivos perseguidos por la Directiva, lo que supone una flexibilización de las obligaciones que les afectan; y la concreción del número de miembros del consejo de administración que debería corresponder al sexo subrepresentado, en ningún caso inferior al 50% del total; y quedaron pendientes de acuerdo, entre otras, las cuestiones referidas a la base jurídica, a pesar del Informe del Servicio Jurídico del Consejo y de la opinión de la Comisión; el objetivo cuantitativo del 40% de directivos no ejecutivos o del 33% de directores ejecutivos y no ejecutivos del consejo de administración,

debido a los distintos puntos de partida existentes entre los Estados miembros; los requisitos procedimentales del proceso de selección de los candidatos; y el calendario de aplicación y de revisión de la Directiva.

Tras los debates celebrados durante el segundo semestre de 2014, teniendo en cuenta que un determinado número de Estados miembros no estaba dispuesto a adoptar una legislación de la UE que podría interferir con los sistemas nacionales vigentes, la Presidencia propuso una solución consistente en incorporar una cláusula de flexibilidad en el art. 4 b), titulada «suspensión de la aplicación del artículo relativo a los medios para alcanzar los objetivos de la participación equilibrada de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas en Bolsa», respecto de las condiciones que debían cumplir los Estados miembros que mantuvieran su sistema nacional, siempre que demostraran que éste era igual de eficaz que la Directiva y garantizara la representación equilibrada desde la perspectiva de género en los consejos de administración, considerando que se produce esta situación cuando la legislación nacional impone una cuota obligatoria del 30% de puestos directivos no ejecutivos o del 25% de todos los puestos directivos y aplica medidas coercitivas, efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento; cuando los miembros del sexo subrepresentado ocupan, al menos, el 30% de los puestos directivos no ejecutivos o el 25% de todos los puestos directivos; o cuando ocupan, al menos, el 25% de los puestos directivos no ejecutivos o el 20% de todos los puestos directivos en la fecha de finalización del plazo de transposición de la Directiva y el nivel de representación de las mujeres hubiera aumentado en 7,5 puntos porcentuales en los últimos 5 años antes de la fecha límite de aplicación de la Directiva), que podría ser prorrogada más allá de 2020 siempre que: la legislación nacional establezca una cuota rígida del 30% de los puestos directivos no ejecutivos o del 25% de todos los puestos directivos y medidas coercitivas, efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento de es-

tos objetivos obligatorios; o que los miembros del sexo subrepresentado alcancen, al menos, el 30% de los puestos directivos no ejecutivos o el 25% de todos los puestos directivos el 01.01.2020, lo que implica la eficacia de las medidas nacionales adoptadas.

Además, se revisó el calendario de aplicación de la Directiva, ampliando el período de transposición a tres años a partir de la fecha de adopción, estableciendo la obligación de las empresas de informar a las autoridades competentes anualmente a partir de la fecha límite fijada para la transposición, de los Estados miembros de informar a la Comisión un año después del final del período de transposición y posteriormente cada dos años, y de la Comisión de elaborar un informe específico sobre la aplicación de la cláusula de flexibilidad dos años después de finalizar el período de transposición.

Ante estas propuestas que, como en la ampliación del plazo de transposición, facilitarían que un mayor número de Estados miembros se pudiera beneficiar de la cláusula de flexibilidad, la Comisión apuntó que la fecha establecida para el logro de los objetivos cuantitativos de la Directiva, el 01.01.2020, no debería modificarse, recordando que los requisitos procesales para las empresas deberían ser los mismos a partir de la fecha límite de transposición, y en el caso de que se ampliara el período de transposición, se debería retrasar la fecha de expiración de la Directiva más allá del 31.12.2028.

A favor de la propuesta se manifestaron 15 Estados miembros, en contra 6, y 3 y la Comisión no se pronunciaron, destacando la posición de Alemania, siempre contraria, si bien elaboró un proyecto de ley nacional sobre la participación de las mujeres en los consejos de administración, fijando en el 30% la cuota de presencia femenina en las empresas cogestionadas y que cotizan en el índice DAX, mientras que en las demás empresas, aunque tengan cogestión o coticen en bolsa, no se establece ninguna cuota determinada, previendo para éstas la autorregulación a partir de 2015.

Al concluir los trabajos desarrollados durante el primer semestre de 2015, a partir de la propuesta de la Presidencia sobre las fechas de caducidad de la Directiva y de emisión de los informes de aplicación de la misma, retrasándolas respectivamente al 31.12.2029 y al 31.12.2022, así como sobre la fecha límite para alcanzar los objetivos cuantitativos de las personas del sexo subrepresentado en los puestos de directores no ejecutivos y de directores, en relación con el total de miembros de los consejos de administración al 31.12.2020; y a propósito de la aplicación de la cláusula de flexibilidad, matizada por la Comisión, en la medida en que fueron acogidas favorablemente por ésta y por la mayoría de los Estados miembros, el Consejo EPSSCO de 18.06.2015 constató la existencia de consenso generalizado para adoptar medidas de mejora del equilibrio entre mujeres y hombres en los consejos de administración, si bien mientras un buen número de Estados miembros apoyó la existencia de una norma europea, otros, invocando el principio de subsidiariedad, continuaron manifestándose a favor a la adopción de medidas nacionales o no vinculantes a escala europea. Por el contrario, la inclusión de un nuevo considerando, que subrayaba la naturaleza subsidiaria de la cláusula de suspensión, no fue aceptada por todos los Estados miembros ni por la Comisión, por lo que se concluyó que la cláusula de flexibilidad debería continuar debatiéndose.

Finalmente, a partir del texto de compromiso de la Presidencia, en el segundo semestre de 2015, se llegó a un acuerdo sobre una orientación general, apoyada por 15 Estados miembros, frente a la reserva de examen de 5, y la reserva de 8 a la propuesta original de la Comisión, en relación con: la cláusula de flexibilidad, según la cual se permite a los Estados miembros tratar de alcanzar los objetivos por los medios elegidos por ellos, dejando en suspenso los requisitos procedimentales establecidos por la Directiva, en la medida en la que se hubieran adoptado ya medidas realmente efectivas o se hubiera progresado en el logro de los objetivos cuantitativos fijados en ella,

abriendo al tiempo la posibilidad de que los Estados miembros puedan aprovechar esta causa en otros casos legítimos, cuando se demuestre la misma eficacia o un progreso suficiente en los resultados obtenidos a partir de las medidas nacionales; la aplicación del calendario y de la cláusula de suspensión, ampliando los plazos hasta el 31.12.2022 en el caso de la suspensión de la aplicación de los medios previstos en la Directiva para alcanzar sus objetivos, salvo cuando concurren ciertas condiciones, y si no se dieran éstas, hasta el 30.09.2023 para garantizar la aplicación de los procedimientos establecidos en ella; la realización del primer informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva antes del 31.12.2024 y la extensión de la vigencia de ésta hasta el 31.12.2031; la información de las empresas a la autoridad competente, sobre el logro de los objetivos de la Directiva, con la posibilidad de excluir de esta obligación a aquéllas con oficinas registradas en los Estados miembros que hubieran hecho uso de la cláusula de suspensión, siempre que la legislación nacional incluya la misma o similar obligación; la regla sobre el redondeo de los objetivos cuantitativos y el derecho a establecer objetivos separados para los representantes de los accionistas y para los trabajadores, reconociendo la posibilidad de que los Estados miembros establezcan por ley de forma separada objetivos cuantitativos para unos y para otros.

5.3. Las mujeres y la economía

El Consejo EPSSCO, de 19.06.2014, adoptó unas Conclusiones sobre la independencia económica de las mujeres en la perspectiva del trabajo a tiempo parcial y del autoempleo, en las que acogía favorablemente el informe del IEIG sobre «la revisión de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing en los Estados miembros de la UE: mujeres y economía», que evalúa el progreso realizado y aporta conclusiones y recomendaciones políticas, así como los 3 nuevos indicadores y sus correspondientes subindicadores, relativos a:

- Tasa de trabajo a tiempo completo equivalente para mujeres y hombres por grupos de edad (20-64, 15-24, 25-54, 55-64) (indicador n° 18), definida como «una unidad para medir de forma comparable las personas empleadas con independencia del número de horas de trabajo semanales que realicen, que se obtiene comparando el promedio del número de horas trabajadas por trabajador con el número promedio de horas trabajadas por un trabajador a tiempo completo»;
 - Porcentaje de empleo a tiempo parcial sobre el empleo total de mujeres y hombres por grupos de edad (20-64, 15-24, 25-54, 55-64) (indicador n° 19), que se calcula dividiendo el número de trabajadores a tiempo parcial entre el número total de personas empleadas mayores de 15 años que realizan trabajo remunerado, aunque solo sea una hora a la semana, durante la semana de referencia, o no hayan trabajado por ausencia temporal, y los subindicadores sobre: A. Porcentaje de trabajadoras a tiempo parcial respecto del total de trabajadores a tiempo parcial por grupos de edad (20-64, 15-24, 25-54, 55-64); B. i) Porcentaje de inactividad y de trabajo a tiempo parcial por responsabilidades familiares de mujeres y de hombres (20-64).ii) Porcentaje de trabajadores, hombres y mujeres, con contrato a tiempo parcial no voluntario o que desean aumentar su jornada de trabajo (20-64).iii) Porcentaje de trabajo a tiempo parcial no voluntario sobre el total del trabajo a tiempo parcial; C. Jornada ordinaria de trabajo semanal en el trabajo a tiempo parcial de mujeres y de hombres (20+); D. Diferencias por sectores y ocupaciones entre el trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial de mujeres y de hombres (20-64), E. Transición entre el trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo de mujeres y de hombres (20+).
 - Porcentaje de autoempleo respecto del empleo total de mujeres y de hombres por grupos de edad (20-64, 15-24, 25-54, 55-64) (indicador n° 20), y el subindicador sobre: A. Porcentajes de mujeres y de hombres trabajadores autónomos con y sin empleados (20-64).
- Las Conclusiones terminan formulando una invitación a los Estados miembros y a la Comisión, de acuerdo con sus respectivas competencias, para:
- apoyar las iniciativas para aumentar la concienciación sobre la importancia de la independencia económica de las mujeres para el crecimiento macroeconómico y la reducción de la pobreza;
 - continuar promoviendo la participación de las mujeres en el mercado de trabajo dentro de la Estrategia Europa 2020 utilizando los recursos de los fondos estructurales y de inversión;
 - incluir un pilar sobre la igualdad de género en el marco de la gobernanza de la Estrategia Europa 2020 basado en: una sección a incluir en cada proyecto de Informe Conjunto de Empleo, con información sobre los esfuerzos y los progresos de los Estados miembros para reducir las diferencias en el empleo por razón de género, a tener en cuenta al elaborar los mensajes clave de crecimiento y empleo del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento;
 - apoyar el equilibrio entre responsabilidades laborales y de vida, fomentando el reparto proporcional entre mujeres y hombres de las tareas domésticas proveyendo servicios de calidad de atención a la infancia y a las personas mayores, con horarios flexibles, la introducción y el desarrollo del permiso de paternidad y de los permisos parentales; y promoviendo una cultura que lleve a la conciliación de la vida laboral, familiar y privada, complementada

con incentivos financieros y programas de sensibilización para los empleadores, los interlocutores sociales y las instituciones públicas, incentivos para acuerdos sobre el trabajo flexible y la promoción del trabajo a tiempo parcial de calidad para reducir las diferencias en las retribuciones por razón de género y la falta de voluntariedad en el ejercicio de este tipo de trabajo;

- reducir la segregación por razón de género en la educación y el empleo, reformando los currículos educativos en relación con los estereotipos de género, fomentando opciones más amplias en la educación y el empleo para las mujeres y los hombres, y luchando contra la segregación en el empleo mediante disposiciones antidiscriminatorias;
- abordar, mediante campañas de concienciación y programas de formación y financiación, los estereotipos de género que afectan negativamente a las mujeres y a los hombres, en especial para promover la mayor participación de éstos en la atención a los niños y a otras personas dependientes y la plena e igual participación de las mujeres en la toma de decisiones;
- apoyar iniciativas para fomentar el emprendimiento de las mujeres mediante programas de tutoría, la creación de redes, incentivos financieros para la creación de empresas y garantizar su visibilidad;
- apoyar la evaluación del impacto de género de las reformas políticas, la recopilación de datos y la investigación, mediante: la mejora de la cantidad y la calidad de los datos desagregados por sexo y del apoyo a la investigación sobre aspectos relevantes de género, incluyendo la percepción del papel de las mujeres y los hombres en el mercado de trabajo y en las actividades domésticas, de las condiciones de trabajo

y de los factores que limitan las oportunidades en aquél; la continuidad en el seguimiento de las cuestiones sobre las mujeres y la economía en todas las áreas políticas relevantes en los Estados miembros y en la UE, y especialmente en la Estrategia Europa 2020; la revisión regular del progreso alcanzado en las áreas críticas identificadas en la Plataforma de Acción de Beijing y la consideración de su resultado para la elaboración del Informe anual de la Comisión sobre el progreso de la igualdad entre las mujeres y los hombres y el desarrollo futuro de indicadores, y la utilización efectiva de los datos existentes comparables en la UE, en colaboración con los servicios estadísticos nacionales y europeos, mejorando la eficiencia y utilizando plenamente el trabajo del IEIG para mejorar su recopilación, análisis y difusión en la UE.

También se invita a los Comités de Protección Social y de Empleo a que continúen realizando el seguimiento del progreso en la puesta en práctica de políticas para fomentar la independencia igual de las mujeres y de los hombres; aumentar la tasa de empleo y reducir el riesgo de pobreza y de exclusión social, en particular, de las mujeres.

5.4. La aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing

Tras reafirmar su compromiso con la promoción y el cumplimiento de todos los derechos humanos y la plena y efectiva aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing y del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo; y para intensificar acciones y medidas para la implementación total y rápida de la Declaración y de la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer y del documento elaborado en la 23 sesión especial de la Asamblea General de la ONU, en el contexto de la futura agenda global a partir de 2015, el Consejo EPSSCO

de 11.12.2014 adoptó unas Conclusiones del Consejo de la UE y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo sobre la revisión de la aplicación por los Estados miembros y las instituciones de la UE de la Plataforma de Acción de Beijing, en las que acoge favorablemente el Informe del IEIG «Beijing +20: IV Informe de revisión de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing en los Estados miembros de la UE», que presenta las tendencias principales, el progreso actual y los principales retos en materia de igualdad de género en la UE; toma nota del resultado de la Conferencia de Alto Nivel sobre «La igualdad de género en Europa; ¿negocio inconcluso?. Balance de 20 años de la Plataforma de Acción de Beijing», de 23 y 24.10.2014, en la que los ministros y las autoridades públicas de la UE responsables de la igualdad de género reiteraron su compromiso de aplicar total y eficazmente la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y de su supervisión; e invita:

- a los Estados miembros a: cumplir los compromisos del Pacto Europeo por la Igualdad de Género 2011-2020 y proseguir los objetivos de la Estrategia Europa 2020, a través de medidas concretas para promover la igualdad de género, incluyéndolas en los PNR; asistir a la Comisión en la preparación de estrategias y programas futuros relacionados con este tema, y utilizar de forma efectiva los programas y proyectos para combatir las desigualdades de género, especialmente los financiados por los fondos europeos estructurales y de inversión;
- a la Comisión a: desarrollar una nueva estrategia de igualdad de género después de 2015, vinculada a la Estrategia Europa 2020, que apoyará los objetivos de ésta, y que incluya políticas internas, externas y de cooperación al desarrollo, teniendo en cuenta los resultados de la implantación de la Estrategia para la Igualdad entre mujeres y hombres

2011-2015, alineada con la Agenda de la ONU post 2015; poner mayor énfasis en la igualdad de género en el marco de la gobernanza de la Estrategia Europa 2020, con una perspectiva transversal de la dimensión de género en todas las futuras estrategias políticas y programas de financiación de la UE; adoptar un informe anual sobre el desarrollo de la igualdad y la perspectiva de género en las áreas políticas de la UE y de los Estados miembros para maximizar su utilidad en el contexto del Semestre Europeo y en las sesiones de la Comisión de la ONU sobre la mujer; y continuar promoviendo e impulsando los intercambios de conocimientos entre los Estados miembros en todas las áreas críticas de interés identificadas en la Plataforma de Acción de Beijing, a través de un nuevo programa para el intercambio de buenas prácticas sobre igualdad de género, para facilitar el logro de los objetivos de ésta;

- a los Estados miembros y la Comisión a: garantizar que la igualdad de género, los derechos humanos y el empoderamiento de las mujeres y de las niñas sigue siendo una prioridad política, en el marco del diálogo político de alto nivel en la UE y se reflejen como objetivo autónomo en la próxima Agenda de la ONU después de 2015, incluyendo en ella la prevención y la eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas; fortalecer la eficacia de los organismos gubernamentales de igualdad de género, dotándolos de mandatos y poderes claramente definidos y de personal y recursos financieros adecuados y el compromiso político en la aplicación de la perspectiva transversal de género y sus estrategias, programas y proyectos; adoptar más medidas para afrontar los retos subsistentes en materia de igualdad de género (las diferencias en educación y formación, en el mercado de trabajo,

en el reparto de responsabilidades y atenciones familiares, en la retribución, en las pensiones y en la toma de decisiones), y combatir los estereotipos y normas que impiden la plena participación de las mujeres y los hombres en las diferentes áreas de la vida; aumentar los esfuerzos y la financiación de las medidas y estrategias existentes y nuevas para combatir todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas mediante la aplicación de una política integral, que incluya medidas de prevención, protección y sanción, y aborde las formas emergentes de violencia relacionadas con las nuevas tecnologías; considerar la firma, ratificación y aplicación del Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y Doméstica; impulsar la participación activa de los hombres y los jóvenes, y su compromiso con las políticas para lograr la igualdad de género en la UE y en los Estados miembros, y prestar mayor atención al impacto positivo de la igualdad de género para los hombres y para la sociedad en su conjunto, incluyendo el desarrollo de medidas para apoyar el reparto igual de las responsabilidades domésticas, formulando políticas para eliminar los estereotipos de género; fortalecer la cooperación activa con los actores de la sociedad civil y apoyar la participación de los interlocutores sociales y del sector privado y académico en la realización de la igualdad de género; colaborar en la consecución, aplicación y difusión de prioridades comunes, incluyendo las fijadas en el Pacto Europeo de Igualdad de Género 2011-2020, especialmente en el contexto de la preparación y aplicación de la estrategia futura de la UE en este ámbito; fortalecer el seguimiento y la revisión de los indicadores desarrollados para la revisión de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing y desarrollar nuevos indicadores, en par-

ticular, sobre derechos humanos de las mujeres; avanzar en la recogida, compilación, análisis y difusión de datos disponibles, comparables y oportunos desagregados por sexo y edad, utilizando fuentes de datos alternativas para mejorar la supervisión y el seguimiento de la Plataforma de Acción de Beijing, en colaboración con las oficinas estadísticas de la UE y nacionales y utilizando la capacidad y experiencia del IEIG; tomar en consideración los indicadores desarrollados para revisión de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing para fortalecer la perspectiva de género en los mecanismos de supervisión de las estrategias nacionales y de la UE; y garantizar la supervisión regular del avance y del aumento de la responsabilidad y reforzar la dimensión de género del Semestre Europeo.

5.5. La conciliación entre el trabajo, la familia y la vida privada

De manera más informal los Ministros trataron este tema en los almuerzos de los Consejos EPSSCO de 16.10.2014 y 7.12.2015, y en la Reunión informal de 16 y 17.07.2015.

En el primero de ellos, sobre los permisos parental y de maternidad como instrumentos para la conciliación entre el trabajo, la familia y la vida privada, a partir de los retos de la actual situación económica, con el fin de dar un nuevo impulso al proceso de negociación de la modificación de la Directiva 92/85/CEE, se trató del modo en que las disposiciones sobre permisos o licencias podrían apoyar mejor el equilibrio entre trabajo, familia y vida privada de las mujeres y los hombres, y sobre cuál debería ser la duración y la remuneración mínima adecuada del permiso de maternidad para equilibrar todos los intereses relevantes.

En el segundo, trataron de la conciliación entre trabajo, familia y vida privada y las acciones para abordar los retos para los padres

y los cuidadores, y más concretamente de las medidas relacionadas con la hoja de ruta adoptada por la Comisión en agosto de 2015 con el fin de modernizar y adaptar el marco legal y político actual del mercado de trabajo (atención a los niños, servicios para los cuidados de larga duración, permisos, acuerdos sobre organización flexible del trabajo para mujeres y hombres, y sistemas fiscales y de prestaciones que hagan atractivo el trabajo remunerado) para abordar los retos (subrepresentación de las mujeres en el mercado laboral a pesar de su creciente buena cualificación debido al impacto negativo en su empleo de sus responsabilidades parentales y de cuidados, menor retribución, mayor concentración en trabajos a tiempo parcial, interrupciones más frecuentes en la carrera profesional, que contribuyen a un mayor riesgo de pobreza y exclusión social, ausencia de acuerdos sobre permisos retribuidos e insuficiencia de incentivos para los padres) para lograr el equilibrio entre el trabajo y la vida de los padres y los cuidadores trabajadores, con especial incidencia sobre las mujeres, que tendrán un impacto más positivo sobre su participación en el mercado de trabajo, y en qué otras áreas deben centrarse las prioridades nacionales para lograr este objetivo; y qué otros instrumentos específicos consideran necesarios y efectivos para abordar de forma global los retos del equilibrio entre el trabajo y la vida.

El debate celebrado durante la Reunión informal de ministros de empleo, asuntos sociales e igualdad de género, de 16 y 17.07.2015 sobre los cambios en el mercado de trabajo: un reto para las mujeres y para los hombres, se centró en: los instrumentos aplicados o a aplicar para acelerar la redistribución en los papeles tradicionales entre mujeres y hombres; las medidas más importantes adoptadas para animar a los padres a disfrutar de los permisos familiares y/o a adoptar horarios u otra organización flexible del trabajo; el modo en que los poderes públicos podrían estimular los cambios en la cultura de las empresas para promover nuevos modelos de organización del trabajo para las mujeres y para los hombres,

y de cómo compartir las buenas prácticas aplicadas en los Estados miembros, a partir de la nota de la Presidencia, en la que se constata que el objetivo del 75% de tasa de empleo en la UE fijado para 2020 no podrá lograrse sin el aumento de la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y en puestos de responsabilidad, vinculado estrechamente al reparto de las responsabilidades familiares, y a la conciliación entre la vida privada y profesional, que afecta especialmente a las mujeres, que demandan mayor flexibilidad para llevar a cabo esta conciliación, y cuyos papeles y responsabilidades deben cambiar en el ámbito profesional, como en el ámbito privado, señala que la UE debe promover una serie de medidas (permisos familiares eficientes, organización y horario de trabajo flexible y sistemas fiscales y de prestaciones sociales neutros) que hagan el trabajo rentable para las mujeres y los hombres, que deben ser adaptadas a lo largo de la vida y tomar en consideración las necesidades de los hijos y de las personas mayores dependientes, con lo que podría alcanzarse el objetivo de la igualdad en el medio profesional; y considerando que un nuevo reparto de responsabilidades entre mujeres y hombres en la vida profesional y en la vida privada es una ocasión para tratar de la igualdad más allá de la perspectiva de la promoción de los derechos de las mujeres, por lo que es importante que la política de igualdad en interés de los hombres sea objeto de atención en el debate europeo, recordando que en la UE, la política de igualdad entre mujeres y hombres se concentra, como cuestión principal, en una mayor participación de las mujeres en el mercado de trabajo y en la toma de decisiones económicas y políticas; concluye que el carácter pluridimensional de este tema exige respuestas del lado de la política (trabajo y empleo, seguridad social, igualdad de oportunidades, fiscalidad), que debe crear las condiciones que permitan mejorar la conciliación entre la vida profesional y privada de las mujeres y los hombres y, en paralelo, favorecer cambios de mentalidad en las empresas respecto de los trabajadores varones que desean dedicar más tiempo a su vida privada, mientras que la sociedad debe

evolucionar abandonando los estereotipos y abrirse a nuevos modelos de vida.

5.6. La igualdad de género en 2016-2019 y las orientaciones estratégicas hasta 2020

El Consejo EPSSCO de 7.12.2015 procedió a un intercambio de puntos de vista sobre el compromiso estratégico en materia de igualdad de género 2016-2019 y sobre posibles acciones clave a aplicar dentro de las 5 áreas prioritarias que se señalan más adelante, a partir de la nota de la Presidencia, que anunciaba la publicación por la Comisión de una Comunicación, en la que establecería las áreas prioritarias y las acciones a desarrollar junto con el calendario y los indicadores, ya que el progreso de los últimos años, reflejado en el aumento de la tasa de empleo de las mujeres, y su creciente participación en la toma de decisiones, se había visto neutralizado por las desventajas que persisten en otras áreas, como el acceso a los recursos financieros a lo largo de la vida y la brecha salarial y en las pensiones, y la extensión de la violencia de género, por lo que podría concluirse que las mujeres continuaban haciendo frente a grandes desigualdades.

De esta forma, el compromiso estratégico de la Comisión, fundado en el Pacto Europeo para la Igualdad de Género 2011-2020 y en la Estrategia para la Igualdad de Mujeres y Hombres 2010-2015, reafirma las 5 áreas prioritarias de ésta (aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y la independencia económica igual; reducir las brechas por razón de género en materia salarial, de ingresos y pensiones, y luchar contra la pobreza de las mujeres; promover la igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones; combatir la violencia de género y proteger y apoyar a las víctimas; y promover la igualdad de género y los derechos de las mujeres en el mundo), y a partir de ellas define sus objetivos, para cuyo logro la Comisión continuará trabajando, e identifica las accio-

nes clave a desarrollar en los próximos años, con plazos claros, además de definir los indicadores por objetivos y para la supervisión, destacando la necesidad de integrar la perspectiva de igualdad de género en todas las políticas y programas de financiación de la UE.

Previamente, durante el almuerzo del Consejo EPSSCO de 18.06.2015 se celebró un debate sobre las orientaciones estratégicas hasta 2020 en materia de igualdad entre mujeres y hombres, concretamente sobre: qué tres prioridades principales debería abordar un documento sobre estrategia política para la igualdad entre mujeres y hombres a partir de 2015; la manera en que la política de igualdad de género podría contribuir mejor y más plenamente al logro de los objetivos principales de la Estrategia Europa 2020; y los instrumentos específicos necesarios en este ámbito con el marco de referencia de: la Estrategia para la Igualdad entre Mujeres y Hombres 2010-2015 y sus cinco áreas de acción prioritaria, otras cuestiones horizontales referidas a los roles de género, la legislación, la gobernanza y las herramientas para la igualdad entre mujeres y hombres, y la relación de acciones clave a adoptar por la Comisión en relación con todas ellas, cuyos resultados han quedado reflejados en los informes anuales de progreso realizados por ésta; el refrendo de esta Estrategia en las Conclusiones del Consejo de 6.12.2010, y en el Pacto Europeo para la Igualdad entre Mujeres y Hombres 2011-2020 de 8.03.2011, en las que se reafirmaba el compromiso de atender las ambiciones de la UE en materia de igualdad de género, cerrando las brechas en el empleo y la protección social, promoviendo un equilibrio mejor entre el trabajo y la vida de las mujeres y los hombres, y combatiendo todas las formas de violencia contra las mujeres, compromisos que se mantienen hasta 2020 frente a la Estrategia, que concluye el 31.12.2015; y la reflexión de la Comisión sobre qué hacer en los próximos 5 años, para lo que ha abierto un proceso de consulta en el que se incluye la cuestión de si debe aprobarse una nueva Estrategia para el período 2016-2020, su formato y contenido;

como continuación del Foro de la Igualdad de Género, del 20 y 21.04.2015, la carta suscrita por 21 ministros, solicitando que la política de igualdad de género continúe constituyendo un ámbito estratégico separado, subrayando la necesidad de una Estrategia Europea para la Igualdad entre Hombres y Mujeres, e instando a una gobernanza reforzada sobre esta materia, que continúe disfrutando de una situación prominente dentro de la UE durante los próximos 5 años y después de este período, y que la Comisión desempeñe un papel clave a través del desarrollo de una visión estratégica, clara, ambiciosa y continuada, por lo que también sus informes anuales sobre igualdad entre mujeres y hombres deberían continuar siendo documentos separados.

5.7. La igualdad de ingresos entre las mujeres y los hombres, y la brecha de género en las pensiones

En las Conclusiones del Consejo sobre oportunidades de ingresos justos para mujeres y hombres, cierre de la brecha de género en las pensiones, adoptadas en el Consejo EPSSCO, de 19.06.2015, se subraya: que la brecha de género en las pensiones es una cuestión general y con múltiples facetas que necesita ser situada en el contexto de otros esfuerzos políticos dirigidos a mejorar la igualdad de género, entre ellos los relativos al aumento de la tasa de empleo de las mujeres y la reducción de la brecha salarial, a combatir la segregación de género en la educación y en el empleo, a la mejora de la conciliación de trabajo, familia y vida privada, los derechos a pensiones de vejez, mitigando los efectos de las interrupciones de la carrera profesional y abordando la igualdad de género en la inclusión social, considerando el impacto del envejecimiento de la población y la migración; que la brecha de género promedio en las pensiones en la UE es del 38,5% aunque con diferencias enormes entre los Estados miembros y que las acciones a adoptar para abordar esta compleja cuestión variarán en consecuencia; que la brecha

de género de las pensiones ha recibido menos atención que la brecha de género salarial; que la brecha de género en la tasa de actividad, las horas de trabajo y la retribución puede tener un impacto directo en la brecha de género de las pensiones, por lo que deben tomarse medidas relativas a toda la vida laboral para la reducción de aquella, que también refleja el hecho de que la vida laboral de las mujeres se ve más afectada por sus responsabilidades familiares que la de los hombres, con interrupciones más frecuentes en su carrera profesional, que ésta y la progresión de sus ingresos son más limitadas y desarrollan con más frecuencia que los hombres trabajos a tiempo parcial; y que las mujeres se encuentran en situación de desventaja si las cotizaciones relacionadas con el empleo son el principal determinante del derecho de pensión, especialmente si faltan medidas para mitigar las situaciones descritas.

En base a estas consideraciones, el Consejo invita a los Estados miembros y a la Comisión, a:

- profundizar en la comprensión de la brecha de género en las pensiones mediante: la promoción de la investigación sobre sus causas (el acceso al trabajo y a la formación profesional; la segregación en la educación, que afecta a la elección de la carrera profesional, y en el empleo; el trabajo a tiempo parcial; la brecha salarial; las nuevas formas de empleo; la duración de la vida laboral; la desigual distribución de responsabilidades familiares entre las mujeres y los hombres; los estereotipos de género; el impacto de los sistemas tributarios y de prestaciones sobre los ingresos de las mujeres y los hombres en la vejez; y el papel de las políticas para conciliar trabajo, familia y vida privada), y sus efectos en ellas, teniendo en cuenta el envejecimiento de la población, las diferencias de género en cuanto a las condiciones de salud y la esperanza de vida, los cambios en las estructuras de

la familia y el aumento del número de hogares unipersonales, y en las estrategias efectivas para eliminarla;

- garantizar que el cierre de la brecha de género en las pensiones continúe en un lugar preferente en las agendas políticas de la UE y de los Estados miembros, mediante: el desarrollo de un indicador para su medida, junto con otros indicadores relevantes, incluido el de la brecha salarial por razón de género, y la implicación de todos los actores relevantes en su seguimiento, utilizando todas las herramientas y recursos disponibles; el estímulo a todos los actores relevantes para que aborden las causas de la brecha de género en las pensiones con medidas apropiadas; y el fortalecimiento del enfoque transversal de género durante toda la vida y en todas las áreas relevantes, incluidas las políticas demográficas y los sistemas de protección social y las políticas nacionales y de la UE para impulsar el crecimiento económico y la inclusión social; y a
- adoptar y continuar un conjunto integral de medidas para abordar todas las causas de la brecha de género en las pensiones, con un enfoque que incluya toda la vida y que combine medidas preventivas y paliativas que busquen garantizar resultados adecuados y neutros desde la perspectiva de género en la vejez para las mujeres y los hombres, referidas a: el aumento de la tasa de empleo de las mujeres, incluidas las de más edad, garantizando la calidad del empleo, la igualdad salarial, y el apoyo a la conciliación del trabajo, la familia y la vida privada, a través de acuerdos sobre jornadas de trabajo flexibles para mujeres y hombres, y la provisión de cuidados de calidad para los hijos y otras personas dependientes; los desincentivos financieros de los progenitores para participar en el trabajo remunerado incluido el fomento del reparto más igualitario de las acti-

vidades no remuneradas entre mujeres y hombres, así como una participación más igual en el mercado de trabajo, y el apoyo al tránsito de las mujeres del empleo a tiempo parcial a tiempo completo, y entre los permisos para atención de cuidados familiares y el empleo; la lucha contra la segregación de género en la educación y el empleo, incluida la promoción de la mujer en los puestos de toma de decisiones y su acceso a programas de aprendizaje continuo y a ámbitos científicos, tecnológicos, de ingeniería y matemáticas, y la lucha contra los estereotipos de género.

Invita a los Estados miembros a: abordar la brecha de género en las para los pensionistas actuales y futuros, promoviendo la independencia económica igual de las mujeres y los hombres, y ayudando a reducir la diferencia de género en la tasa de riesgo de pobreza en las personas mayores; promover medidas de protección social; eliminar los impactos negativos de las interrupciones de la carrera profesional derivados de la dedicación a atenciones familiares, del trabajo a tiempo parcial y de la baja progresión en los salarios sobre el derecho de las pensiones; abordar la situación de las mujeres con alta prevalencia del trabajo a tiempo parcial y relativamente baja progresión del salario en la medida en que puedan tener efectos negativos en los derechos de pensión; y promover la sensibilización sobre las desigualdades existentes por razón de género en el derecho a las pensiones, informando a las mujeres sobre las consecuencias de su elección de carrera profesional, y aportando datos actualizados sobre la brecha de género en las pensiones.

Invita a la Comisión a: tratar el problema de la brecha de género en las pensiones dentro de su nueva estrategia para la igualdad de género a partir de 2015 en los informes anuales sobre la igualdad entre mujeres y hombres, y en el marco de la gobernanza de la Estrategia Europa 2020, incluyendo el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y el proyecto de Informe Conjunto de Empleo; y organizar intercambios regulares de buenas prácticas en

relación con las medidas para cerrar la brecha de género en las pensiones.

5.8. La igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones

El Consejo EPSSCO, de 7.12.2015, adoptó unas Conclusiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones, en las que invita a los Estados miembros y a la Comisión a:

- continuar la supervisión del área de «Mujeres en el poder y en la toma de decisiones», utilizando los 20 indicadores recogidos en el anexo 1, incluidos 2 de los nuevos indicadores elaborados por el IEIG, desarrollándolos y mejorándolos; mejorar la recopilación, el análisis y la difusión a escala nacional y de la UE, de datos actualizados regularmente, integrados, comparables y fiables sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones, en colaboración con las oficinas estadísticas nacionales y de la UE y con el IEIG, con especial atención a los ámbitos (investigación, medios de comunicación y deportes) en los que los datos armonizados y comparables no son suficientes; promover la investigación en materias relacionadas con este tema, incluidas las medidas para eliminar la brecha de género en la toma de decisiones, y sobre la participación de las mujeres en la toma de decisiones en los sectores citados, así como en el sector social y del voluntariado, incluidas las ONG y las organizaciones benéficas;
- revisar el progreso logrado en las áreas de la Plataforma de Acción de Beijing en las que se han desarrollado indicadores, y tenerlo en cuenta en el Informe Anual de la Comisión sobre el progreso en la igualdad entre mujeres y hombres; y elaborar indicadores para las áreas en las que todavía no se han desarrollado;
- intensificar los esfuerzos para promover la participación igual de las mujeres y de los hombres en la toma de decisiones a través de un enfoque que combine la perspectiva transversal de género y acciones específicas;
- adoptar, mantener e impulsar medidas para aumentar la participación de las mujeres en la toma de decisiones políticas, económicas y en otras áreas (universidad, ciencia, instituciones de investigación, medios de comunicación, deportes);
- considerar una amplia gama de medidas, legislativas y no legislativas, voluntarias y obligatorias, así como el intercambio de buenas prácticas para mejorar el equilibrio de género en los organismos decisorios en todas las áreas;
- combatir los estereotipos de género en todas las áreas políticas relevantes, a través de campañas de sensibilización, medidas educativas y acciones positivas;
- tomar medidas para eliminar obstáculos para la candidatura de las mujeres a puestos para la vida política y de más alto nivel en la toma de decisiones en las empresas y otras organizaciones públicas y privadas;
- adoptar las medidas apropiadas para impulsar un reparto más igualitario de las responsabilidades domésticas entre mujeres y hombres y acelerar el progreso en la conciliación entre el trabajo, la familia y la vida privada, con el objetivo de permitir a las mujeres y los hombres participar en igualdad de condiciones en el mercado de trabajo, la política y otros ámbitos de vida, así como garantizar que las interrupciones en la carrera profesional derivadas de la necesidad de asumir responsabilidades de esta naturaleza no impidan a

las mujeres y a los hombres con hijos y otras personas dependientes a su cargo progresar, garantizando la disponibilidad de servicios accesibles y asequibles de calidad de atención a la infancia y a las personas dependientes;

- apoyar un debate público sobre el equilibrio de género en la toma de decisiones, y promover el cambio institucional y cultural en las empresas y en las organizaciones públicas y privadas para garantizar que las mujeres y los hombres disfruten de iguales oportunidades para avanzar en los puestos de toma de decisiones a todos los niveles; y
- apoyar programas dirigidos a mejorar el equilibrio de género en la toma de decisiones iniciado en diferentes esferas por las ONG, los interlocutores sociales y las demás partes interesadas que trabajan en la igualdad de género.

También invita a los Estados miembros a: reconocer los beneficios de una representación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones políticas y promover el establecimiento de objetivos y calendarios ambiciosos en colaboración con los partidos políticos, respetando el papel de éstos, de acuerdo con las circunstancias nacionales; a los gobiernos, a los partidos políticos y a los parlamentos europeo y nacionales, a promover una representación más igual de las mujeres y los hombres en la esfera política, prestando

atención a su colocación en las listas de los partidos políticos, en las que figuren alternativamente hombres y mujeres, incluidas las de las elecciones al Parlamento Europeo, en el nombramiento de una nueva Comisión Europea, en 2019, y en los puestos de alto nivel en las instituciones de la UE; a los gobiernos, a los interlocutores sociales y a las empresas de los sectores público y privado, a establecer políticas de igualdad de oportunidades de gran alcance y objetivos y calendarios para desarrollar y aplicar medidas efectivas para garantizar la representación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones y el liderazgo; y a las empresas públicas y privadas y otras organizaciones, a continuar el desarrollo de una cultura corporativa más favorable a la igualdad, incluyendo acuerdos sobre el trabajo flexible y la transparencia en las prácticas de contratación y promoción, y fomentar la participación de la alta gestión en estos esfuerzos; y a la Comisión a: adoptar una nueva estrategia para la igualdad de género a partir de 2015, estrechamente vinculada a la Estrategia Europa 2020 y a tener en cuenta la Agenda de la ONU 2030 para el Desarrollo Sostenible; abordar la igualdad en la toma de decisiones en la estrategia citada y en sus informes anuales sobre la igualdad entre las mujeres y los hombres; y supervisar el progreso a escala de la UE y promover el intercambio de experiencias y buenas prácticas sobre las medidas para cerrar la brecha de género existente en la toma de decisiones.

La gobernanza económica de la Unión Europea. Informe 02/2017

Economic governance of the European Union. Report 02/2017

MARIA PROUS LORA*

El Consejo Económico y Social de España (en adelante CES o el Consejo) publica, desde el pasado año 2012, un informe anual dedicado al análisis de la «Gobernanza económica en la Unión Europea». El documento revisa las actuaciones y los avances económicos alcanzados por la Unión año tras año.

Este informe, el 2/2017, muestra el desarrollo económico europeo en un año marcado por numerosos problemas internos de los países miembros (brexit, refugiados y asilo...), un contexto político de incertidumbre y un bajo ritmo tanto de crecimiento como de inversión. Por ello, el texto trata de señalar los retos que persisten en los diferentes ámbitos de gobernanza económica de la Unión Europea (UE) para impulsar el crecimiento económico y un modelo sustentado en la solidaridad, la responsabilidad, la competitividad, la democracia y el bienestar social.

El informe consta de cuatro capítulos: «Contexto económico en la Unión Europea y medidas de política económica», «Estrategia de Integración política y económica a largo plazo», «Principales retos para la gobernanza económica de la Unión Europea» y «Conclusiones y Propuestas». A lo largo de este comentario se resumirán los tres primeros capítulos incluyendo, en cada uno de ellos, las conclusiones y propuestas del CES a los mismos.

El primer capítulo «Contexto económico en la Unión Europea» nos muestra cómo desde la publicación por parte del CES del último informe de gobernanza económica de la UE, la economía comunitaria ha entrado en una etapa de crecimiento moderado pero estable y cómo, por primera vez desde el inicio de la crisis, se prevé que las economías de todos y cada uno de los Estados miembros crezcan tanto en 2016 como en 2017 y 2018.

Según ha reflejado la Comisión Europea en el documento *«Previsiones económicas europeas invierno 2017»*, la UE en su

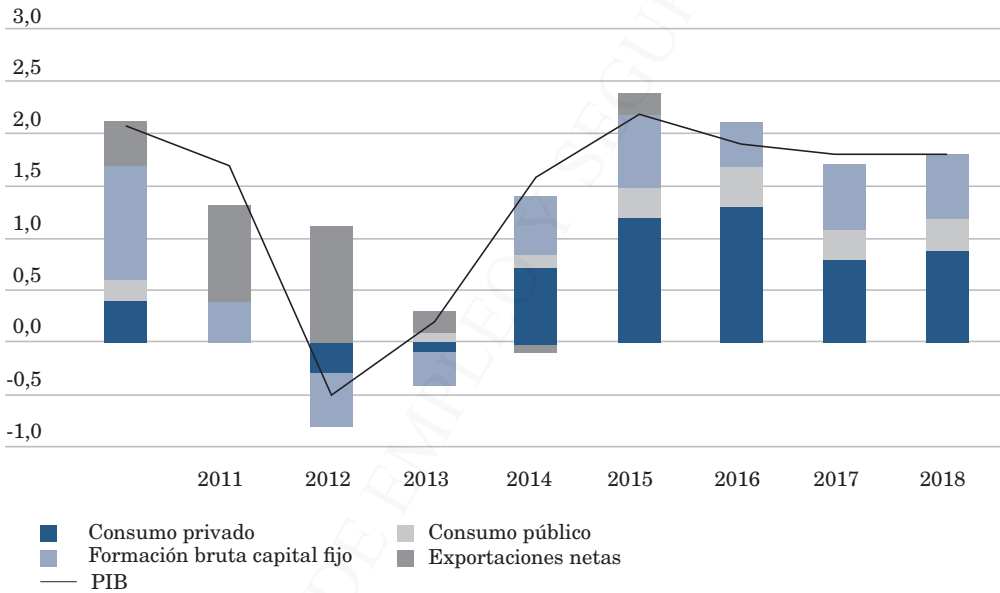
* Abogada. Departamento laboral Roca Junyent.

conjunto registró un crecimiento medio del PIB de un 1,9% en 2016. Este crecimiento se ha sustentado principalmente en la demanda interna y, en particular, en el consumo privado que ha venido determinado por un lado, por un crecimiento de la renta real disponible en los hogares gracias a la mejora del mercado de trabajo, por otro, por el impacto del moderado crecimiento del IPC sobre la capacidad adquisitiva y, por último, por los bajos tipos de interés y la mejora de las condiciones crediticias. Esta misma tendencia se observa en la

zona euro cuyo PIB creció un 1,7% en el pasado año.

Sin embargo, el crecimiento de los distintos Estados miembros ha sido muy dispar: algunos países han experimentado incrementos por encima de un 4% del PIB (Rumanía, Irlanda o Malta) mientras que otros que no superaron el 1% (Grecia o Italia). España avanzó en 2016 a un ritmo del 3,2%.

El informe nos ofrece un gráfico sobre el crecimiento del PIB y sus estimaciones en los años 2010 a 2018:



* Los datos para el periodo 2016-2018 son previsiones.
Fuente: Comisión Europea, *Previsiones de invierno 2017*.

Como puede apreciarse en el gráfico, el consumo público también ha aumentado su contribución al crecimiento del PIB de la UE reflejando avances en Alemania, Francia, Italia y Países Bajos. Sin embargo, y aunque su contribución al crecimiento del PIB es positiva, el avance de la demanda de inversión continúa siendo moderado en la zona euro y, en el caso de la Unión Europea, incluso ralentiza su crecimiento. El descenso de la exportaciones netas, el moderado crecimiento de la

demanda interna y las elevadas incertidumbres relacionadas con el contexto económico y geopolítico, tanto comunitario como mundial (que afectan negativamente a las expectativas empresariales) explican el escaso empuje de la formación bruta de capital en la Unión Europea; y ello, a pesar de, como ya se ha indicado, la mejora en las condiciones de financiación. Por todo ello, ya el año pasado se reveló una pérdida de impulso de la demanda de inversión.

Indicado lo anterior, las previsiones para 2017 apuntan al mantenimiento de las tasas de crecimiento en niveles algo inferiores a los de 2016, de modo que la UE crecería un 1,8% y la zona euro un 1,6%. Sin embargo, la propia Comisión Europea ha manifestado que existe una elevada incertidumbre en torno a cualquier tipo de previsión, dado que resulta difícil pronosticar los efectos económicos que puedan tener los cambios de gobierno en determinados países, especialmente en Estados Unidos, y principalmente sobre los que provoquen las negociaciones alrededor de la anunciada salida del Reino Unido de la UE; dificultando, todo ello, la toma de decisiones de inversión por parte de los agentes económicos europeos.

Ante este panorama, y teniendo en cuenta que problemas derivados de la crisis como el desempleo o el elevado endeudamiento aún siguen persistiendo en muchos de los Estados miembros, la Comisión ha planteado el objetivo de lograr una «*recuperación más firme e integradora*» estimulando la inversión, manteniendo las reformas estructurales y garantizando unas políticas presupuestarias responsables que, en el caso de la zona euro, se traduce, en términos generales, en una orientación menos restrictiva de la política fiscal. Asimismo, respecto a la zona euro, se insiste en la necesidad de acelerar la integración política y económica de la Unión Económica y Monetaria (UEM).

En primer lugar, centrándonos en la **política fiscal** y ante el agotamiento de los efectos que la expansión monetaria ha tenido sobre la demanda agregada, la Comisión está planteando en estos últimos tiempos una política fiscal expansiva de la UEM. La institución ha subrayado que el impulso fiscal que la zona euro necesita podría situarse alrededor del 0,5 por 100, es decir, dentro de la horquilla del 0,3 y del 0,8 por 100 de PIB, de manera que permita compatibilizar la estabilidad presupuestaria con la necesidad de reducir el exceso de capacidad y cerrar la brecha de producción de la zona euro. Además, la Comisión también considera que la caída de los gastos asociados al servicio de la deuda, dado el contexto

de descenso de los tipos de interés, otorgan un margen adicional para llevar a cabo esta expansión.

Sin embargo, y dejando a un lado los posibles cambios en la estructuras de los ingresos fiscales y/o en la orientación de los gastos, existe un gran margen de mejora en la gobernanza fiscal de los Estados miembros en el sentido de que se promuevan evaluaciones sobre la eficiencia del gasto público para conseguir que esté orientado hacia la potenciación de un crecimiento económico sostenible y creador de empleo. En relación con lo anterior, el informe 2/2017 del CES considera que el despliegue de una política fiscal menos restrictiva afectaría positivamente al crecimiento potencial de la Eurozona, siempre que se orientase hacia una mayor inversión productiva en general y, en particular, de la inversión en capital humano, en I+D+i y en tecnología eficiente desde el punto de vista energético y medioambiental, lo que favorecería el crecimiento de la productividad, con los consiguientes efectos en el largo plazo.

A pesar de lo indicado, el CES valora positivamente que la Comisión plantee una orientación menos restrictiva de la política fiscal. Sin embargo, el Consejo considera que algunos instrumentos europeos como el «Semestre Europeo» y las normas del «Programa de Estabilidad y Crecimiento» (diseñados para resolver los problemas de déficit y deuda en determinados países miembros) resultan ineficaces a la hora de promover una expansión presupuestaria en los países donde existe margen para ello.

Por otra parte, y en relación con el Fondo Europeo de Inversiones Europeas (Plan Juncker) –creado como respuesta a la crisis de demanda de inversión en la UE– el CES concluye que aunque ha tenido una serie de logros, y así lo refleja el último informe de la Comisión, lo cierto es que estos solo han sido analizados en términos de eficacia y eficiencia sin que haya existido una evaluación de los efectos reales de la inversión inducida en términos de crecimiento y empleo. Pero es

que además, existe gran preocupación en el Consejo sobre el reparto desigual de los fondos a favor de aquellos países con una mejor estructura técnica para tramitar las ayudas y con unas finanzas más saneadas. Por tanto, entiende que debe matizarse el optimismo alrededor de los buenos resultados del Plan dado que, por ejemplo en España, el programa dedicado al pequeño tejido empresarial no ha incidido de manera sustancial dados los problemas con los que cuentan las pymes en nuestro país para acceder a financiación ajena. Por su parte, la Comisión Europea también se ha hecho eco del problema sobre la capacidad financiera en los Estados miembros y ha propuesto una ampliación del Plan en la que se combine el Fondo Europeo de Inversiones Estratégicas con otras fuentes de financiación comunitaria. Esta cofinanciación otorgaría a las inversiones del Plan Juncker una mayor orientación hacia consideraciones de índoles social, medioambiental o de cohesión territorial.

Por último, en cuanto a política fiscal, durante el año 2016 ha habido otros avances como el «Plan de Acción del IVA», que pretende avanzar hacia un espacio único de IVA en la UE; la aprobación de la Directiva 2016/1164 que establece normas contra la elusión fiscal y la presentación de una propuesta de Directiva relativa a una base común para el impuesto de sociedades.

En relación con el análisis de la **política monetaria**, el informe explica cómo durante el año 2016, como en años anteriores, el Banco Central Europeo (BCE) ha mantenido el tono expansivo de la política monetaria con tipos de interés muy bajos y programas de compras de activos. Así, en el mes de marzo de 2016 se adoptaron una serie de políticas que incluían tanto la reducción de los tipos de interés (situando el tipo de interés de la facilidad de depósito en valor negativo) como algunos cambios en el programa de compra de activos que se puso en marcha en el año 2014 y que fue ampliado en 2015 con la compra de activos públicos.

Centrándose en el programa de compra de activos, el documento hace hincapié en cómo desde su puesta en marcha este ha supuesto una cuantiosa inyección de liquidez en el sistema financiero, resultando una medida sustancial para poyar la recuperación económica y restaurar la confianza en la zona euro. No obstante, aunque el impacto inicial del programa fue positivo, su eficacia es limitada, lo que plantea dudas de su continuidad en el tiempo. En relación con lo anterior, el BCE ha transmitido su inquietud sobre la efectividad de esta política monetaria no convencional al hacer referencia a que la política monetaria por sí sola no es suficiente, reclamando la necesidad de que, por un lado, la política fiscal apoye con una acción decidida la recuperación económica y, por otro, que se agilicen las políticas estructurales y, en particular, las medidas destinadas a aumentar la productividad y el empleo y mejorar el entorno empresarial.

Además de todo lo anterior, en 2016 también se anunció la puesta en marcha de cuatro nuevas operaciones de financiación a largo plazo con un objetivo específico: reforzar la orientación acomodaticia de la política monetaria del BCE y mejorar la transmisión de la política monetaria, incentivando aún más la concesión de nuevos créditos bancarios a la economía real. Dichas operaciones comenzaron en junio de 2016 llevándose a cabo desde entonces trimestralmente hasta marzo de 2017.

Finalmente, y en cuanto a **otros ámbitos de política económica**, a lo largo de todo el pasado año la UE continuó desarrollando otras prioridades de política económica (más allá de las políticas de demanda) que al tener un carácter horizontal han resultado determinantes para lograr afianzar el crecimiento a medio y largo plazo. Estas políticas se han desarrollado en tres ámbitos: mercado interior, política energética y el mercado único digital. En concreto, analizándose los avances en el logro de un mercado interior destaca la presentación, a principios de 2017, del Paquete de

Servicios, los desarrollos relativos a la Unión de la Energía (relacionados con el impulso de la energía limpia) y, finalmente, los logros alcanzados en la consecución del mercado único digital. En relación a todos estos logros, el CES opina que los mismos deben acompañarse de un esfuerzo paralelo en la dimensión social de la estrategia.

El segundo capítulo del informe: «Estrategia de integración política y económica a largo plazo» toma como referencia el documento 1/2016 de «Análisis de la gobernanza económica de la Unión Europea» para explicar el avance hacia el objetivo de la integración política y económica a largo plazo en la UEM. En dicho informe se establecían cuatro pilares: marco financiero integrado, marco presupuestario integrado, marco integrado de política económica y social y legitimidad democrática y consolidación institucional que se analizan de nuevo este año 2017 para comprobar su evolución. La conclusión es que el avance ha sido más bien escaso.

En primer lugar, y en relación con el **marco financiero integrado**, si bien a lo largo de los últimos años se ha ido recuperando el grado de integración financiera desde los niveles mínimos en los que se encontraba en 2012, lo cierto es que se ha avanzado muy poco y que los mercados financieros en Europa siguen estando fragmentados.

En relación con lo anterior, la mejora de los últimos años se ha apoyado, fundamentalmente, en los avances en el proceso de Unión Bancaria que permitió la puesta en marcha en 2014 del Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y en 2015 del Mecanismo Único de Resolución (MUR), así como contar con código normativo único. Sin embargo, las cuestiones señaladas como «pendientes» en el informe del CES del año 2016 continúan, a día de hoy, en la misma situación con lo que el desarrollo en este último año ha sido muy insuficiente. Por todo ello, el objetivo de alcanzar la Unión Bancaria a mediados de 2017, parece difícil de alcanzar.

En concreto y relativo a la **Unión Bancaria**, la Comisión Europea ha resaltado la importancia de realizar cambios normativos y completar un programa de reforma instrumentando algunos elementos pendientes esenciales para reforzar la capacidad de los bancos de resistir a posibles turbulencias y adoptar nuevas medidas relativas a la reducción y el reparto de riesgos en el sector financiero. Todo ello con el BCE como supervisor único. Respecto de esta Unión Bancaria el CES considera que es necesario priorizar la supervisión preventiva, detectando los problemas en las entidades y aplicando medidas correctivas antes de que se materialicen.

Además de lo anterior, el pasado año también se constituyó el Fondo Único de Resolución. Lo anterior ha significado que a partir de enero de 2017 los fondos de resolución nacionales hayan quedado integrados en este Fondo europeo, que recibe desde entonces las correspondientes contribuciones de las entidades, y que se irán mutualizando progresivamente en un fondo común durante un periodo de transición de ocho años, hasta su constitución total. En este sentido, como ya se anticipó en la anterior edición del informe, el funcionamiento efectivo del Fondo depende de algunas cuestiones en las que no se ha logrado avanzar, como la definición de algún mecanismo común efectivo de protección presupuestaria, «backstop fiscal», en caso de una situación de extrema necesidad en la que los mecanismos disponibles no resulten suficientes. Este mecanismo se utilizaría solo como último recurso e implicaría una mutualización temporal del posible riesgo. Los Estados miembros han acordado la existencia del Fondo y se han comprometido de forma explícita a su creación, pero hasta el momento no han logrado avanzar en la definición y características del mismo. Tan solo se ha señalado que su utilización será neutral a medio plazo desde el punto de vista presupuestario, ya que las entidades devolverán los fondos públicos utilizados en forma de contribuciones adicionales posteriores al Fondo.

En cuanto a otro de los pilares de la Unión Bancaria, el Sistema Europeo de Garantía de Depósito, no se aprecia avance alguno, ya que la propuesta de un Plan de Acción por parte de la Comisión Europea en 2015 no ha logrado prosperar.

Sin embargo, en 2016 si se ha dado un fuerte impulso a la Unión del Mercado de Capitales cuyo objetivo es garantizar un acceso a la financiación más fácil para las empresas y apoyar la inversión en la economía real.

En abril de 2016 se hizo un balance de situación que puso de manifiesto el avance en algunas de las medidas planteadas, entre ellas, la propuesta legislativa sobre titulización o la relativa a la simplificación y modernización de las normas sobre el folleto informativo, la revisión sobre la legislación de los servicios financieros, o el lanzamiento de consultas públicas sobre reestructuración bancaria e insolvencias y la promoción del mercado de planes de pensiones.

Por su parte, en septiembre de 2016, la Comisión Europea presentó un Plan en el que manifestaba un impulso decidido en favor de la Unión del Mercado de Capitales que permitió desarrollar en su totalidad el Plan de Inversiones para Europa. En el citado Plan se contenían acciones (a cumplimentar antes de 2019) tales como la finalización de las primeras medidas acordadas en el Plan de acción de 2015 y sobre las que se había emitido ya propuesta de regulación (titulización, folletos...), el desarrollo de propuestas dirigidas a resolver ineficiencias en los marcos normativos nacionales sobre insolvencias y reestructuración de empresas viables, la armonización de los sistemas impositivos en algunos aspectos relacionados con la inversión, la movilización de fondos para financiar el Fondo Europeo de Inversiones Estratégicas, el desarrollo de mercados de pensiones personales y otros mercados de servicios financieros al por menor, el fomento de inversiones en proyectos sostenibles a través del desarrollo de una estrategia europea de financiación sostenible, potenciar la innovación en el sector financiero y reforzar el papel de los mercados de capitales.

En segundo término, y en relación con el **marco presupuestario integrado**, a lo largo del año 2016 tampoco se ha avanzado en este sentido, a pesar de que la falta de una unión fiscal constituye una de las principales deficiencias en el diseño de la UEM y una de las principales razones de la profundidad y persistencia de la crisis en Europa. Según el CES la unión fiscal de la zona euro debería sustentarse en dos grandes pilares: la integración presupuestaria federal y, como condición necesaria pero no suficiente, la disciplina presupuestaria de los Estados miembros.

El único desarrollo en este ámbito fue la puesta en marcha del Consejo Fiscal Europeo Independiente cuyas principales funciones son: proporcionar a la Comisión una evaluación independiente sobre la aplicación del marco fiscal de la Unión (incluyendo la consistencia horizontal de las decisiones y los casos de grave incumplimiento de las reglas fiscales), hacer sugerencias sobre el desarrollo futuro del marco fiscal, asesorar a la Comisión sobre la orientación fiscal adecuada de la Eurozona y la coherencia con la misma de los saldos fiscales nacionales y cooperar con las autoridades fiscales independientes nacionales. No obstante, el Consejo Fiscal Europeo Independiente, que cuenta con el apoyo de la red de Consejos Fiscales Independientes de los distintos Estados miembros, se ha creado con una escasa dotación de recursos humanos, por lo que dependerá de la información que le suministren tanto la Dirección General de Economía y Finanzas de la Comisión como los diferentes Ministerios de Hacienda, aspecto que, aunque no menoscaba su labor independiente, podría llegar a restarle eficacia.

En tercer lugar, en relación con el **marco integrado de la política económica y social**, tanto la UE como el CES han venido abogando en los últimos años por lograr un mayor grado de coordinación y convergencia de la política económica y social a fin de lograr una senda de crecimiento económico sostenible e inclusiva. Para ello, se han puesto en marcha medidas e iniciativas dirigidas a reducir las

diferencias en términos de competitividad y cohesión social que existen en el seno de la UEM: los Consejos Nacionales de Productividad.

Por otro lado, y en el ámbito de la política social europea, cabe destacar la puesta en marcha (en marzo de 2016) del proceso de consulta del Pilar Europeo de los Derechos Sociales, con el que la Comisión Europea pretende conformar un marco de referencia en el ámbito social y del empleo que sirva de base para orientar la convergencia «renovada» dentro de la zona del euro. El CES ha valorado positivamente la puesta en marcha del Pilar, si bien ha considerado que son muchas las cuestiones y dudas que plantea en términos de aplicación, evaluación y sobre el papel del ámbito social. A este respecto, el Consejo sigue considerando que debe reforzarse la coordinación de las políticas económicas y sociales y que estas vayan orientadas a profundizar en el mercado único y preservar el modelo social europeo.

En el ámbito de la coordinación de las políticas económicas y en cuanto a los desequilibrios externos, la Comisión constata que se han producido avances en los países que mantenían déficits o deuda exterior. Se considera que los déficits por cuenta corriente insostenibles han sido eliminados en casi todos los Estados miembros, mientras que los superávit por cuenta corriente excesivos siguen avanzando. Ante esta realidad, el CES considera que se pone de manifiesto el escaso efecto y el evidente tratamiento desigual que parecen tener las recomendaciones comunitarias realizadas en este ámbito de coordinación de políticas económicas.

Respecto a la corrección de los desequilibrios internos, se observa que el desapalancamiento de la deuda privada lleva un ritmo lento y desigual, a lo que tampoco contribuye el bajo crecimiento nominal de las economías. Trece de los veintiocho Estados miembros siguen en niveles considerados de desequilibrio excesivo. La lentitud del necesario proceso de desendeudamiento privado en algunos Estados miembros está afectando negativamente a

la inversión y, en consecuencia, al crecimiento. Esta situación, junto a la caída de la rentabilidad y el stock de deuda de difícil cobro, dificulta el relanzamiento del flujo del crédito hacia el sector privado por parte del sector bancario, sobre lo que influyen, además, unos nuevos requisitos regulatorios más exigentes, y ello, a pesar de la mejora casi generalizada de los ratios de capital.

En cuanto a la evolución de los desequilibrios sociales se observa que los mercados laborales continúan su recuperación en la mayor parte de los Estados miembros, pero persisten las dificultades sociales, principalmente en los países más afectados por la crisis financiera y la deuda. Doce de las veintiocho economías presentan tasas de desempleo superiores al 10%, destacando Grecia y España, las únicas donde la tasa supera el 20%.

Visto lo anterior, cabe recordar que los nuevos mecanismos de gobernanza económica planteados durante la crisis han venido provocando un efecto indirecto de reducción del papel de las organizaciones sindicales y empresariales en el ámbito europeo, en relación con el proceso de toma de decisiones. Esto ha dado lugar a la demanda, por parte de los interlocutores sociales, de fomentar una participación más activa de los mismos en la cooperación económica y en la gobernanza de la Unión Europea. Existe consenso entre los interlocutores sociales en afirmar que, a pesar de su mejora progresiva de su implicación en las etapas clave del proceso del Semestre Europeo resulta necesario reforzar aún más su plena participación tanto a nivel comunitario y, sobre todo, nacional. En este último plano, el refuerzo de su participación resulta indispensable en todo el proceso.

Por último, y en relación con la **legitimidad democrática y la consolidación institucional** también en este ámbito los avances han sido escasos desde la aprobación del anterior informe del CES. Únicamente se puede señalar que continúa el debate de la propuesta legislativa de la Comisión Europea referida al establecimiento de una representación uni-

ficada de la zona euro en el Fondo Monetario Internacional (FMI).

El tercer capítulo el Informe «Principales retos para la gobernanza económica de la Unión Europea» se subdivide en dos apartados: desafíos actuales para la construcción política e institucional y consecuencias del referéndum británico (*brexít*).

En cuanto a los desafíos a los que se enfrenta la Unión Europea, en el presente documento queda reflejado que continúan las contradicciones que ya aparecían en anteriores informes del CES en cuanto a la arquitectura institucional de la Unión Europea como consecuencia, principalmente, de la insuficiente construcción política e institucional. Las limitaciones están relacionadas principalmente con la existencia de un modelo de gobernanza comunitaria cuyo reflejo más visible es la dificultad a la que se enfrentan los Estados miembros a la hora de tomar decisiones de forma ágil, conjunta y resolutive para hacer frente a los retos que se les presentan.

Las disfunciones institucionales de la Unión Europea, que sobre todo la crisis puso de relieve, han generado, entre otros extremos, una cierta pérdida de legitimidad de las instituciones comunitarias, y la percepción por algunos sectores de un déficit democrático que pudiera suponer un riesgo para la viabilidad del proyecto europeo en sí mismo y que ha trascendido en la desafección de algunos ciudadanos sobre el funcionamiento actual de la Unión Europea. Estas circunstancias propician que la Unión Europea se enfrente a dificultades para tomar decisiones operativas e inmediatas ante situaciones acuciantes y que requieran de respuestas efectivas. De hecho, la Unión Europea se muestra desbordada y más cuando los problemas a resolver se presentan con una complejidad acrecentada por las diferentes posiciones de los Estados miembros.

Todo lo anterior supone una nueva crisis en la gobernanza de la Unión Europea que, principalmente, dificulta la toma de decisio-

nes conjuntas de relevancia dentro de la misma y que además retroalimenta las ya citadas deficiencias institucionales comunitarias, lo que resulta preocupante en el nuevo marco económico y político internacional/global en el que, cabe reiterar, la Unión no es percibida, por lo general, como un interlocutor único.

Así, se hace necesario impulsar una unión política, democrática y a la vez legítima, que sea algo más que una unión de normas para supervisar, entre otros extremos, el correcto funcionamiento de los mercados, el sistema financiero y los presupuestos. Debe apostarse por un grado de integración mayor y por un nuevo impulso refundacional en este año 2017 en el que se conmemora el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (que dieron origen a la UE) con la idea de un futuro común y próspero para los países europeos y para sus ciudadanos.

Ejemplo de los problemas a los que se enfrenta la Unión ha sido, este pasado año la llegada masiva de refugiados a la Unión Europea. Esta situación unida a la ineficacia del Sistema Europeo Común de Asilo ha dado pie a que muchos países europeos, en lugar de actuar de manera uniforme y coordinada, hayan optado por actuar en función de sus respectivos intereses.

En otro orden de cosas, el 23 de junio de 2016, por primera vez en la historia de la Unión, los ciudadanos británicos decidieron la salida del país de la UE. Lo anterior supone un hecho histórico ya que cómo se desarrolle el proceso de salida y el acuerdo de relaciones futuras con la Unión Europea influirán, sin duda, en la configuración futura de esta.

Las consecuencias institucionales inmediatas para el Reino Unido fueron la rápida dimisión del primer ministro David Cameron y su sucesión por parte de la líder del partido conservador, Theresa May, que transmitió desde el inicio su compromiso con el resultado del referéndum en todos sus efectos. Theresa May anunció que activaría el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, por el cual

se notifica el inicio del proceso de retirada, a finales de marzo de 2017. En febrero, el Gobierno del Reino Unido presentó el Libro Blanco para la salida, que recoge los elementos clave de la misma y las prioridades para la negociación posterior con la Unión Europea. En el momento en que se active el artículo 50 se iniciará la negociación para la salida entre la Unión Europea y el Reino Unido, que se desarrollará en dos fases: la primera en la que se negociará el acuerdo de retirada y cuya duración máxima está establecida en principio en dos años, y una segunda, que puede desarrollarse en paralelo o en un momento posterior, en la que se negociará el acuerdo de relaciones futuras del Reino Unido con la Unión Europea. Al finalizar el periodo de dos años, con la firma o no del acuerdo, la retirada sería efectiva y a partir de ese momento el Reino Unido dejaría de ser miembro de la Unión Europea y se convertiría en un tercer Estado frente a la Unión, con todo lo que ello supone.

Desde el momento en que se dio a conocer el resultado del referéndum, la Unión Europea manifestó su preocupación e inquietud por la salida de uno de los Estados miembros que la

forman y las consecuencias que pudiera tener para el conjunto de Europa.

En cualquier caso, el proceso será largo y complejo tanto en la fase de desconexión que exigirá revisar el conjunto de políticas comunitarias y su efecto en las relaciones con el Reino Unido como aún más en la negociación del acuerdo futuro. En ambos casos, será necesario que las negociaciones se desarrollen en un marco de transparencia y reciprocidad con el objetivo de reducir la incertidumbre tanto a medio como a largo plazo, durante los años que se desarrolle el proceso de negociación.

En todo caso, en la fase de negociación deberán prevalecer el pragmatismo con el fin de no alargar el proceso en exceso ni provocar conflictos innecesarios que dificulten alcanzar un acuerdo.

A modo de conclusión, y a la luz del Informe 2/2017 el CES considera prioritario avanzar en la gobernanza económica de la Unión Europea. Para ello insta a las instituciones comunitarias a que desarrollen iniciativas y programas que mejoren la gobernanza y que supongan el desarrollo de un proyecto de futuro para la Unión Europea.

La brecha salarial de género en la Unión Europea: principales estrategias adoptadas para su eliminación desde una perspectiva comparada

The gender pay gap in the European Union: comparative analysis of the main strategies implemented to remove it

RAQUEL VELA DÍAZ*

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL DESIGUAL VALOR DEL TRABAJO DE LA MUJER

Es incuestionable la especial relevancia atribuida al trabajo para la construcción del modelo de ciudadanía propio del constitucionalismo social, consolidado en Europa tras la Segunda Guerra Mundial. El afianzamiento de la orientación social del Estado ha significado la atribución al trabajo de un valor social y político de primaria importancia, pues a través del mismo, el sujeto no sólo consigue los medios económicos necesarios para lograr condiciones materiales de existencia libre y digna, sino que participa, individual y colectivamente en la construcción del orden económico, social y político¹. Por ello, el empleo, su distribución y reparto ha sido uno de los ejes principales sobre los que a lo largo del siglo XX el Estado social ha desarrollado una parte importante de sus políticas públicas.

Pero históricamente, el tratamiento diferenciado entre mujeres y hombres en el ámbito del trabajo asalariado aparece desde los primeros tiempos de la industrialización. Ya desde los propios orígenes de la legislación social, de manera casi generalizada en diferentes países europeos, el tratamiento diferenciado por razón de sexo comenzó a permitir la exclusión de la mujer de ciertas actividades productivas, no sólo por la posible peligrosidad o penosidad asociada a las mismas, sino también de otras actividades que implicaban capacidad de decisión, de gestión o de uso de autoridad, lo que ha derivado en una menor consideración social del trabajo de la mujer y en salarios diferentes e inferiores para la mujer. En este sentido y a modo de ejemplo, en España en el año 1970 las diferencias salariales no sólo estaban consentidas, sino que estaban reguladas. En el sector textil existían unas ordenanzas laborales que establecían que las mujeres que realizaran las «funciones propias del varón», recibirían un 70% del sueldo estipulado para la categoría que se tratase.

Por tanto, desde un punto de vista histórico se produjo una estructuración del mundo del trabajo que ha conducido a la reserva para los hombres de los empleos más importantes o lucrativos, mientras que, como contrapartida, se ha venido reforzando la institución familiar y asignando a la mujer principalmente la función de

* Profesora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén. Acreditada profesora contratada doctora por la ANECA.

¹ CASTELLI, N.: «Mujeres inmigrantes y trabajo: la problemática laboral», en AA.VV., DE PAZ Martín, J. (Coord.): *Estudios sobre género y extranjería*, Bomarzo, Albacete, 2011, pag. 95.

contribuir al mantenimiento de la clase obrera mediante su trabajo doméstico y no remunerado. Así pues, el modelo del trabajo asalariado ha venido siendo masculino, y ni siquiera el fenómeno social producido en los últimos años tras la masiva irrupción de las mujeres en el mercado laboral ha cambiado esa característica². Partimos de que nuestro Estado de Bienestar se originó asimilando esa asimetría de la ciudadanía en materia de empleo, que asignaba unos roles bien definidos para hombres y mujeres. Es lo que se ha conocido como el modelo «breadwinner», en el que el rol del hombre es ganar el pan para la familia, considerándose así el trabajo asalariado como un trabajo propiamente masculino³.

En el ámbito de las relaciones de trabajo por cuenta ajena, la construcción social de género ha dado lugar a una importante segmentación en el mercado de trabajo, que ha supuesto diferentes condiciones de trabajo para mujeres y hombres y que hoy día sigue incidiendo en la feminización o masculinización de determinados oficios o empleos, en la desigualdad de retribución en diversos sectores productivos, en las preferencias en la elección de modalidades de jornada, en las expectativas de promoción profesional, en la composición de las jerarquías laborales, e, incluso, en la desigual aceptación de los compromisos políticos y sindicales⁴.

Sabemos que se produce un punto de inflexión que supone una creciente e imparable incorporación de la mujer al mercado de trabajo, así como a los estudios universitarios y a la formación profesional. Pero ésta incorporación generalizada de la mujer en el mercado de trabajo se ha realizado sin que todavía hayamos sido capaces de modificar por completo un sistema social que se ha ido heredando a lo largo

de la historia. En definitiva, en el mercado de trabajo se reproducen unos esquemas sociales tradicionales que han generado unas consecuencias nefastas, es decir, se ha perpetuado en el tiempo una mayor precariedad laboral femenina que se ha concretado en un mayor nivel de desempleo, mayor tasa de temporalidad y parcialidad, menor salario, dificultades de promoción profesional, etc. Todos estos factores implican para la mujer una pobreza relativa mayor que la de los hombres, tanto en la edad activa como en la edad pasiva.

2. BREVE REFERENCIA AL RECONOCIMIENTO DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA RETRIBUTIVA EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES Y COMUNITARIOS

Desde hace ya décadas, el reconocimiento de la igualdad y la no discriminación es una cuestión que está en la agenda política tanto internacional como Europea, así como en la de numerosos países. Es necesario, por tanto, hacer un breve repaso de los principales textos normativos que proclaman ese reconocimiento de la igualdad y la no discriminación a nivel internacional y comunitario, especialmente de aquellos que hacen referencia a la igualdad de remuneración.

En cuanto a los textos internacionales debemos mencionar, en primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Este texto significó el reconocimiento universal y unánime de que «*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*» y, en consecuencia, prohibió globalmente la discriminación. Su art. 23.2 vino a afirmar que «*toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual*».

Posteriormente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) aprobada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas prohibía la discriminación contra las mujeres, constituyendo un hito fundamental en relación

² HUFTON, O. y KRAVARITOU, Y.: «Gender et emploi du temps», *Forum Européen*, Institut Universitaire Européen, junio 1995, pag. 5.

³ LEWIS, J.: *Women's Welfare, Women's Rights*, London, Croom Helm, 1983, pag. 113.

⁴ QUESADA SEGURA, R. y MARTÍN RIVERA, L.: «Los derechos laborales y económicos de la mujer», en MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y Coord.): *Género y Derechos Fundamentales*, Comares, Granada, 2010, pag. 381.

con la igualdad en el reconocimiento de los derechos a las mismas. Su art. 11 señala expresamente que *«los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular... d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor; así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo»*.

Por otro lado, no podemos dejar de hacer referencia a los textos que provienen de la Organización Internacional del Trabajo. El mandato de la OIT de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mundo del trabajo está consagrado en su Constitución, y se ha proyectado en las distintas normas internacionales del trabajo que ha promulgado, más conocidas como Convenios Internacionales de Trabajo. La OIT reconoce desde 1919 el derecho a la igualdad de remuneración para hombres y mujeres por «un trabajo igual o de igual valor». En este caso, los Convenios clave de la OIT en la materia objeto de estudio son el Convenio n° 100 sobre igualdad de remuneración (1951) y el Convenio n° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958). Ambos convenios se encuentran incluidos además dentro de los 8 convenios fundamentales de la OIT. El principal postulado del citado Convenio n° 100 sobre igualdad de remuneración proclama que *por un trabajo de igual valor, se debe designar una tasa de remuneración sin discriminación en cuanto al sexo*. Por tanto, estos Convenios fijan como principio para alcanzar la equidad salarial, la necesidad de garantizar igualdad de remuneración no solamente en trabajos iguales, sino también en trabajos de igual valor. Se dio así respuesta a una realidad existente en la que los trabajos realizados por mujeres, por el mero hecho de llevarlos a cabo trabajadoras del sexo femenino, tenían una remuneración inferior⁵.

⁵ La realización concreta en la práctica del concepto de «igual valor», se ha llevado a cabo mediante técnicas de evaluación de los puestos de trabajo para la determinación de la posi-

En el marco de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, con la reciente aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas como un programa de acción global para el período 2015-2030, dichos Objetivos conforman la agenda política, económica, social y ambiental universal más ambiciosa adoptada en la historia de la humanidad, expresada a través de diecisiete objetivos y ciento sesenta y nueve metas, lo que puede traducirse en una oportunidad para guiar la acción y políticas a nivel nacional e internacional hacia la igualdad de remuneración. Dentro del Objetivo número ocho establecido en el marco de dicha Agenda, la meta 8.5 propone para 2030 *«lograr el empleo pleno y productivo y garantizar un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor»*. En esta misma línea, cabe destacar también el Objetivo número 5, centrado en lograr la igualdad entre los géneros.

En relación a los textos que emanan de la Unión Europea, cabe afirmar que la búsqueda de una perspectiva de género en todos los órdenes de la vida social y los principios que marcan esta orientación, también tiene una marcada construcción comunitaria. En este sentido, el principio de igualdad de salario entre hombres y mujeres fue proclamado inicialmente en el Tratado fundacional o constitutivo de la Comunidad Europea de 1957 firmado en Roma. Dicho Tratado vino a señalar en su art. 119 (posteriormente art. 141) que *«Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor»*.

Con posterioridad, la nueva orientación comunitaria en la materia tuvo su punto de parti-

ción relativa de un empleo de forma comparada con otro en la escala salarial, con el objetivo de asegurar que los empleos que hayan obtenido la misma puntuación obtengan igual remuneración con independencia del sexo. A modo de ejemplo, cabe citar el método de los pasos hacia la equidad salarial desarrollado por el Defensor de la Igualdad de Oportunidades de Suecia.

da con la aprobación de la Directiva 75/117/CEE del Consejo de 10 de febrero de 1975, relativa a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. De manera más concreta, su art. 1 señalaba que «*El «principio de igualdad de retribución», implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo.*

A su vez, la aprobación de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo, vino a contemplar la igualdad entre hombres y mujeres en más ámbitos que los estrictamente retributivos.

Todas ellas han sido posteriormente refundidas en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, siendo en la actualidad el instrumento comunitario más importante en esta materia. No obstante lo anterior, el Parlamento Europeo, tras su informe de junio de 2015 sobre la aplicación de dicha Directiva recomienda una revisión de la misma, en consonancia con la petición que hizo en su día a través de la Resolución de 24 de mayo de 2012, que contiene recomendaciones claras y específicas a este respecto debiendo por tanto actualizarse o incluso trabajar en la elaboración de una nueva Directiva.

Del mismo modo, con el objetivo de equiparar en materia de igualdad los derechos sociales de la mujer que realiza su actividad por cuenta propia, cabe también mencionar la Directiva 2010/41/UE del Parlamento y el Consejo Europeo sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

Una medida importante adoptada por la UE la constituye sin duda el principio de integración de la dimensión de igualdad de oportunidades

entre mujeres y hombres (Mainstreaming), que ha quedado recogido en el art. 3.2 del Tratado de Ámsterdam de 1999. Su inclusión implica que el principio de igualdad entre hombres y mujeres deberá presidir la totalidad de la acción multidisciplinar de la UE. Dicho de otro modo, en todas aquellas actividades y políticas enumeradas en el art. 3.1 del Tratado, la Unión deberá tratar de eliminar las desigualdades y promover la equiparación de derechos y oportunidades entre los hombres y las mujeres. Así, el «mainstreaming» ha quedado integrado en el Tratado de la Unión Europea con el objetivo de garantizar que la igualdad de género se incorpore a todas las políticas y se convierta en un rasgo común de la acción comunitaria.

En relación con el Derecho comunitario, es preciso hacer referencia también a la Carta de Derechos fundamentales de la UE proclamada solemnemente el 7 de diciembre de 2000, destacando su art. 23, que bajo la rúbrica «Igualdad entre mujeres y hombres» establece que la citada igualdad debe garantizarse en todos los ámbitos, señalando de una manera expresa que la misma debe también asegurarse *en materia de empleo, trabajo y retribución.*

El Parlamento Europeo a su vez ha adoptado diversas resoluciones⁶ sobre la igualdad de retribución entre hombres y mujeres con el fin de asesorar a los gobiernos nacionales sobre cómo aplicar dicho principio de igualdad de retribución, introduciendo medidas de transparencia a la hora de aplicar las retribuciones, así como sistemas de evaluación y clasificación de empleos no discriminatorios entre ambos sexos. Cabe así destacar la Recomendación 2014/124/UE de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia⁷, que señala una serie de orientaciones destinadas a los Estados miembros para una mejor aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres.

⁶ Resolución de 18 de noviembre de 2008 y de 24 de mayo de 2012.

⁷ DO de la UE serie L núm. 69, de 8 de marzo de 2014.

Por su parte, entre las cinco áreas clave de acción identificadas en la «Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015», debemos destacar la que promueve «*Salario igual a trabajo igual y trabajo de igual valor*», que a día de hoy sigue siendo prioritaria, tal y como se recoge en el «Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019»⁸, que recoge entre sus objetivos fundamentales el de «*reducir las disparidades entre sexos existentes en las retribuciones, los ingresos y las pensiones, para así combatir la pobreza entre las mujeres*». Dicho compromiso estratégico 2016-2019 es un marco de referencia para redoblar los esfuerzos a todos los niveles, tanto europeo como nacional, regional y local, que viene a corroborar el Pacto Europeo para la igualdad de género 2011-2020⁹.

Finalmente, es destacable también en esta andadura el papel del Tribunal de Justicia Europeo, que a través de su jurisprudencia ha influido de forma muy positiva en la interpretación de las normas en diversos países comunitarios a favor de las mujeres por parte de sus tribunales¹⁰.

3. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO

La brecha salarial entre mujeres y hombres es sin lugar a dudas un problema complejo en el que intervienen causas muy diversas que no están aisladas, sino que suelen estar

interrelacionadas entre sí. El hecho de que siga existiendo en la actualidad se debe principalmente a desigualdades de género aún arraigadas en los planos social y económico.

La brecha salarial entre hombres y mujeres es la diferencia existente entre los salarios que perciben tanto los trabajadores como las trabajadoras, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de todos ellos.

La desigualdad salarial varía según el sector, la ocupación, el grupo de trabajadores, el país y el tiempo. Así, de los países de la OCDE, Japón y la República de Corea tienen la mayor brecha de remuneración entre hombres y mujeres, con un 30% y un 40% respectivamente para trabajadores a tiempo completo. En América Latina, la diferencia de los salarios en ingresos por hora fuera del sector agrícola es del 22% y de un 36% para los ingresos mensuales por la diferencia de jornada y complementos, y en muchos países de Asia, Oriente Medio y Norte de África la diferencia es de más del 40% en algunos sectores¹¹.

La brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea se presenta como un porcentaje de diferencia respecto a los ingresos de la población masculina. Este porcentaje representa el promedio de las diferencias entre los ingresos brutos por hora de trabajadores de sexo masculino y femenino. Los ingresos brutos son las pagas o salarios que se abonan de forma directa a un trabajador con anterioridad a la aplicación de cualquier deducción sobre la renta o para la Seguridad Social. En la UE, los datos sobre la brecha salarial entre hombres y mujeres están elaborados con la metodología de la Encuesta sobre la Estructura de los Salarios¹². Dicha encuesta de periodicidad cuatrimestral es una operación estadística

⁸ COMISIÓN EUROPEA: *Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*, Bruselas, 2016.

<https://pagina.jcem.es/europa/pdf/PUBLICACIONES/Folleto%20compromiso%20estrategico%20para%20igualdad%20entre%20mujeres%20y%20hombres.pdf>

⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020)*. DO de la UE serie C núm. 155, de 25 de mayo de 2011.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:155:0010:0013:ES:PDF>

¹⁰ STJUE 43/75, de 8 de abril de 1976, asunto Defrenne II y STJUE 284/02, de 18 de noviembre de 2004, asunto Sass. Véase más ampliamente la doctrina judicial comunitaria a este respecto en POQUET CATALÁ, R.: «El tratamiento legal de la discriminación salarial por razón de sexo en los momentos actuales», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 116, 2015, págs. 135-155.

¹¹ CARRERAS GARCÍA, J.: «Cuando el género determina el salario: brecha digital», *Revista Estudios y Cultura*, Fundación 1 de Mayo, nº 75, Marzo 2016, pág. 10.

¹² COMISIÓN EUROPEA: *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, Luxemburgo, 2014. http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/140319_gpg_es.pdf

tica realizada desde 1995 en el marco de la Unión Europea con criterios comunes de metodología y contenidos, con el fin de obtener unos resultados comparables sobre la estructura y distribución de los salarios entre sus Estados Miembros. La encuesta investiga la distribución de los salarios en función de una gran variedad de variables como son el sexo, la ocupación, la rama de actividad, la antigüedad, o el tamaño de la empresa¹³.

Es importante señalar, tal y como se pone de manifiesto en el Informe de 25 de junio de 2015 del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE, que la definición de la diferencia salarial entre mujeres y hombres se ve afectada por tres tipos de factores que pueden limitar su interpretación. Por un lado, las características individuales, como por ejemplo, la formación, ya que si las mujeres con un bajo nivel formativo no se incorporan al mercado laboral, la diferencia salarial entre mujeres y hombres disminuye, mientras que si trabajan porque lo necesitan económicamente, dicha diferencia se amplía, ya que los empleados con un alto nivel formativo tienen salarios superiores. Por otro lado, las características industriales, como por ejemplo, el tamaño de la empresa. A este respecto, los trabajadores de grandes empresas tienden a ganar más que los de pequeñas empresas. Y por último, las características institucionales, tales como el salario mínimo. Un salario mínimo más elevado conlleva la reducción de la diferencia salarial entre mujeres y hombres, puesto que un número elevado de mujeres trabaja en puestos peor remunerados.

4. APROXIMACIÓN CUANTITATIVA A LA DISPARIDAD SALARIAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LA UNIÓN EUROPEA

El Informe Mundial sobre Salarios 2014/ 2015 de la OIT¹⁴ revela una disparidad salarial consi-

¹³ www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177025&menu=ultiDatos&tidp=1254735976596

¹⁴ OIT (Oficina Internacional del Trabajo): *Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015: Salarios y desigualdad de ingresos*, Ginebra, 2015.

derable entre hombres y mujeres en una muestra de 38 países, demandando así una remuneración igualitaria. A modo de ejemplo, dicho Informe indica que la brecha salarial de género entre hombres y mujeres en España es de un 17%, es decir, que los hombres cobran un promedio de un 17% más que sus colegas mujeres. En este mismo análisis del estado español argumenta además que, si se tomaran en consideración factores objetivos de capacitación de hombres y mujeres, no tendría que existir dicha brecha salarial, y si existiera, debería ser a favor de las mujeres pues cuentan con un poco más de capacitación que los hombres. A esta misma conclusión llega dicho Informe respecto a otros países como Suecia, Dinamarca, Finlandia o Noruega.

A escala mundial, la brecha salarial entre hombres y mujeres se estima en el 23 por ciento; dicho de otro modo, las mujeres ganan el 77 por ciento de lo que ganan los hombres. Si persisten esas tendencias, serían necesarios más de 70 años para colmar las desigualdades salariales¹⁵.

Por su parte, el Informe mundial sobre Salarios 2016/2017 de la OIT¹⁶ también señala expresamente que la desigualdad de los ingresos es más pronunciada para las mujeres, señalando que la diferencia salarial por hora entre hombres y mujeres en Europa está en torno al 20 por ciento. Por primera vez el Informe examina la distribución de los ingresos dentro de las empresas, analizando en qué medida la desigualdad salarial general es resultado de las desigualdades salariales entre las empresas y las desigualdades salariales dentro de las empresas.

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_343034.pdf

¹⁵ OIT: *Las mujeres en el trabajo: Tendencias 2016*. www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_457094/lang--es/index.htm

¹⁶ OIT (Oficina Internacional del Trabajo): *Informe Mundial sobre Salarios 2016/2017: La desigualdad salarial en el lugar de trabajo*, Ginebra, 2017.

Véase un resumen ejecutivo en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_537989.pdf

Los datos de la Oficina Estadística de la Unión Europea, Eurostat, muestran respecto a Europa que el salario medio por hora de las mujeres europeas es un 16,3% inferior que el de los hombres, o lo que es lo mismo, que las mujeres trabajan 59 días al año de forma gratuita (lo que significa que trabajan todo el año pero desde

el 2 de noviembre hasta el 31 de diciembre dejan de percibir una remuneración)¹⁷.

Desde una perspectiva comparada, la siguiente tabla muestra la brecha salarial existente en los últimos años en los Estados miembros de la UE:

Brecha salarial de género en los Estados miembros de la UE									
Año	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Alemania	22,8	22,8	22,6	22,3	22,4	22,7	22,1	22,3	22,0
Austria	25,5	25,1	24,3	24,0	23,5	22,9	22,3	22,2	21,7
Bélgica	10,1	10,2	10,1	10,2	9,4	8,3	7,5	6,6	6,5
Bulgaria	12,1	12,3	13,3	13,0	13,2	15,1	14,1	14,2	15,4
Chipre	22,0	19,5	17,8	16,8	16,1	15,6	14,9	14,2	14,0
Croacia	5,7	3,4	2,9	9,0	10,4	..
Dinamarca	17,7	17,1	16,8	15,9	16,4	16,8	16,5	16,0	15,1
Eslovaquia	23,6	20,9	21,9	19,6	20,1	20,8	18,8	19,7	19,6
Eslovenia	5,0	4,1	-0,9	0,9	3,3	4,5	6,3	7,0	8,1
España	18,1	16,1	16,7	16,2	17,6	18,7	17,8	14,9	14,9
Estonia	30,9	27,6	26,6	27,7	27,3	29,9	29,8	28,1	26,9
Finlandia	20,2	20,5	20,8	20,3	19,1	19,2	18,8	18,4	17,3
Francia	17,3	16,9	15,2	15,6	15,7	15,6	15,5	15,5	15,8
Grecia	21,5	22,0	..	15,0
Hungría	16,3	17,5	17,1	17,6	18,0	20,1	18,4	15,1	14,0
Irlanda	17,3	12,6	12,6	13,9	12,7	12,2	12,9	13,9	..
Italia	5,1	4,9	5,5	5,3	5,7	6,5	7,0	6,1	5,5
Letonia	13,6	11,8	13,1	15,5	14,1	14,9	16,0	17,3	17,0
Lituania	22,6	21,6	15,3	14,6	11,5	11,9	12,2	13,3	14,2
Luxemburgo	10,2	9,7	9,2	8,7	7,9	7,0	6,2	5,4	5,5
Malta	7,8	9,2	7,7	7,2	7,7	9,5	9,7	10,6	..
Países Bajos	19,3	18,9	18,5	17,8	18,6	17,6	16,5	16,1	16,1
Polonia	14,9	11,4	8,0	4,5	5,5	6,4	7,1	7,7	7,7
Portugal	8,5	9,2	10,0	12,8	12,9	15,0	13,3	14,9	17,8
Reino Unido	20,8	21,4	20,6	19,5	19,7	21,2	20,5	20,9	20,8
Rep. Checa	23,6	26,2	25,9	21,6	22,6	22,5	22,3	22,5	22,5
Rumanía	12,5	8,5	7,4	8,8	9,6	6,9	4,9	4,5	5,8
Suecia	17,8	16,9	15,7	15,4	15,6	15,5	14,6	13,8	14,0
Media Europea	16,4	16,9	17,3	16,8	16,7	16,3

Fuente: Encuesta cuatrienal de Estructura salarial a través de Eurostat. Elaboración propia. Datos actualizados a fecha 1 de marzo de 2017.

De los 28 países que formaban parte de la Unión Europea en el año 2015 analizados por Eurostat, 12 han reducido su brecha salarial respecto al año anterior; en 4 Estados como son España, Países Bajos, Polonia y Repúbli-

ca Checa se mantiene el mismo porcentaje de disparidad salarial. Finalmente, en 9 países

¹⁷ http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Gender_pay_gap_statistics

la brecha ha aumentado, con un aumento superior a un punto porcentual respecto al año anterior en Bulgaria, Eslovenia, Portugal y Rumanía.

La media europea se ha reducido en cuatro décimas en 2015 respecto de 2014, situándose en un 16,3%. No hay datos de Croacia, Grecia y Malta para 2015. España (14,9%) ocupa el decimotercer lugar de la Unión Europea en mayor porcentaje de brecha salarial, superada en más de cinco puntos porcentuales por Reino Unido (20,8%), Austria (21,7%) Alemania (22,0%), República Checa (22,5%) y Estonia (26,9%) que la supera en más de diez puntos porcentuales.

Como también se desprende de los datos mostrados en la tabla, existen diferencias porcentuales elevadas entre los distintos países, como es el caso de Estonia, que presenta el porcentaje de brecha salarial más elevado, con una diferencia en torno al 20% con países como Bélgica, Italia, Luxemburgo, Polonia o Rumanía.

Por último, cabe indicar que de manera generalizada diversos estudios realizados a partir de datos publicados por Eurostat muestran que en la evolución de la brecha salarial en la UE desde el año 2002, no existe una tendencia decreciente en las desigualdades salariales, sino que por el contrario, las diferencias salariales se han acentuado en la última década, especialmente hasta el año 2012¹⁸.

¹⁸ MEULDERS, D., PLASMAN, R. y RYCX, F.: Les inégalités salariales de genre: expliquer l'injustifiable ou justifier l'inevitable, Reflets et perspectives de la vie économique, 2005/2, pag. 95-107; RUBERY, J., GRIMSHAW, D. y FIGUEIREDO, H.: *How to close the gender pay gap in Europe: Towards the gender mainstreaming of pay policy*, Industrial Relations Journal, 3, 2005, pag. 184-213; PLANTEGA, J. y REMERY, C.: *The Gender Pay Gap. Origins and Policy Responses*. Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2006; BOLL, C., LEPPIN, J., ROSSEN, A. y WOLF, A.: *Magnitude and Impact Factors of the Gender Pay Gap in EU Countries*. European Commission, Fondazione Giacomo Brodolini (FGB) e Instituto per la Ricerca Sociale (IRS), Luxembourg, 2016.

5. PRINCIPALES EFECTOS DE LA BRECHA SALARIAL SOBRE LA POBLACIÓN FEMENINA

El principal impacto que la brecha salarial tiene sobre las trabajadoras es la obtención de menores ingresos a lo largo de toda su vida laboral. No obstante, esto se traduce en una serie de consecuencias que no sólo van a afectar a su vida laboral activa, sino que incluso trasciende la misma, y que especificamos a continuación¹⁹:

– En el empleo

Una menor capacidad económica a lo largo de su vida laboral activa y por tanto, un mayor riesgo de empobrecimiento que se acrecienta en los casos en los que la trabajadora tiene hijos/as u otras personas a su cargo dependientes de sus salarios. Se ha puesto de manifiesto que las familias que dependen de los ingresos de las mujeres son más pobres.

Cabe también puntualizar que el acceso al mercado laboral a través del trabajo no declarado es un factor que incide negativamente, en este caso no sólo en los ingresos, sino también en la cobertura y protección de la Seguridad Social. Es elevado el número de mujeres que desempeña su trabajo en estos sectores informales de empleo, destacando el empleo doméstico no declarado.

– En las condiciones laborales de carácter secundario

El estudio llevado a cabo en el marco del proyecto de la Brecha salarial de género WITA²⁰ realizado en los 27 Estados miembros

¹⁹ UGT: *El empleo no impide el empobrecimiento de las mujeres*, Secretaría de Igualdad, Departamento de mujer, febrero de 2014.

²⁰ With Innovative Tools Against Gender Pay Gap – WITA GPG (2014-2016). Investigación llevada a cabo por la Universidad de Amsterdam.

de la UE y vinculado al programa Progress de la Comisión Europea, ha puesto de manifiesto que las brechas salariales de género no se limitan sólo al sueldo, sino que la compensación de gastos, las dietas anuales, las gratificaciones y los programas de pensiones y seguros, también muestran brechas de género en toda la UE.

Así, respecto a la compensación por gastos, en 19 países europeos los hombres afirman recibir una compensación por gastos con más frecuencia que las mujeres. Respecto a las dietas anuales tales como vales, descuentos o pagos en especie, los datos han puesto de manifiesto que 18 países favorecen más a los trabajadores del sexo masculino. En cuanto a las aportaciones de las empresas a planes de pensiones y seguros, el análisis muestra elevadas brechas de género, mayoritariamente a favor de los hombres, como es el caso de 15 de los 24 países europeos que cuentan con datos suficientes al respecto²¹.

– *En la jubilación*

Pensiones más bajas, y por tanto, mayor riesgo de pobreza en la tercera edad. Las diferencias en la participación de la mujer en el mercado laboral han generado que en la actualidad la protección social de un elevado porcentaje de mujeres mayores de 65 años se limite a la protección social no contributiva. Las cuantías de las prestaciones por jubilación a las que se acceden por derecho propio, son inferiores a las de los hombres. Esta realidad es consecuencia de las diferencias en el acceso, permanencia y condiciones salariales en el empleo, que se caracterizan por una mayor temporalidad, mayor presencia femenina en el empleo a tiempo parcial, contratos atípicos, menores salarios, elevados niveles de trabajo no declarado, etc. En definitiva, estas diferencias

que se producen a lo largo de la vida laboral se van acumulando y aumentan en la etapa de la jubilación, provocando la llamada brecha pensional²².

De hecho, el propio Parlamento Europeo viene alertando que la diferencia de retribución entre mujeres y hombres comienza a percibirse cuando la mujer se incorpora al mercado laboral y provoca una diferencia de género en las contribuciones a los sistemas de Seguridad Social, incrementándose, por tanto, el riesgo de pobreza entre las mujeres durante la tercera edad.

A su vez, cabe también señalar que aunque muchas mujeres se han mantenido activas a lo largo de toda su vida laboral, también se producen efectos negativos en el acceso a la protección social en la edad de jubilación si se han acogido a reducciones de jornadas, permisos y excedencias por cuidado de hijos y otros familiares, etc. Las interrupciones en la carrera profesional también pueden tener consecuencias sobre las pensiones de jubilación. Es decir, aunque esta realidad supone prestar un importante servicio a la sociedad en cuanto a la atención de sus miembros más dependientes, eximiendo de alguna forma al Estado de reforzar las políticas relacionadas con el cuidado, el sistema, sin embargo, penaliza estas situaciones.

El Informe del Parlamento Europeo de 25 de junio de 2015 sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres

²² A modo de ejemplo, en el año 2014, un 30% de las mujeres frente al 70% de los hombres en España percibió una pensión de jubilación en el Régimen General, siendo la brecha salarial entre mujeres y hombres mayor cuando se llega a la jubilación que en la vida activa, alcanzando dicha brecha en 2014 un 32%. La pensión media del Régimen General en 2014 para los hombres ascendió a 1.260 euros frente a 849 euros para las mujeres. Los efectos de la brecha salarial entre mujeres y hombres en España según los datos que nos muestra la EPA, el SEPE y el MEYSS son los siguientes: durante el periodo de ocupación un 22,99 %; en las prestaciones de desempleo contributivo un 15,20%; en las pensiones de jubilación un 38,17%.

²¹ www.wageindicator.org/main/Wageindicatorfoundation/projects/wita-gpg

en asuntos de empleo y ocupación, afirma que las mujeres de la UE reciben, de media, una pensión que es un 39% menor que la de los hombres. Este dato refleja con claridad que la diferencia salarial entre mujeres y hombres se amplía tras la jubilación. En definitiva, las brechas de las pensiones son considerablemente más elevadas que las brechas salariales, alcanzando incluso en algunos Estados miembros niveles que son casi el doble que los correspondientes a la brecha salarial, como es el caso de las mujeres chipriotas, con un 48,8% menos de pensión que los hombres.

Ante la realidad de estos datos, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo ha presentado un proyecto de informe acerca de la necesidad de que la Unión elabore una estrategia para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones. Dicha propuesta recoge algunos datos preocupantes sobre las diferencias entre hombres y mujeres, tales como la duración de la carrera laboral, más de 10 años inferior a la de los hombres. En este sentido, el documento señala que las mujeres cuya carrera tiene una duración inferior a 14 años son víctimas de una brecha en materia de pensiones de jubilación dos veces mayor (64%) que las mujeres cuya carrera ha sido más larga.

– *En el desempleo*

También se ha constatado que las diferencias señaladas en la participación de la mujer en el mercado laboral tienen una repercusión similar en las prestaciones por desempleo para las mismas, por tanto, la tasa de cobertura ante las situaciones de desempleo también se ve influenciada por la brecha salarial.

Las mujeres acceden en menor medida a la protección del desempleo, siendo además su cuantía menor al depender del tiempo y del salario cotizado, y durante menos tiempo que el de los trabajadores, lo que refleja con toda dureza la discriminación salarial del mercado

de trabajo. Incluso es menor el porcentaje de mujeres que reúnen los requisitos de cotización suficientes para acceder al desempleo de tipo contributivo²³.

6. PRINCIPALES CAUSAS QUE GENERAN LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO

Como claramente ponen de manifiesto los estudios llevados a cabo recientemente a partir de los datos estadísticos existentes en relación con las desigualdades salariales entre mujeres y hombres en la UE, los efectos que sobre la población femenina ejercen dichas desigualdades salariales son reales y evidentes²⁴. Cabría por tanto plantearse cuáles son las principales causas que están generando esta brecha salarial entre mujeres y hombres, destacando las siguientes:

1.– *Discriminaciones existentes en el lugar de trabajo*: en determinados casos, hombres y mujeres no reciben el mismo salario pese a realizar el mismo trabajo o trabajos de igual valor. Se trata así de una discriminación directa, dado que las mujeres en estos casos están recibiendo un trato menos favorable que los hombres. Aunque desde la propia legislación que emana de la Unión Europea se prohíbe este tipo de discriminación y por tanto este tipo de prácticas, aún persisten dichas prácticas en determinados sectores laborales, especialmente en la hostelería, actividades financieras y seguros, o incluso en las actividades científicas y técnicas²⁵.

²³ CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO: *Brecha salarial: el peaje de la discriminación*, Secretaría Confederal de Mujer e Igualdad de CCOO, Madrid, febrero de 2017, pág. 45.

²⁴ BOLL, C., LEPPIN, J., ROSSEN, A. y WOLF, A.: *Magnitude and Impact Factors of the Gender Pay Gap in EU Countries*. European Commission, Fondazione Giacomo Brodolini (FGB) e Instituto per la Ricerca Sociale (IRS), Luxembourg, 2016.

²⁵ INSTITUTO VASCO DE LA MUJER: *Brecha salarial: Causas e indicadores*, Vitoria-Gasteiz, 2012, pág. 33. www.igualdadnlaempresa.es/enlaces/webgrafia/docs/emakunde-instituto-vasco-de-la-mujer.pdf

2.– *Diferente participación de mujeres y hombres en el mercado de trabajo*: la tasa de empleo. La tasa media de empleo entre las mujeres de Europa está en torno al 63% frente a una tasa del 75% de los hombres con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años. La existencia de tasas más bajas de participación de las mujeres en el mercado laboral se traduce en menores oportunidades de empleo, lo que socava su capacidad para obtener ingresos, disminuyendo su seguridad económica, tratándose además de una realidad que se extiende a escala mundial²⁶.

3.– *Las mujeres constituyen la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial*: el trabajo a tiempo parcial es un ejemplo muy gráfico de cómo situarse en la pobreza a través del trabajo. Es innegable que esto repercute negativamente en el desarrollo de las carreras profesionales de las mujeres, teniendo efectos negativos sobre las prestaciones por desempleo y, por supuesto, sobre el derecho a las pensiones, lo que se traduce en definitiva en la existencia de brechas salariales a lo largo de toda la vida.

El hecho de que las mujeres soporten en mayor medida el peso del trabajo no remunerado del hogar y del cuidado de los menores hace que tiendan a trabajar un menor número de horas, o incluso, que sea el principal motivo de la existencia de mujeres inactivas en el mercado de trabajo. Dado que las responsabilidades familiares no siempre se comparten de manera equitativa, las mujeres interrumpen más frecuentemente su carrera profesional y trabajan menos horas que los trabajadores del sexo masculino. Esto provoca carreras profesionales peor remuneradas. Incluso, hay mujeres que se han visto obligadas a abandonar sus empleos ante la maternidad, frenando y dificultando esos periodos de inactividad sus

²⁶ Así lo pone de manifiesto la propia Organización Internacional del Trabajo en uno de sus informes más recientes. *Vid. OIT: Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*, Ginebra, 2016, pág. 3.

www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_457094.pdf

cotizaciones a los sistemas públicos de Seguridad Social.

Cabe también señalar que el conjunto de derechos que permite la ausencia al trabajo o la reducción de la jornada son recursos utilizados de manera más habitual por la mujer, lo que también puede tener una repercusión negativa en la retribución, siendo dichas mujeres quienes queden fuera de aquellos complementos salariales que van ligados a la productividad, disponibilidad y menor absentismo laboral.

4.– *Sectores de ocupación con predominio femenino*: con frecuencia las mujeres y los hombres suelen desempeñar trabajos diferentes y en sectores diferentes. Los sectores laborales en que las mujeres predominan ofrecen salarios más bajos que aquellos en que predominan los hombres. Además, es frecuente que trabajen en sectores y ocupaciones donde pueden conciliar su vida laboral y familiar²⁷.

Esta diferencia de participación en las actividades productivas ha generado lo que se conoce como segregación laboral, tanto horizontal (concentración de mujeres y hombres en sectores y empleos específicos) como vertical (menor presencia de mujeres en puestos directivos, conocida como techo de cristal).

Los estudios han puesto de manifiesto que cuando las mujeres constituyen la mayoría de las personas que trabajan en una ocupación determinada, suelen recibir salarios más bajos. En el caso de los hombres sucede todo lo contrario, cuanto mayor es su predominio en una ocupación determinada, más elevados son sus salarios²⁸.

²⁷ COMISIÓN EUROPEA: *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, op. cit., pág. 5.

²⁸ A modo de ejemplo, cuando las mujeres se concentran en determinadas ocupaciones «feminizadas socialmente», tales como la limpieza, tienden a ganar menos que los hombres que tienen capacidades equivalentes pero las desarrollan en ocupaciones predominantemente masculinas, por ejemplo, la recogida de basura.

Así, de manera generalizada, existe una concentración de mujeres en las ocupaciones vinculadas a salarios inferiores.

5.– *Infravaloración del trabajo y las capacidades de la mujer*: las capacidades de las trabajadoras en ocasiones se infravaloran porque se considera que reflejan características «femeninas», en lugar de capacidades y competencias adquiridas. Es decir, dichas competencias y capacidades son infravaloradas con frecuencia en aquellas ocupaciones donde predominan sobretodo las mujeres, lo que se traduce, en definitiva, en peores condiciones remunerativas. Como consecuencia, estos factores pueden llegar a originar una predisposición basada en el género a la hora de fijar los salarios y de evaluar el valor del trabajo que realizan hombres y mujeres²⁹.

6.– *Presencia limitada de mujeres en puestos directivos y de liderazgo*: Las mujeres tienen una menor representación en los ámbitos de la política y de la economía. Solo un tercio de las personas científicas e ingenieras de Europa son mujeres. Incluso en aquellos sectores en los que predomina el empleo femenino, éstas se hallan infrarrepresentadas en los puestos de responsabilidad, en particular los de más alto nivel. En este sentido, en el año 2013, el porcentaje de mujeres que eran miembros de juntas directivas de las mayores empresas que cotizan en bolsa en el territorio de la UE constituyó sólo el 17,8%. En esta misma línea, únicamente el 4,8% de los puestos de dirección de dichas juntas fueron ocupados por mujeres. La proporción de mujeres en el cargo de consejero delegado fue incluso inferior, alcanzando un 2,8%³⁰.

²⁹ CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO: *La brecha salarial de género: análisis y propuestas sindicales para la negociación colectiva*, Secretaría Confederal de Mujer e Igualdad de CCOO, Madrid, 2015, pág. 14.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA: *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, op. cit., pág. 7.

En el año 2012, la Comisión Europea había propuesto sin embargo como objetivo alcanzar un 40 % de presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas. *Vid.* Nota de Prensa de la Comisión Europea: «La Comisión propone un

7. ESTRATEGIAS Y BUENAS PRÁCTICAS ADOPTADAS EN EUROPA PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA SALARIAL ENTRE MUJERES Y HOMBRES

En las conclusiones del Consejo Europeo de 6 de diciembre de 2010 sobre el refuerzo del compromiso de eliminar las diferencias de retribución entre mujeres y hombres y la intensificación de las medidas a tal efecto, y sobre el examen de la aplicación de la Plataforma de Acción de Pekín³¹, el Consejo invitó a los Estados miembros a implantar medidas para hacer frente a las causas de las diferencias salariales entre hombres y mujeres, especialmente, aquellas medidas que promovieran la transparencia salarial y unos sistemas de evaluación y clasificación de empleos no discriminatorios con respecto al sexo.

A este respecto, tal y como señala el Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019, la adopción por un número cada vez mayor de Estados miembros de estrategias o planes de acción nacionales que abordan la igualdad entre mujeres y hombres en un marco de trabajo coherente y coordinado constituye, sin duda, un avance positivo. Además, muchos Estados miembros incluso han adoptado planes de acción temáticos que abordan retos concretos, como por ejemplo, la violencia sexista.

La aplicación real de políticas de igualdad es dispar en los países europeos, así como los ámbitos estratégicos, debido a la variedad de condiciones socioeconómicas, culturales e institucionales de cada uno de ellos, lo que ha influido en el diseño y la aplicación de estrategias y planes de acción nacionales. Pese a ello, las principales soluciones a la brecha salarial en Europa permanece sobretodo en manos de los gobiernos nacionales, así como de los interlocutores sociales.

objetivo del 40 % de presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas», Bruselas, 14 de noviembre de 2012. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1205_es.htm

³¹ DO de la UE serie C núm. 345, de 18 de diciembre de 2010.

Por ello, consideramos de interés señalar algunas de las principales estrategias, medidas y buenas prácticas adoptadas por los gobiernos europeos para combatir el problema de la brecha salarial de género³².

7.1. Disposiciones normativas y acuerdos colectivos dirigidos a la transparencia e igualdad salarial

Algunos países de la Unión Europea han apostado por incluir y establecer en sus respectivos Ordenamientos Jurídicos normativas que hacen referencia a la transparencia e igualdad salarial, así como a la negociación de acuerdos colectivos en materia de igualdad retributiva.

– Francia

Desde el año 2006 existe una Ley de igualdad salarial entre mujeres y hombres que establece, como condición obligatoria, la negociación colectiva en materia de igualdad de género. A su vez, exige que las empresas elaboren informes sobre las políticas salariales que aplican y sobre las medidas y planes que han llevado a cabo para eliminar la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras. Otra de las medidas puestas en marcha por este país es el endurecimiento de sanciones existentes contra aquellas empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan con sus obligaciones en materia de igualdad de género. En este sentido, en el año 2013 se condenó por primera vez a dos empresas por no respetar la normativa sobre la igualdad salarial.

– Portugal

La mayor parte de los empresarios deben recopilar anualmente la información proveniente de los registros de personal de la empresa para

facilitarla al Ministerio con competencias en materia laboral, debiendo contener datos sobre las condiciones salariales y de trabajo. Dichos registros de personal tienen que presentarse a la inspección de trabajo, a los sindicatos o comités de empresa (previa solicitud) y a los representantes de los empresarios que forman parte de la Comisión Permanente de Concertación Social, si bien, de forma previa, estos registros se deben también poner a disposición de los empleados. Cabe apuntar que en marzo de 2013 fue aprobada una Resolución que establecía la necesidad de adoptar ciertas medidas que impulsaran y garantizaran la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, incluyéndose para ello medidas dirigidas a la eliminación de la brecha salarial. En esta línea, una de las medidas puesta en marcha ha consistido en la elaboración y la difusión de un informe sobre la brecha salarial de género existente, segregada por sectores.

– Suecia

En este Estado existe una Ley sobre discriminación del año 2009 que exige tanto a empresarios como a trabajadores un especial esfuerzo para conseguir la igualdad en el ámbito de sus empresas, a la vez que prevenir posibles discriminaciones en materia salarial y condiciones laborales entre trabajadores y trabajadoras que desempeñan un trabajo considerado igual o con un mismo valor. De igual forma, la Ley establece el deber de las empresas que tengan 25 o más trabajadores de realizar una encuesta salarial trianualmente con el fin de detectar, solventar y prevenir las diferencias que de manera injustificada existan de salario y condiciones laborales entre mujeres y hombres, debiendo diseñar un plan de acción de igualdad salarial para dichas empresas.

– España

Son diversas las normas legales en el Ordenamiento Jurídico español que en el ámbito del empleo, consagran el principio de igualdad formal y prohíben la discriminación por razón de sexo, concretamente en materia salarial. El

³² Algunas de las medidas y estrategias que se mencionan vienen recogidas en el documento de la COMISIÓN EUROPEA: *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, Luxemburgo, 2014.

principio de igualdad subyace en el Ordenamiento Jurídico español a toda la estructura constitucional, prueba de ello es que ya el art. 1.1 CE propugna, entre los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico, la igualdad. Si bien, de manera más concreta, el art. 35.1 CE establece que todos los españoles tienen derecho a una remuneración suficiente *«sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo»*.

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, recoge de forma expresa en el art. 28 bajo la rúbrica «Igualdad de remuneración por razón de sexo» que *«no puede producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos de la retribución por la prestación de un trabajo de igual valor»*. De manera más específica, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, se erige en norma genérica de la igualdad efectiva entre ambos sexos. En el ámbito concreto de las relaciones laborales, cabe destacar el art. 5, que entre las diversas cuestiones que aborda señala expresamente que *«el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres se garantizará en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas»*.

7.2. Medidas orientadas a implantar Planes de igualdad de género y auditorías en las empresas

La implantación de planes de igualdad en las empresas, así como la puesta en marcha de auditorías en las mismas proporcionan la posibilidad de medir los progresos realizados tras la puesta en marcha de medidas para alcanzar la igualdad de género en general y la igualdad salarial en particular. Los principales ejemplos son los siguientes:

– Austria

La implantación del Plan de Acción Nacional para la Igualdad de Género en el Mercado

Laboral supone la obligación por parte de las empresas de publicar informes en materia de igualdad salarial con carácter bianual. Los datos que deben facilitar dichos informes son el número de trabajadores y trabajadoras de cada categoría laboral y el ingreso medio ajustado al tiempo de trabajo de los mismos en relación a cada categoría. Se pretende así disponer de información transparente y veraz en relación con los ingresos con el fin de adoptar medidas eficaces para reducir o eliminar la brecha salarial de género. Desde el año 2014, estos informes son obligatorios para aquellas empresas que tengan más de 150 empleados en su plantilla.

– Bélgica

En el año 2012 entró en vigor una ley para reducir la brecha salarial de género. De conformidad con esta norma, la brecha salarial y de costes laborales existente en las empresas debe de indicarse en las correspondientes auditorías anuales. La información contenida en dichas auditorías se transmite al banco nacional quien la hace pública. Junto a esta obligación normativa, la ley también recoge la obligación para las empresas con más de 50 trabajadores de llevar a cabo un análisis comparado de la estructura salarial de sus trabajadores de ambos sexos con carácter bianual. Si del mismo se desprende que las ganancias de las trabajadoras son inferiores a las de los trabajadores, la empresa deberá presentar un plan de acción para corregir la disparidad detectada. A su vez, si existen indicios de discriminación, las trabajadoras tienen la posibilidad de recurrir a la figura del mediador de la empresa para analizar si efectivamente se están produciendo diferencias retributivas, con el fin de alcanzar una solución llegando a los acuerdos oportunos con el empresario.

– Portugal

Entre los principales objetivos del Cuarto Plan de Igualdad portugués se incluye la reducción de la brecha retributiva entre mujeres

y hombres y la puesta en marcha de planes de igualdad en las empresas.

– *España*

La Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres establece la obligación para aquellas empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, de elaborar y aplicar un Plan de Igualdad que será asimismo objeto de negociación. Dichos Planes de Igualdad deberán contener medidas que se dirijan a alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas con el fin de eliminar la discriminación por razón de sexo, así como las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución real, y el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos inicialmente fijados. Entre las distintas materias que deben contemplar estos Planes, la Ley hace una referencia expresa a las retribuciones que se aplican en las empresas.

7.3. Programas y planes de acción para alcanzar la igualdad salarial

Diferentes países de la UE están impulsando y desarrollando diversos programas y planes de acción encaminados a eliminar la brecha salarial entre hombres y mujeres.

– *Estonia*

En el año 2012 se aprobó un plan de acción orientado a la reducción de la brecha retributiva de género. Las cinco medidas principales contempladas en dicho plan son las siguientes: mejorar la aplicación de la Ley de Igualdad de género vigente (como la mejora de la recopilación de datos para la elaboración de estadísticas, la realización de campañas de sensibilización, etc...); mejorar la conciliación de la vida familiar laboral y privada; promover la integración de la perspectiva de género, especialmente en el ámbito educativo; reducir la segregación de género; analizar las prácticas y sistemas sa-

lariales de las organizaciones del sector público, mejorando la situación si fuera necesario. El plan de acción señala con especial énfasis la necesidad de promover medidas en los diversos ámbitos de forma simultánea, dada la especial complejidad asociada a la brecha salarial entre mujeres y hombres y los diferentes factores que tienen repercusión en la misma.

– *Finlandia*

Con la aprobación del programa tripartito de igualdad salarial para el periodo 2006-2015 se ha pretendido disminuir la brecha salarial existente del 20% al 15%. De igual forma, se ha tratado de aplicar el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo. El citado programa también contemplaba la puesta en marcha de diversas acciones, tales como acciones para la eliminación de la segregación, acciones para el desarrollo de sistemas salariales, acciones de apoyo a la carrera profesional de las mujeres así como llamamientos a los interlocutores sociales para la celebración de acuerdos dirigidos a la reducción de la brecha salarial.

– *Lituania*

El Programa Nacional de Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres contiene las principales políticas en materia de igualdad de género, siendo numerosas las medidas dirigidas a mejorar la situación de mujeres y hombres en el mercado de trabajo. La reducción de la brecha salarial de género es una de las prioridades que emanan de dicho Programa. Para ello, se incluyen medidas para aumentar los salarios en diversos sectores con especial predominio de mujeres, tales como la cultura, la educación, el trabajo social o las artes.

– *España*

El Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades es el instrumento a través del cual el Gobierno español define, en aquellos ámbitos que son competencia del Estado, los objetivos

y medidas prioritarios para eliminar cualquier discriminación por razón de sexo que pueda persistir y para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres³³. Entre sus objetivos estratégicos prioritarios cabe destacar el orientado a reducir las desigualdades que aun existen en el ámbito del empleo y la economía, con especial incidencia en las desigualdades retributivas. De manera más concreta, para combatir la brecha salarial de género, el Plan Estratégico recoge ocho medidas o líneas de actuación para favorecer la igualdad salarial entre mujeres y hombres y sensibilizar sobre este fenómeno³⁴. El mandato de la elaboración de dichos Planes está contenido en el art. 17 de la citada Ley Orgánica 3/2007 en los siguientes términos *«el Gobierno, en las materias que sean de la competencia del Estado, aprobará periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que incluirá medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo»*.

7.4. Distinciones y reconocimientos otorgados a las buenas prácticas en materia de igualdad de remuneración

En el caso de Suiza que es miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) aunque no de la UE, las empresas pueden obtener un logotipo que certifica la aplicación de la igualdad salarial en la misma. Para ello,

³³ El más reciente ha abarcado el período 2014-2016.

³⁴ Entre ellas cabe destacar el análisis y evaluación del estado de la negociación colectiva en materia de cláusulas retributivas y de clasificación profesional; la elaboración y difusión de herramientas informáticas de autodiagnóstico de brecha salarial de género que permitan a las empresas, que voluntariamente decidan utilizarlas, detectar y corregir las desigualdades salariales; la potenciación de la vigilancia del cumplimiento de la normativa vigente en materia de igualdad salarial, reforzando la colaboración entre los distintos departamentos competentes; y la creación de un grupo especializado con participación de los agentes sociales, en el marco del Diálogo Social Tripartito, con el objetivo, entre otros, de impulsar medidas para combatir la discriminación salarial.

las mismas deben demostrar y justificar que aplican una verdadera política de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres.

Por su parte, para potenciar el intercambio de buenas prácticas y experiencias en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, el gobierno español a través del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, bajo la coordinación del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, ha puesto en marcha la Red DIE para implicar a las empresas que la conforman en iniciativas relacionadas con la igualdad de género. A dicha Red pertenecen todas y cada una de las entidades que han obtenido el distintivo «Igualdad en la Empresa», a las que se les reconoce como empresas excelentes en la promoción de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres³⁵. Entre los aspectos más relevantes a tener en cuenta para la concesión del distintivo «Igualdad en la Empresa» se encuentra el establecimiento de criterios y sistemas de remuneración y clasificación profesional actualizados, que permitan valorar equitativamente los trabajos desempeñados por mujeres y por hombres, tanto si se trata de trabajos diferentes como de los mismos trabajos, con el fin de eliminar los efectos perversos de la aplicación de criterios comunes en su denominación, pero que pueden estar arrastrando desde hace décadas una apreciación sesgada del valor de los trabajos desde la perspectiva de género.

7.5. Empleo de herramientas tecnológicas para la aplicación de la igualdad salarial

En los últimos años se han diseñado diversas herramientas tecnológicas para aumentar la transparencia salarial en las empresas.

– Alemania y Luxemburgo

En estos países se ha desarrollado una herramienta denominada Logib mediante la

³⁵ <http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/EntidadesDIE.htm>

cual las empresas pueden realizar un análisis de sus sistemas de pagos y organización de personal para verificar si sus trabajadores y trabajadoras perciben la misma remuneración. Dicha herramienta también permite realizar informes que examinen las causas de la existencia de brechas salariales de género, proponiendo medidas para su reducción y eliminación.

– *Austria*

El Estado austriaco ha creado una calculadora de sueldos y salarios. La finalidad de dicha herramienta es la de ofrecer información actualizada y veraz acerca de las retribuciones que suelen percibirse en un sector laboral concreto o en una localidad. Esta herramienta se ha creado en el marco del Plan de Acción Nacional para la Igualdad de Género en el Mercado Laboral.

7.6. Otras medidas y estrategias adoptadas para la lucha contra las disparidades salariales de género

Algunos países europeos han realizado informes de investigación para profundizar en el análisis de la brecha salarial entre mujeres y hombres. Es el caso del Gobierno belga, que desde el año 2007 publica un informe con carácter anual bajo la rúbrica «La brecha salarial entre hombres y mujeres en Bélgica», elaborado por el Instituto para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, que contiene datos estadísticos elaborados de conformidad con los indicadores oficiales de la Unión Europea.

Portugal por su parte, ha confeccionado una guía para poder aplicar una evaluación de empleos libre de preferencias de género. Mediante este método, se pueden evaluar y además comparar aquellos empleos con predominio de trabajadores y aquellos con predominio de trabajadoras, con el fin de diagnosticar si las diferencias salariales existentes se deben a una desigual valoración del empleo

femenino y a una situación de discriminación. A su vez, también ha elaborado una manual de formación para aplicar el citado método de evaluación de empleos.

Por otro lado, diversos países de la Unión Europea tales como Estonia, República Checa, España o Bélgica dedican un día del calendario de forma anual para celebrar del Día de la Igualdad Salarial. La finalidad que se persigue con ello es la de proporcionar información sobre la persistencia de la brecha salarial de género para concienciar y sensibilizar a la sociedad de la necesidad de erradicación de la misma. Para ello, se organizan diferentes tipos de eventos tales como la celebración de reuniones con representantes del gobierno, conferencias de expertos y mesas de experiencias, reparto de folletos informativos, información en pancartas, anuncios en distintos medios de comunicación como radio o televisión, creación de sitios web específicos y uso de las redes sociales, etc. Dichas actividades son generalmente organizadas por Asociaciones de Mujeres Profesionales, Sindicatos o Institutos de la Mujer, e incluso impulsadas por los Ministerios responsables de las políticas de igualdad y no discriminación.

Finalmente, resulta de interés mencionar que Islandia que forma parte del Espacio Económico Europeo (EEE) aunque no de la UE, será el primer país en el mundo en abrir una vía legal que le permita obligar a las empresas privadas o públicas con más de 25 trabajadores a demostrar que ofrecen el mismo salario con independencia del género, la etnia o la nacionalidad del trabajador. Para ello, dichas empresas deberán obtener una certificación para acreditar que ofrecen igual salario por trabajo de igual valor, siendo esta norma fruto del trabajo y los acuerdos alcanzados en los últimos ocho años de asociaciones, agentes sociales y los Ministerios de Bienestar y Finanzas³⁶.

³⁶ EL PAÍS: «Islandia exigirá pruebas a las empresas para que paguen igual a hombres y mujeres», 10 de marzo de 2017. http://economia.elpais.com/economia/2017/03/09/actualidad/1489077560_506674.html

8. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La igualdad de trato y el principio de no discriminación constituyen una parte importante tanto del Derecho primario de la UE, desde la adopción del Tratado de Roma en 1957, como de la jurisprudencia del TJUE.

El principal instrumento con el que cuenta la Unión Europea para progresar en la eliminación de la brecha salarial entre hombres y mujeres es la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que profundiza en el significado de igual salario por trabajo de igual valor, introduciendo la necesidad de establecer sistemas de clasificación que no tengan carácter discriminatorio, si bien, a partir de esa fecha se han promulgado diversas Resoluciones y Comunicaciones de la Comisión Europea sobre la materia, también desde instancias comunitarias, para reforzar y orientar a los Estados sobre la responsabilidad de aplicar en sus prácticas nacionales el principio de igualdad de retribución.

Sin embargo, en los últimos años, la diferencia retributiva entre mujeres y hombres, que es un indicador fundamental de la desigualdad real entre ambos en el mercado de trabajo ha experimentado escasos avances como ponen de manifiesto los datos estadísticos más recientes.

Por tanto, a pesar de la puesta en práctica de los principios de igualdad de género contenidos en los instrumentos comunitarios y en los objetivos políticos en la UE, las diferencias de género siguen siendo indiscutibles. La brecha de género se hace evidente de manera generalizada en los patrones de empleo y las condiciones laborales, con un especial énfasis en la disparidad salarial. De esta forma, los instrumentos normativos por sí solos no bastan, siendo necesaria la articulación de programas y medidas prácticas que incluyan la igualdad salarial como eje central de sus actuaciones.

La puesta en marcha de estrategias y medidas específicas de transparencia salarial por parte de diversos Estados miembros junto con el fomento y desarrollo de planes de acción para abordar cualquier desigualdad salarial por motivos de género, se torna indispensable para que se produzca un verdadero impulso a su eliminación y un proceso de concienciación social en cuanto a su existencia y su necesaria erradicación. En este sentido, de conformidad con lo manifestado desde instancias internacionales, una participación equitativa de mujeres y hombres en el mercado de trabajo supondría importantes beneficios para las economías mundiales, que incluso en algunos países podría disparar su Producto Interior Bruto³⁷.

Entre las principales estrategias y planes de acción puestos en marcha de manera específica en algunos de los Estados miembros, en consonancia con algunas de las Recomendaciones realizadas por la Comisión Europea destacan las que promueven sistemas no sexistas de evaluación y clasificación de empleos, así como las que tratan de impulsar la transparencia salarial en las empresas mediante la puesta en marcha de planes de igualdad de género. Cabe también mencionar la entrada en vigor de disposiciones normativas aprobadas en algunos ordenamientos jurídicos nacionales que tratan de velar, entre otras cuestiones, por la igualdad retributiva así como la negociación de acuerdos colectivos en materia de igualdad de género.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLL, C., LEPPIN, J., ROSSEN, A. y WOLF, A. *Magnitude and Impact Factors of the Gender Pay Gap in EU Countries*. European Commission, Fondazione Giacomo Brodolini (FGB) & Instituto per la Ricerca Sociale (IRS), Luxembourg, 2016.
- CARRERAS GARCÍA, J. «Cuando el género determina el salario: brecha digital», *Revista Estudios y Cultura*, Fundación 1 de Mayo, n° 75, Marzo 2016.

³⁷ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL: *Las mujeres, el trabajo y la economía: beneficios macroeconómicos de la equidad de género*, septiembre 2013.

- CASTELLI, N. «Mujeres inmigrantes y trabajo: la problemática laboral», en AA.VV., DE PAZ MARTÍN, J. (Coord.): *Estudios sobre género y extranjería*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- COMISIÓN EUROPEA. *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, Luxemburgo, 2014.
- COMISIÓN EUROPEA. Recomendación 2014/124/UE de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. DO de la UE serie L núm. 69, de 8 de marzo de 2014.
- COMISIÓN EUROPEA. *Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*, Bruselas, 2016.
- CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO. *La brecha salarial de género: análisis y propuestas sindicales para la negociación colectiva*, Secretaría Confederal de Mujer e Igualdad de CCOO, Madrid, 2015.
- CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO. *Brecha salarial: el peaje de la discriminación*, Secretaría Confederal de Mujer e Igualdad de CCOO, Madrid, febrero de 2017.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020)*.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. *Las mujeres, el trabajo y la economía: beneficios macroeconómicos de la equidad de género*, Septiembre 2013.
- HUFTON, O. y KRAVARITOU, Y. «Gender et emploi du temps», *Forum Européen*, Institut Universitaire Européen, junio 1995.
- INSTITUTO VASCO DE LA MUJER. *Brecha salarial: Causas e indicadores*, Vitoria-Gasteiz, 2012.
- LEWIS, J. *Women's Welfare, Women's Rights*, London, Croom Helm, 1983.
- MEULDERS, D., PLASMAN, R. y RYCX, F. Les inégalités salariales de genre: expliquer l'injustifiable ou justifier l'inexplicable, *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2005.
- OIT: *Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015: Salarios y desigualdad de ingresos*, Ginebra, 2015.
- OIT: *Informe Mundial sobre Salarios 2016/2017: La desigualdad salarial en el lugar de trabajo*, Ginebra, 2017.
- OIT: *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*, Ginebra, 2016.
- PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*, Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, 25 de junio de 2015.
- PLANTEGA, J. y REMERY, C. *The Gender Pay Gap. Origins and Policy Responses*. Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2006.
- POQUET CATALÁ, R. «El tratamiento legal de la discriminación salarial por razón de sexo en los momentos actuales», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 116, 2015.
- QUESADA SEGURA, R. y MARTÍN RIVERA, L. «Los derechos laborales y económicos de la mujer», en MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y Coord.): *Género y Derechos Fundamentales*, Comares, Granada, 2010.
- RUBERY, J.; GRIMSHAW, D. y FIGUEIREDO, H.: *How to close the gender pay gap in Europe: Towards the gender mainstreaming of pay policy*, *Industrial Relations Journal*, 3, 2005.
- UGT: *El empleo no impide el empobrecimiento de las mujeres*, Secretaría de Igualdad, Departamento de mujer, febrero de 2014.

Sobre el trabajo atípico en el mundo. Un Informe de la OIT

On uncommon employment in the world. A Report from ILO

PAULA DE LA VILLA DE LA SERNA*

SUMARIO. A) Justificación del Informe. B) Las cuatro categorías atípicas de empleo: a) Empleo temporal. b) Trabajo a tiempo parcial. c) Relaciones de trabajo multipartitas. d) Empleo por cuenta propia económicamente dependiente. C) Transformaciones en el mundo del trabajo: a) Crecimiento del sector servicios. b) Presiones de la globalización. c) Avances tecnológicos. d) Cambios en las estrategias organizativas. e) Desregulación parcial. f) Incentivos distorsionados. g) Descenso de la sindicación y de la función reguladora de la negociación colectiva. D) Fluctuaciones y crisis macroeconómica: a) Pérdida de empleo atípico. b) Reducción temporal de las horas trabajadas. c) Aumento del empleo atípico debido a la incertidumbre económica. E) Tendencias e incidencias del empleo atípico: a) Empleo temporal. b) Empleo a tiempo parcial y trabajo a pedido. c) Trabajo temporal a través de agencia y otras relaciones de trabajo multipartitas. d) Relaciones de trabajo encubiertas y empleo por cuenta ajena económicamente dependiente. F) Algunos efectos del empleo atípico en los trabajadores, las empresas y los mercados de trabajo: a) En los trabajadores: a') Seguridad en el empleo y transiciones en el mercado de trabajo. b') Diferencias salariales. c') Horas de trabajo. d') Seguridad y salud en el trabajo. e') Seguridad social. f') Formación. g') Representación y otros principios y derechos fundamentales. b) En las empresas, los mercados de trabajo y la sociedad: a') Cambios en la estrategia de recursos humanos. b') Efectos en las competencias dentro de la empresa. c') Beneficios a corto plazo, pérdidas a largo plazo. d') Innovación y productividad. e') Segmentación del mercado de trabajo. f') Consecuencias sociales. G) Abordar el déficit de trabajo decente en el empleo atípico: a) Responsabilidad legislativa para colmar los vacíos normativos: a') Igualdad de trato. b') Número mínimo de horas y otras medidas de protección para los trabajadores a tiempo parcial, a pedido y ocasionales. c') Abordar la clasificación incorrecta del empleo. d') Restringir el empleo atípico. e') Prohibir el uso de trabajadores de duración determinada para las necesidades permanentes de las empresas. f') Límites al recurso del trabajo temporal a través de agencias y prórrogas. g') Restricción o prohibición del uso de contrato a pedido. h') Limitación del porcentaje de trabajadores empleados en modalidades atípicas. i') Limitación de las formas atípicas de empleo a la realización de actividades secundarias. j') Asignar obligaciones y responsabilidades en las relaciones de trabajo multipartitas. b) Fortalecimiento de la negociación colectiva. c) Fortalecimiento de la protección social. d) Políticas sociales y empleo para gestionar los riesgos sociales y dar cabida a las transiciones.

* Abogada, Asociada de Roca Junyent.

A) JUSTIFICACIÓN DEL INFORME

En el mes de febrero de 2015, la Organización Internacional de Trabajo (OIT) celebró una Reunión tripartita de expertos sobre las formas atípicas de empleo. Participaron en ella expertos designados, respectivamente, previa consulta con los Gobiernos, con el Grupo de los Empleadores y con el Grupo de los Trabajadores del Consejo de Administración de la OIT, con el propósito de discutir durante cuatro días sobre los desafíos que las formas atípicas de empleo podrían plantear para la Agenda de Trabajo Decente.

En las conclusiones de la Reunión se instó a los Estados Miembros y a las organizaciones de empleadores y de trabajadores a idear soluciones de política para afrontar el déficit de trabajo decente asociado con las formas atípicas de empleo, para que todos los trabajadores –sea cual sea su modalidad de empleo– puedan beneficiarse del trabajo decente. En concreto, se pidió a los gobiernos y a los interlocutores sociales que trabajaran juntos en la implementación de medidas para abordar las condiciones de trabajo inadecuadas, apoyar las transiciones en el mercado de trabajo, promover la igualdad y la no discriminación, asegurar una cobertura de seguridad social adecuada para todos, fomentar un entorno laboral seguro y saludable, asegurar el acceso a la libertad sindical y a la negociación colectiva, mejorar la inspección del trabajo, combatir las formas sumamente inseguras de empleo y promover los derechos fundamentales en el trabajo. Se solicitó a la Oficina Internacional del Trabajo, el Secretario de la Organización, que llevara adelante dicha labor. Una parte central de su mandato es mejorar el conocimiento y la comprensión de este tema que es de gran importancia para el mundo de trabajo. El informe se titula *El empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas* y se basa en la labor realizada para la Reunión de expertos de 2015 e incluye los resultados de una amplia gama de estudios llevados a cabo sobre los aspectos económicos y jurídicos de las formas atípicas de empleo en numerosos países y regiones del mundo, así como sobre temas

específicos de relevancia como los efectos en las empresas y en la seguridad y salud en el trabajo.

En casi todo el mundo –en la España del nacionalsindicalismo–, las leyes que regulan el empleo han girado en torno a un tipo de trabajo que es continuo, a tiempo completo y que se inscribe en una relación subordinada y directa entre un empleador y un empleado, conocida generalmente como la «relación de trabajo típica». La relación de trabajo típica, además de ofrecer a los trabajadores importantes protecciones, ayuda a los empleadores a contar con una mano de obra estable para su empresa, retener y beneficiarse del talento de sus trabajadores y obtener las prerrogativas de gestión y la autoridad para organizar y dirigir el trabajo de sus empleados.

Pero durante las últimas décadas, tanto en los países en desarrollo como en los industrializados, se ha producido una marcada transición del empleo típico al empleo atípico. Las formas atípicas de empleo agrupan distintas modalidades de empleo que no se ajustan al empleo típico, entre ellas, el empleo temporal; el trabajo a tiempo parcial; el trabajo temporal a través de agencia y otras modalidades llamadas multipartitas; así como las relaciones de trabajo encubiertas y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente. El incremento de estas modalidades atípicas es evidente en las estadísticas laborales de muchos países industrializados. En los países en desarrollo, los trabajadores que desempeñan formas atípicas de empleo siempre han constituido una parte importante de la fuerza de trabajo, pues muchos de ellos están empleados temporalmente en trabajos ocasionales, pero el empleo atípico también ha crecido en segmentos del mercado de trabajo que anteriormente se asociaban al modelo típico de empleo. Algunas formas atípicas de empleo carecen de datos que permitan evaluar las tendencias, pero aun así es posible apreciar la creciente ansiedad de muchos trabajadores acerca de sus empleos, ya sean típicos o atípicos.

La preocupación por el crecimiento de las formas atípicas de empleo radica en que, comparadas con el empleo típico, estas modalidades están asociadas con una mayor inseguridad para los trabajadores. Además, tienen consecuencias importantes e infravaloradas por las empresas, que podrían subestimar algunas de las exigencias de gestión que suponen las formas atípicas de empleo, en especial si una parte considerable de su mano de obra está empleada bajo estas modalidades. Además, lo que podría ser deseable y beneficioso para el trabajador o la empresa, especialmente a corto plazo, puede tener consecuencias negativas para la economía. Estas consecuencias negativas incluyen la escasa inversión en innovación, una desaceleración del crecimiento de la productividad, riesgos para la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social, el aumento de la volatilidad de los mercados de trabajo y un escaso rendimiento económico. También hay consecuencias sociales importantes que es necesario considerar con mayor atención.

B) LAS CUATRO CATEGORÍAS ATÍPICAS DE EMPLEO

Existen cuatro categorías generales de formas atípicas de empleo: 1) el empleo temporal, 2) el trabajo a tiempo parcial, 3) el trabajo temporal a través de agencia y otras relaciones de trabajo multipartitas, y 4) las relaciones de trabajo encubiertas y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente. Esta clasificación refleja las Conclusiones de la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo de la OIT celebrada en febrero de 2015. Dentro de las cuatro categorías hay distintas modalidades, algunas de ellas más propias, casi exclusivas, de determinados países.

a) Empleo temporal

El empleo temporal, que implica la contratación de trabajadores por un periodo especí-

fico, comprende los contratos de duración determinada o basados en proyectos o tareas, así como el trabajo ocasional o estacional, incluido el de los jornaleros. En la mayoría de los países, los contratos de duración determinada se rigen por disposiciones jurídicas específicas sobre la duración máxima del contrato, el número de prórrogas y los motivos válidos para recurrir a los tribunales. El trabajo ocasional consiste en la contratación de trabajadores por plazos muy cortos o de forma esporádica o intermitente, usualmente por un número específico de horas, días o semanas, a cambio de un salario establecido por las condiciones del acuerdo de trabajo diario o periódico. El trabajo ocasional es un rasgo característico del empleo asalariado informal en los países en desarrollo de bajos ingresos, pero también está surgiendo más recientemente en las economías industrializadas, especialmente en los puestos de trabajo relacionados con la «economía de plataformas de Internet» o el «trabajo por encargo».

b) Trabajo a tiempo parcial

En el trabajo a tiempo parcial, las horas normales de trabajo son menores que las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable. Muchos países –entre ellos España, art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores– cuentan con límites mínimos específicos, establecidos por ley, que definen el trabajo a tiempo parcial comparado con el trabajo a tiempo completo. Con fines estadísticos, se suele considerar que el trabajo a tiempo parcial es aquel en el que se trabaja menos de 35 horas, o 30 horas, a la semana. En algunos casos, las modalidades de trabajo pueden consistir en horas de trabajo muy reducidas o en la falta de horarios fijos predecibles, y el empleador no está obligado a ofrecer un número específico de horas de trabajo. Estas modalidades, conocidas como «trabajo a pedido», revisten distintas formas contractuales según el país e incluyen los llamados «contratos de cero horas».

c) Relaciones de trabajo multipartitas

Cuando los trabajadores no están contratados directamente por la empresa en la que prestan sus servicios, participan en relaciones de trabajo multipartitas, como sucede cuando el trabajador es asignado a un lugar de trabajo y pagado por una agencia de trabajo temporal, pero el trabajo se realiza para una empresa usuaria. En la mayoría de los países, el contrato o la relación de trabajo se establece entre la agencia y el trabajador, mientras que lo que vincula a la agencia y la empresa usuaria es un contrato comercial. Por lo general, se considera que no existe una relación de trabajo entre los trabajadores cedidos por las agencias de trabajo temporal y las empresas usuarias; sin embargo, en ciertas jurisdicciones se imponen obligaciones jurídicas a las empresas usuarias con respecto a estos trabajadores, especialmente en lo concerniente a la salud y la seguridad. Según la OIT, el empleo encubierto presenta «una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley». Puede suponer el ocultamiento de la identidad del empleador contratando a los trabajadores a través de un intermediario, o el uso de un contrato comercial o cooperativo en lugar de un contrato de trabajo a la vez que se dirige y vigila la actividad laboral de una manera incompatible con la situación independiente del trabajador. Además, algunas relaciones de trabajo pueden ser ambiguas cuando los respectivos derechos y obligaciones de las partes interesadas no están claramente definidos, o cuando existen vacíos o insuficiencias en la legislación, inclusive con respecto a la interpretación o la aplicación de las disposiciones jurídicas.

d) Empleo por cuenta propia económicamente dependiente

Un ámbito que a veces carece de claridad jurídica es el del empleo por cuenta propia económicamente dependiente, según el cual los trabajadores prestan servicios a una em-

presa en virtud de un contrato comercial pero sus ingresos dependen de uno o unos cuantos clientes, de quienes reciben instrucciones directas sobre la forma en que deben realizar el trabajo. Por lo general, estos trabajadores no están cubiertos por las disposiciones de la legislación laboral o la seguridad social basada en el empleo, aunque algunos países han adoptado disposiciones específicas para garantizarles algunas protecciones. En España la regulación de estos supuestos se inicia tardíamente, con la promulgación de la Ley 20/2007, de 11 de julio.

C) TRANSFORMACIONES EN EL MUNDO DEL TRABAJO

Las transformaciones en el mundo del trabajo que repercuten en la utilización del empleo atípico incluyen los cambios en la estructura de las economías con el paso de la agricultura y la industria a los servicios, el aumento de la presión generada por la globalización, los avances tecnológicos y los consiguientes cambios en las estrategias organizativas de las empresas.

a) Crecimiento del sector de los servicios

A lo largo de las últimas décadas, se ha producido en todo el mundo una expansión del sector de los servicios que, en 2013, comprendía casi la mitad de todo el empleo mundial. En este sector, los picos de demanda pueden ser más frecuentes y menos predecibles que en el de la manufactura, lo cual ejerce una mayor presión sobre las empresas que deben demostrar su «flexibilidad organizativa». Por otra parte, algunos subsectores tienen características especiales que favorecen el empleo atípico, como el sector de hostelería y turismo, que se caracteriza por una gran fragmentación, cadenas y franquicias hoteleras globales, la externalización, la estacionalidad y la necesidad de prestar servicios fuera de las horas normales de trabajo. Además, el crecimiento

del sector minorista y la consiguiente ampliación de los horarios de apertura también han impulsado la utilización de esta modalidad de empleo, dado que las empresas suelen contratar a trabajadores a tiempo parcial para cubrir estos turnos adicionales. Este crecimiento ha repercutido en el empleo de las mujeres, puesto que son ellas quienes trabajan con mayor frecuencia en el sector de los servicios, en especial el minorista.

b) Presiones de la globalización

Al mismo tiempo, el sector manufacturero está sometido a las presiones de la globalización, con la intensificación continua de la competencia internacional y la presión para reducir los costos. La fragmentación de la producción, acompañada de la externalización, aceleró el comercio de bienes intermedios y la proliferación de las cadenas mundiales de suministro. La feroz competencia entre los proveedores y la creciente presión de los compradores para reducir costos y garantizar la puntualidad de la producción ejercen una mayor presión en los proveedores locales para externalizar y subcontratar la mano de obra y emplear a los trabajadores por periodos reducidos, contratándolos reiteradamente con contratos de corto plazo. Como tal, la propia subcontratación de la mano de obra puede considerarse como una «extensión lógica de la externalización global».

c) Avances tecnológicos

La expansión de los servicios y de las cadenas mundiales de suministro va de la mano de los avances tecnológicos. Las nuevas tecnologías de la información, la mayor calidad y menor costo de la infraestructura y las mejoras de la logística y el transporte permitieron a las empresas comparar, organizar y gestionar una producción dispersa por todo el mundo. Las nuevas tecnologías también han dado lugar a la creación de nuevas formas de trabajo como el trabajo a través de plataformas de In-

ternet, o el trabajo a pedido mediante aplicaciones por celular.

d) Cambios en las estrategias organizativas

Si bien estas fuerzas globales ejercen una influencia importante en las prácticas empresariales, en última instancia la elección de una modalidad contractual recae en la empresa. A principios del decenio de 1990, las empresas empezaron a recurrir cada vez más a la externalización y otras modalidades atípicas como manera de concentrarse en sus competencias «primordiales», con el objetivo declarado de dedicar los recursos de gestión a actividades que eran esenciales para la ventaja competitiva de la empresa. Una de las primeras tareas que se externalizaron fue la limpieza de oficinas, seguida de otros servicios administrativos de apoyo como la informática y la gestión de nóminas. Aunque algunas empresas limitaron la externalización a las funciones periféricas, otras terminaron dependiendo de las modalidades atípicas de empleo para las funciones que se podrían considerar «primordiales». Algunas industrias fraccionaron sus funciones básicas, como en el caso de las principales cadenas hoteleras que externalizaron los servicios de recepción y limpieza a otras compañías proveedoras de servicios, y las empresas de telecomunicaciones que subcontrataron los servicios de instalación y reparaciones en el hogar a una gran multitud de trabajadores «por cuenta propia».

Reducción de costos y reglamentación

Muchas empresas recurren a las modalidades de empleo atípicas porque suelen ser más baratas debido a que los salarios o los costos no salariales son más bajos. En algunos casos, la normativa podría propiciar involuntariamente –o de manera deliberada– la utilización de modalidades alternativas, por ejemplo, cuando los trabajadores no alcanzan los límites mínimos para acogerse a los beneficios

de la seguridad social, o cuando se permiten los contratos de duración determinada para la realización de tareas permanentes.

e) Desregulación parcial

A principios del decenio de 1970, se produjo una desregulación parcial de los mercados de trabajo de numerosos países europeos con el fin de aumentar la flexibilidad del mercado de trabajo y estimular la creación de empleo. Las reformas permitieron una mayor utilización de los contratos temporales, extendiéndolos a trabajos que no eran de carácter temporal, y aumentando la duración y el número de prórrogas permitidos. Esto dio lugar al crecimiento del empleo temporal en muchos países europeos y, desde luego, en España. En el decenio de 1990, se emprendieron reformas similares sobre la utilización de mano de obra temporal en algunos países en desarrollo, especialmente de la región andina. Desde entonces, algunos países europeos han realizado contrarreformas para restringir el crecimiento del empleo temporal, pero en muchos casos no ha sido fácil revertir el proceso.

f) Incentivos distorsionados

Las diferencias en las protecciones de la seguridad social para los trabajadores que no alcanzan los límites mínimos de horas o de ingresos han creado incentivos para su uso. Por ejemplo, a los trabajadores con remuneraciones inferiores a 400 euros al mes empleados en «minitabajos» se les dispensaba del pago de las cotizaciones a la seguridad social y los empleadores pagaban sus contribuciones sociales a una tasa reducida. Otra exclusión viene de la aplicación de la legislación laboral a empresas que tienen un número mínimo de empleados, como es el caso en la India. En consecuencia, los trabajadores de la pequeña empresa y la mayoría de los trabajadores ocasionales en la India quedan fuera del ámbito de la reglamentación.

g) Descenso de la sindicación y de la función reguladora de la negociación colectiva

Otro cambio que se suele pasar por alto es el descenso de la sindicación ocurrido en algunos países del mundo en las últimas décadas, que dio lugar a la disminución del número de convenios colectivos negociados, especialmente en países donde la forma dominante de negociación colectiva se da a nivel de la empresa. Por otra parte, la ausencia de sindicación permitió a las empresas desarrollar modalidades alternativas de empleo, que no se oponían a la legislación vigente pero que eran contrarias a lo que había sido la práctica imperante. Por ejemplo, los contratos de «cero horas» en el Reino Unido, los contratos «siempre y cuando» en Irlanda y los arreglos «justo a tiempo» en los Estados Unidos y el Canadá. El incremento de estas modalidades no se debe a la introducción de legislación nueva, sino más bien a que las empresas se dieron cuenta de que no tenían que ofrecer a los trabajadores un número de horas garantizado en el contrato de empleo, y que era posible introducir nuevas modalidades para aumentar la capacidad de las empresas de contratar mano de obra con mayor flexibilidad.

D) FLUCTUACIONES Y CRISIS MACROECONÓMICAS

Las condiciones macroeconómicas, incluidas las crisis económicas, influyen en la incidencia del empleo atípico en el empleo total. Sin embargo, dependiendo de la normativa y las políticas, pueden producirse distintos resultados:

a) Pérdida de empleo atípico

Los trabajadores que mantienen relaciones de trabajo temporal o multipartitas son los primeros en ser despedidos cuando las condiciones macroeconómicas empeoran. Por ejemplo, durante la recesión de 2008-

2009 en los Estados Unidos, a pesar de ser menos del 2% de la fuerza de trabajo, los trabajadores temporales contratados a través de agencia representaron el 10,6% de la pérdida neta de empleos. De modo similar, en España el empleo temporal cayó del 29% en 2008 al 22% en 2013 como resultado de la crisis económica.

b) Reducción temporal de las horas de trabajo

En otros casos, las empresas, en lugar de despedir a sus empleados, pueden reorganizar internamente su trabajo reduciendo las horas de trabajo (compartir el trabajo para conservarlo), lo que da lugar a una mayor proporción de mano de obra con una jornada laboral a tiempo parcial. Durante la última crisis económica, estos programas de trabajo compartido contaron con el apoyo de políticas concebidas para complementar el ingreso de los trabajadores, financiadas en parte por los fondos del seguro de desempleo. En Alemania, en el punto más álgido de la crisis en 2009, aproximadamente 1,2 millones de trabajadores pudieron conservar sus empleos gracias a la reducción de sus horas de trabajo en un tercio en promedio. En algunas empresas de Bulgaria, Estonia, Indonesia y Federación de Rusia también pueden encontrarse ejemplos de reducciones temporales de las horas de trabajo.

c) Aumento del empleo atípico debido a la incertidumbre económica

La preocupación por las condiciones económicas que siguen a una recesión puede hacer que las empresas actúen con cautela en el momento de contratar, dando lugar a más formas temporales de contratación de mano de obra. Esto ocurrió, por ejemplo, en la República de Corea tras la crisis financiera asiática de finales del decenio de 1990 y en los Estados Unidos después de la Gran Recesión.

E) TENDENCIAS E INCIDENCIA DEL EMPLEO ATÍPICO

Habida cuenta de la multitud de influencias que determinan el empleo atípico, no sorprende que las tendencias en su utilización sean sumamente dispares entre los países. Comparar las tendencias alrededor del mundo no es tarea sencilla, debido a que las definiciones estadísticas difieren de un país a otro y a menudo reflejan la práctica local. Por otra parte, debido a lo limitado de los datos sobre las relaciones de trabajo multipartitas, el empleo encubierto y el trabajo por cuenta propia económicamente dependiente, resulta muy difícil realizar una evaluación integral a escala mundial. No obstante, los pocos datos disponibles permiten hacernos una idea de los cambios generales producidos. En general, en los países industrializados, el empleo atípico se puede encontrar en casi todos los sectores económicos, con predominancia en las ocupaciones de salarios bajos. En los países en desarrollo, el empleo ocasional sigue representando una porción importante del empleo asalariado, pero además ha habido una proliferación del empleo atípico en los sectores donde el empleo típico era más común, como en el sector público o el manufacturero. En comparación con otros grupos de población, es más probable encontrar a mujeres, jóvenes y migrantes en las modalidades de empleo atípico. Esta sobrerrepresentación es reflejo de las mayores dificultades que tienen estos trabajadores para ingresar y permanecer en el mercado de trabajo. En especial en el caso de las mujeres, refleja la distribución desigual del trabajo no remunerado en el hogar y las consecuencias de esta desigualdad en las posibilidades que tienen de conseguir un empleo permanente, debido a los horarios y a la disponibilidad que exigen algunos empleos permanentes, así como a las dudas que tienen algunos empleadores sobre la contratación de mujeres debido a estas exigencias.

a) Empleo temporal

El empleo temporal ha existido siempre y es frecuente en los sectores económicos sujetos a fluctuaciones estacionales, como la agri-

cultura, la construcción y el transporte. Además, las empresas utilizan el empleo temporal para responder a las necesidades específicas de mano de obra a corto plazo, como cuando deben reemplazar a un trabajador ausente, cumplir con los picos de demanda de corta duración o evaluar a empleados recién contratados antes de ofrecerles un contrato por tiempo indefinido. En Europa, los datos de 33 países revelan que, en promedio, el 12,3% de los empleados tenía contratos temporales en 2014. Entre los campeones del empleo temporal, aparte de España, están Polonia y Portugal, todos ellos con un 20% o más de su población activa empleada con contratos temporales. En la última década, el empleo temporal se duplicó en Eslovaquia y Malta, mientras que en Irlanda se triplicó. En toda Europa, los trabajadores temporales manifestaron diversos motivos por los que tenían un trabajo temporal; en 2014, el 62% dijo que era por no encontrar un empleo permanente, y el 9% por estar a prueba.

En Australia, uno de cada cuatro empleados desempeña un trabajo ocasional. El empleo ocasional en Australia es una categoría de empleo específica en la que el trabajador no tiene derecho a vacaciones o licencia por enfermedad pagadas, pero el pago por hora se ve incrementado por una compensación adicional conocida como «prima por eventualidad». El empleo ocasional se encuentra generalmente en las ocupaciones de salarios bajos.

En el mundo asiático, en la República de Corea los trabajadores «contingentes» (descritos como empleados con un periodo contractual definido) aumentaron su participación en el empleo asalariado del 14% en 2001 al 19% en 2013. En otras partes de Asia, el empleo temporal es alto comparado con los niveles internacionales, y todas sus formas –duración determinada, estacional y ocasional– están ampliamente representadas. Abarca desde el 24% del empleo asalariado en Filipinas hasta el 67% en Vietnam, con porcentajes también considerables en China, India, Indonesia y Malasia. El trabajo ocasional representa casi

dos tercios del empleo asalariado en Bangladesh e India, y más del 40% en el Pakistán.

Los países latinoamericanos revelan experiencias diversas. Mientras que en la Argentina y el Brasil el uso del empleo temporal se limita a menos del 10%, en el decenio de 1990 alcanzó en la Argentina el 20% del empleo asalariado, cuando se facilitó su uso mediante cambios en la legislación laboral que disminuyeron el costo del empleo temporal. Otros países de la región exhiben una elevada y creciente proporción de trabajo temporal, con el Ecuador y el Perú a la cabeza de la lista con más del 50% de empleados asalariados en modalidades temporales. La informalidad sigue siendo una cuestión importante tanto en América Latina como en Asia, donde muchos países afrontan un problema de doble segmentación de los mercados de trabajo divididos entre la formalidad y la informalidad y entre los contratos temporales y los permanentes.

En África, la forma más común de empleo temporal es el empleo ocasional. En Kenya, uno de cada cuatro empleados es ocasional, en Zimbabwe y Malí más de uno de cada tres son ocasionales. El empleo temporal en general alcanza casi el 60% en Etiopía y República Unida de Tanzania, siendo especialmente alto en las zonas rurales. En los últimos años, se ha observado el crecimiento de una forma específica, los contratos de duración determinada, en ambos extremos del continente: Marruecos y Sudáfrica.

Los datos correspondientes a empresas privadas registradas en 132 países en desarrollo y en transición revelan que la proporción media de trabajadores temporales empleados por las empresas es del 11%; en cerca de un tercio de los países el empleo temporal se acerca a esta media. No obstante, se observan grandes divergencias que van desde menos del 5% en Jordania y Sierra Leona hasta más del 25% en Mongolia y Perú. Por otra parte, hay divergencias considerables entre las empresas.

En cuanto a migrantes, en 2015 había 232 millones de migrantes internacionales, que re-

presentaban el 3,2% de la población mundial. Los trabajadores migrantes internacionales suelen trabajar en los sectores de la construcción, la agricultura estacional, el cuidado doméstico, los servicios de hostelería y restauración, y la limpieza, todos ellos asociados con las formas atípicas de empleo, en especial el empleo temporal y las relaciones de trabajo que vinculan a varias partes. Además, algunas veces los trabajadores migrantes internacionales son contratados a través de agencias de empleo temporal, o participan en programas bilaterales de migración temporal. Estas modalidades atípicas de empleo condicionan la situación contractual de los migrantes desde el inicio de su experiencia migratoria.

Por su lado, los jóvenes suelen desempeñar trabajos temporales y a tiempo parcial. Algunas veces lo hacen porque combinan el trabajo con la educación o la formación, como es el caso por ejemplo del 29% de los trabajadores jóvenes en Europa. Pero los jóvenes también son nuevos en el mercado de trabajo y por eso se les suele emplear mediante contratos temporales con fines de evaluación y prueba, y también como manera de ahorrar costos. En el Perú, Egipto y Malawi, menos del 50% de los jóvenes asalariados tenía contratos estables en 2012; los datos para 21 países de Europa revelan que en 2014 en promedio el 45% de los jóvenes tenía contratos temporales debido a que no conseguían un empleo permanente.

Se observan importantes divergencias en la utilización del empleo temporal por las empresas. Los datos de dos encuestas a nivel de establecimiento que abarcaron a más de 150 países en total revelaron que la mayoría de las empresas no utiliza la mano de obra temporal (incluido el trabajo temporal a través de agencia) y que un pequeño subgrupo de empresas recurre de manera intensiva a los trabajadores temporales, es decir, que emplea al 50% o más de su mano de obra con contratos temporales.

Entre las 73.000 empresas de la base de datos sobre países en desarrollo y en transición, el 7,2% eran usuarios «intensivos», y la

proporción media de trabajadores temporales en su mano de obra total era del 63%. De hecho, el 5% de todas las empresas representó el 57% de toda la mano de obra temporal empleada. Por otra parte, hubo divergencias dentro de un mismo sector y país, indicando que a pesar de que las limitaciones de producción eran similares, las empresas escogían maneras alternativas de organizar su mano de obra. Además, los usuarios «intensivos» se encontraban en todas las industrias y no se limitaban a las industrias estacionales.

En 22 países de Europa, el 77% de las empresas de la encuesta no empleó a ningún trabajador temporal, el 16,3% empleó a menos del 50% de sus trabajadores con estas modalidades de contrato (uso regular) y el 6,8% de las empresas las usaron de manera intensiva.

b) Empleo a tiempo parcial y trabajo a pedido

En las últimas décadas, el empleo a tiempo parcial se ha incrementado en muchas partes del mundo. El trabajo a tiempo parcial puede ser un medio importante para integrar en la fuerza de trabajo a la mujer, quien de otra manera, debido a sus responsabilidades domésticas y familiares, no podría conseguir un empleo remunerado. Ahora bien, si el empleo a tiempo parcial ayuda o no a promover la igualdad de género dependerá de la calidad del trabajo. Las políticas públicas, incluidas las políticas en materia de seguridad social y fiscal algunas veces han contribuido a acentuar las diferencias de género en el mercado de trabajo, pero se pueden diseñar para promover el trabajo a tiempo parcial de buena calidad. No obstante, hubo una gran variación entre los países. Por ejemplo, en España, el 16% de las empresas utilizó intensivamente mano de obra temporal en 2010 (frente al 19,4% en 2006), en comparación con apenas el 1,8% de Noruega. Estos resultados tienen importantes repercusiones para la política, pues queda claro que no todas las empresas usan el empleo temporal de la misma manera, y que

dentro de las industrias hay diversas opciones para organizar la producción. Asimismo, los datos sugieren que algunas empresas estarían dependiendo excesivamente de estas modalidades.

A escala global, la mujer representa la proporción mayor del empleo asalariado a tiempo parcial. Si bien las mujeres constituyen menos del 40% del empleo asalariado total, su representación en el empleo a tiempo parcial es del 57%. En Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, India, Italia, Japón, Níger, Países Bajos, Pakistán y Suiza, hay una diferencia mayor de 25 puntos porcentuales en la participación de la mujer en el empleo a tiempo parcial en comparación con el hombre.

En Europa, cerca de uno de cada cinco empleados trabajaba a tiempo parcial en 2014. En los Países Bajos, que suele conocerse como la primera «economía a tiempo parcial» del mundo, más del 45% de los empleados trabajaba a tiempo parcial; el trabajo a tiempo parcial también estaba bastante difundido en los países nórdicos, además de Austria, Irlanda, Malta, Suiza y Reino Unido, donde representó alrededor de un tercio del empleo asalariado. En 2014, el 27% de las mujeres europeas manifestó que trabajaba a tiempo parcial porque así podía combinar el trabajo con las responsabilidades familiares, y el 26% porque no podía encontrar un empleo a tiempo completo. Los hombres europeos señalaron que trabajaban a tiempo parcial porque no podían encontrar un empleo a tiempo completo (40%) o porque estaba estudiando o recibiendo formación (19%).

La tasa de empleo a tiempo parcial se mantuvo estable y elevada en Australia, donde muchos empleados ocasionales trabajan a tiempo parcial, al igual que en el Canadá, Israel y Nueva Zelanda, donde casi un tercio de la población activa trabajó a tiempo parcial en 2014. En los Estados Unidos, uno de cada cuatro empleados trabajó a tiempo parcial en 2014, en comparación con el 19,6% en 2009. En el Japón, el empleo a tiempo parcial se incrementó del 27% en 2009 al 30% en 2014. El empleo a tiempo parcial es una categoría de

empleo específica que a menudo incluye empleados contratados por periodos cortos. Un tercio de los trabajadores clasificados en esta categoría trabajaba el mismo número de horas que los trabajadores a tiempo completo.

En África, el empleo a tiempo parcial está más difundido en Madagascar, Mozambique, Uganda y Zimbabwe, aunque en gran parte esto es reflejo del carácter ocasional de esta modalidad y del escaso trabajo disponible. En efecto, el subempleo por insuficiencia de horas en África (en el cual los trabajadores están dispuestos a trabajar más horas) es el más alto del mundo, con un 12% de los trabajadores y un 16% de las trabajadoras que señalan que les gustaría trabajar más horas. En Uganda, el 26% de los empleados a tiempo parcial manifestó su deseo de trabajar más horas.

En América Latina, el trabajo a tiempo parcial entre los trabajadores formales no está tan difundido y se encuentra principalmente en las ocupaciones más especializadas. Alrededor del 16% de los empleados trabajan a tiempo parcial en el Brasil; en Chile, la proporción del empleo asalariado a tiempo parcial subió del 10% en 2009 al 15% en 2014.

En las últimas décadas, el trabajo a tiempo parcial no solo ha crecido en importancia, sino que ha diversificado sus formas para abarcar las «horas muy reducidas» (menos de 15 horas semanales) o las modalidades que no establecen un mínimo de horas, como el trabajo a pedido, incluidos los contratos de «cero horas». En el Reino Unido, el 2,5% de los empleados trabajaba con contratos de cero horas en el cuarto trimestre de 2015. Casi el 40% de ellos trabajaba menos de 16 horas por semana, aunque la media era de 21,3 horas semanales. Se estima que aproximadamente el 10% de la fuerza de trabajo de los Estados Unidos tiene horarios de trabajo irregulares y «a pedido»; los trabajadores que perciben los ingresos más bajos tienen más probabilidad de tener horarios de trabajo irregulares. En México, el 2,1% de los empleados trabajó menos de 15 horas por semana, y el 6,7% no tenía un horario fijo.

c) Trabajo temporal a través de agencia y otras relaciones de trabajo multipartitas

El trabajo temporal a través de agencia y otras relaciones de trabajo multipartitas constituyen una proporción pequeña pero creciente del empleo asalariado. El empleo a través de agencia abarca desde el 1% hasta más del 6% del empleo asalariado en los países que disponen de datos. Según la World Employment Confederation (anteriormente CIETT), 40 millones de trabajadores en todo el mundo participaron del trabajo temporal a través de agencia en 2013, siendo los mercados más grandes los Estados Unidos, China, Europa y Japón. El trabajo temporal a través de agencia representó el 1,3% del empleo asalariado en 34 países europeos en 2010. Aunque se mantiene por debajo del 1% del empleo asalariado en Albania, Alemania, Finlandia, Hungría, Italia, Malta, Montenegro y Turquía, alcanzó el 2,2% en los Países Bajos y el 2,4% en Bulgaria, Chipre y España. En Israel, más del 5% de la mano de obra estuvo empleada mediante modalidades de subcontratación laboral.

En las últimas décadas, los países asiáticos han experimentado el crecimiento de las relaciones de trabajo multipartitas, a las que se ha denominado de distintas maneras como la cesión temporal de trabajadores, el trabajo a través de agencia, la subcontratación o la externalización. En la República de Corea, los trabajadores cedidos temporalmente y los contratados a través de agencia constituyeron el 4,4% del empleo asalariado en 2013; además, entre las empresas grandes es común la figura de la «subcontratación interna» según la cual los trabajadores son empleados por un subcontratista pero prestan servicios en el local de la empresa usuaria. En 2009, una encuesta sobre subcontratación interna entre 1764 empresas con un mínimo de 300 empleados constató que el 55% de ellas manifestaba usar la subcontratación interna y que el 8% señalaba que más del 50% de su personal trabajaba bajo la modalidad de subcontratación interna.

En Filipinas, hasta un 62 por ciento de los establecimientos registrados con un mínimo de 20 empleados contrató a trabajadores cedidos por agencias de trabajo en 2014, lo que representaba el 12,2% de la mano de obra total de estas empresas. En el sector manufacturero de la India, el trabajo en régimen de subcontratación subió del 15% del sector minero fue empleado a través de empresas subcontratistas e intermediarias, en su mayoría con contratos de corta duración.

d) Relaciones de trabajo encubiertas y empleo por cuenta propia económicamente dependiente

Los datos relativos al trabajo encubierto y al empleo por cuenta propia económicamente dependiente deben obtenerse combinando las preguntas de las encuestas sobre la fuerza laboral o a través de auditorías. Eslovaquia es uno de los pocos países que publica estadísticas sobre los «falsos trabajadores por cuenta propia». A principios de 2015, unos 86.500 trabajadores, o el 3,6% de empresas subcontratistas estaban integradas total o parcialmente por antiguos empleados de las firmas usuarias, lo que sugiere la posibilidad de relaciones de trabajo encubiertas. En 2014, el 2,3% de los trabajadores argentinos y el 4,1% de los trabajadores mexicanos describieron su relación de trabajo como de empleo por cuenta propia económicamente dependiente. En el decenio de 2000, las auditorías del sector de la construcción realizadas en seis Estados de los Estados Unidos revelaron que entre el 8 y el 13% de los trabajadores de la construcción estaban clasificados erróneamente como trabajadores por cuenta propia. Muchas empresas de la economía de plataformas de Internet han preferido contratar a sus trabajadores como «contratistas independientes». Esta práctica ha sido objeto de sonados conflictos laborales, en los que los trabajadores han rechazado esta clasificación. A pesar de que la economía de plataformas de Internet sigue siendo una pequeña parte de la fuerza de trabajo, se prevé que en los próximos años crecerá considerablemente

y es probable que la cuestión sobre su clasificación tenga importantes repercusiones para el mercado de trabajo en general.

F) ALGUNOS EFECTOS DEL EMPLEO ATÍPICO EN LAS EMPRESAS, LOS TRABAJADORES Y LOS MERCADOS DE TRABAJO

La decisión de las empresas de utilizar las modalidades de empleo atípicas tiene importantes consecuencias no solo para el trabajador individual, sino también para la propia empresa, el mercado de trabajo y la economía y la sociedad en general. El empleo atípico repercute en casi todos los aspectos de las condiciones de trabajo, incluidos el empleo, los ingresos, las horas de trabajo, la seguridad y salud en el trabajo, la cobertura de la seguridad social, la formación, y la representación y otros principios y derechos fundamentales en el trabajo. Si bien es cierto que la inseguridad en estos siete ámbitos también existe en las relaciones de trabajo típicas, en general es menor en comparación con las distintas formas atípicas de empleo. El hecho de que los trabajadores empleados en formas atípicas de empleo experimenten o no inseguridad en estos siete ámbitos depende de los atributos de cada trabajador y de la situación de la empresa, del sector y del país. Sobre todo, la calidad de estas modalidades también depende de la medida en que la participación en ellas sea voluntaria. Las principales conclusiones relativas a la inseguridad de los trabajadores son las siguientes:

a) Seguridad en el empleo y transiciones en el mercado de trabajo

La facilidad de transición entre el empleo atípico y el regular es una cuestión que preocupa especialmente a los trabajadores temporales, los que desempeñan trabajo temporal a través de agencia y otras relaciones de trabajo multipartitas, y los trabajadores por cuenta

propia económicamente dependientes. Esto no sería un problema tan grande en el caso de los trabajadores a tiempo parcial que tienen contratos de duración ilimitada, aunque, con respecto a la seguridad en el empleo, estos trabajadores suelen estar en desventaja frente a sus homólogos que trabajan a tiempo completo. La tasa de transiciones del empleo temporal al permanente por lo general es bastante baja, y fluctúa entre una tasa anual inferior al 10% y cerca del 50% en los países que disponen de datos. No obstante, el empleo temporal, a diferencia del desempleo, puede aumentar las probabilidades de obtener un trabajo regular. En efecto, el empleo temporal puede actuar como «trampolín» para los jóvenes recién graduados, los migrantes y los trabajadores que tienen una desventaja inicial por su nivel educativo o por su salario. Estos son los trabajadores a quienes más beneficia el someterse a un procedimiento de selección menos riguroso, obtener una experiencia laboral general en lugar de especializada y ampliar sus redes de contactos mediante modalidades de empleo atípicas. Sin embargo, donde el trabajo temporal es más frecuente, como en España o Japón, los datos a largo plazo sugieren que, en el curso de su vida laboral, los trabajadores que empezaron con un empleo temporal tienen más probabilidades de pasar de un trabajo atípico al desempleo que los que empiezan con un contrato permanente. En estos casos, el trabajo temporal deja de ser un trampolín. En la mayoría de los países considerados, aun en los que el empleo atípico funciona como trampolín, los trabajadores temporales tienen una tasa de transición hacia el desempleo o la inactividad considerablemente superior, a veces de hasta diez veces más que los trabajadores permanentes.

b) Diferencias salariales

Las diferencias salariales surgen cuando dos trabajadores similares que efectúan un trabajo similar perciben una remuneración diferente. El trabajo temporal suele dar lugar a penalizaciones salariales, que pueden llegar a

una diferencia del 30% con respecto a los trabajadores permanentes en situación comparable. En cambio, el empleo a tiempo parcial algunas veces puede contemplar el pago de primas. Este es el caso de los empleados formales en América Latina, aunque rara vez es el caso de Europa y los Estados Unidos, donde el empleo a tiempo parcial suele asociarse a penalizaciones salariales. Las diferencias salariales en el caso del empleo atípico también varían entre los distintos niveles de ingresos. Por ejemplo, en Italia, las penalizaciones salariales asociadas con los trabajos temporales son mucho más pronunciadas entre los trabajadores que perciben los salarios más bajos, pero son casi inexistentes en los trabajos de salarios altos. En algunos casos, las brechas salariales pueden ampliarse con la edad, como en el caso de los trabajadores con contratos de duración determinada en el Japón; o disminuir con el tiempo transcurrido en el sector, como es el caso de los trabajadores cedidos por agencias de trabajo temporal en Alemania. En los países en desarrollo, si bien los trabajadores con contratos escritos de duración determinada usualmente sufren una penalización salarial en comparación con los que tienen contratos permanentes, esta penalización tiende a ser menor que la de los trabajadores que carecen de contrato escrito.

c) Horas de trabajo

Algunas formas atípicas de empleo, en especial el trabajo temporal, están asociadas con horarios más largos y una mayor intensidad del trabajo. Los datos recogidos de Nueva Zelandia, Suiza, Tailandia y Vietnam indican que los trabajadores con contratos de duración determinada y los empleados temporales contratados a través de agencia tienen mayores probabilidades de trabajar horas extraordinarias no remuneradas, a menudo con la expectativa de que se les renueve el contrato. Por otra parte, muchos trabajadores que desempeñan estas modalidades de empleo tienen varios trabajos para compensar sus bajos ingresos. La otra gran preocupación relacionada con el

horario de trabajo se refiere a los trabajadores a pedido, incluidos los que tienen contratos de cero horas y otras modalidades similares de trabajo ocasional, pues estos trabajadores por lo general tienen un control limitado sobre cuándo les toca trabajar, lo que repercute no solo en el equilibrio entre el trabajo y la vida privada, sino también en la seguridad de los ingresos, puesto que la remuneración es incierta. Los horarios variables también hacen que les resulte difícil conseguir un segundo empleo.

d) Seguridad y salud en el trabajo

Hay cuatro categorías generales de riesgos de esta naturaleza que se asocian con el empleo atípico: riesgos relacionados con lesiones y accidentes; riesgos relacionados con la salud mental y el acoso; exposición a malas condiciones y peligros en el trabajo; y problemas de fatiga. Estos riesgos son producto de una combinación de factores: preparación, formación y supervisión deficientes; problemas de comunicación (especialmente en las modalidades de empleo que vinculan a varias partes); y obligaciones legales quebrantadas u objetadas. Con respecto al riesgo de lesiones, las tasas de lesiones profesionales entre trabajadores con contratos temporales y empleados a través de agencia pueden ser mucho mayores que las de los trabajadores permanentes. En Nueva Zelandia casi se duplican, y son considerablemente más altas en Italia, India y Japón, incluso entre los trabajadores temporales que trabajan codo a codo con los trabajadores permanentes. La externalización y la subcontratación también han estado implicadas en varios accidentes catastróficos. Además de las cuestiones de seguridad y salud físicas, el empleo atípico se asocia con factores psicosociales que aumentan el riesgo de efectos negativos para la salud. Las percepciones subjetivas de inseguridad en el trabajo pueden verse agravadas por el hecho de tener un empleo temporal o a tiempo parcial involuntario, especialmente entre los grupos más vulnerables del mercado de trabajo, y cuando

las oportunidades para cambiar de un contrato temporal a uno indefinido son reducidas. La mayor inseguridad en el empleo se asocia con una serie de resultados desfavorables que afectan negativamente a la satisfacción en el trabajo, al bienestar psicológico y mental y a la satisfacción personal en general.

e) Seguridad Social

Los trabajadores que desempeñan formas atípicas de empleo por lo general carecen de una cobertura de seguridad social adecuada, bien porque la normativa los excluye del derecho a los pagos de la seguridad social, o debido a que la corta duración de su empleo o las bajas remuneraciones o pocas horas de trabajo limitan o excluyen su acceso a estas prestaciones. Por ejemplo, en el Japón, República de Corea y Sudáfrica, la elegibilidad de los empleados para disfrutar de las prestaciones de desempleo está restringida a los que trabajan un mínimo de horas, con consecuencias obvias para los trabajadores a tiempo parcial cuyas horas están por debajo del límite mínimo. En Europa, la mayoría de los trabajadores temporales tienen derecho por ley al seguro de desempleo, pero los altos índices de rotación laboral y la mayor probabilidad de pasar por periodos de inactividad debido a la no renovación de los contratos temporales significa que es menos probable que sean elegibles para recibir las prestaciones.

f) Formación

La cantidad de formación impartida a los trabajadores con contratos temporales y los cedidos por agencias de empleo temporal varía según el tipo de empresa y sector, pero también depende de si los contratos temporales están combinados con programas de aprendizaje o se usan para evaluar a los trabajadores que podrían ocupar puestos permanentes (en cuyo caso el trabajador temporal recibirá formación), o de si la producción es muy estandarizada y los trabajadores se pueden reempla-

zar con facilidad, en cuyo caso se les ofrecerá poca formación más allá de la necesaria para realizar las tareas. Por lo general, los trabajadores a tiempo parcial se benefician en menor medida de las oportunidades de formación que los trabajadores a tiempo completo. Este trato menos favorable con respecto a los trabajadores a tiempo completo podría estar vinculado con la percepción de que los trabajadores a tiempo parcial estarían menos interesados en desarrollar una carrera profesional.

g) Representación y otros principios y derechos fundamentales en el trabajo

Los trabajadores que desempeñan formas atípicas de empleo podrían verse excluidos de los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva, bien porque la ley les niega el acceso, o debido a que su frágil vinculación con el lugar de trabajo les hace difícil afiliarse a un sindicato, especialmente si temen represalias de su empleador. Los trabajadores que se encuentran en una relación de trabajo multipartita no siempre disfrutan del derecho a participar en la negociación colectiva con la empresa principal. En Filipinas, los empleados de proyectos en el sector de la construcción pueden afiliarse al sindicato pertinente pero no pueden constituir una unidad de negociación colectiva. Por otra parte, en Indonesia los trabajadores «externalizados» o subcontratados no pueden integrarse a los sindicatos de los trabajadores permanentes, y en la República de Corea solo se les permite negociar colectivamente con el subcontratista. En algunos casos, los límites mínimos impiden que los trabajadores formen sindicatos. Por ejemplo, en Vietnam, los trabajadores con contratos de una duración inferior a seis meses no pueden afiliarse a los sindicatos. Además, los trabajadores por cuenta propia suelen quedar excluidos del derecho de sindicación o de las normas que protegen este derecho, lo cual tiene consecuencias para los trabajadores con relaciones de trabajo encubiertas y para el empleo por cuenta propia económicamente dependiente. Estos retos se

ven confirmados por datos estadísticos que demuestran que los trabajadores no permanentes tienen un menor índice de sindicación. Algunas veces, las prácticas de trabajo forzoso se encubren mediante el uso de relaciones de trabajo multipartitas, y se pueden encontrar en las cadenas mundiales de suministro, especialmente en los niveles inferiores de subcontratación. El impacto potencialmente discriminatorio del empleo atípico ha sido citado como motivo de preocupación por los órganos de control de la OIT en casos relacionados con la República de Corea, Madagascar y Turquía.

h) Repercusiones para las empresas, los mercados de trabajo y la sociedad

Habida cuenta de la creciente incidencia del empleo atípico, es importante comprender cuáles son sus repercusiones para las empresas.

a') Cambios en las estrategias de recursos humanos

Las empresas que dependen en gran medida del empleo atípico deben adaptar sus estrategias de recursos humanos. La administración debe cambiar sus estrategias y pasar de la formación y desarrollo de empleados dentro de la organización a la identificación de las competencias que la empresa necesita adquirir en los mercados y conseguirlas de manera eficiente y oportuna. Este cambio requiere que la organización tenga buenos sistemas de recursos humanos que faciliten el reconocimiento oportuno de los determinados tipos de competencias que necesita.

b') Efectos en las competencias dentro de las empresas

La dependencia de la adquisición, a diferencia del cultivo de las competencias que la empresa necesita, puede afectar de dos mane-

ras. Primero, puede dar lugar a una erosión gradual de las competencias propias de la empresa. Las empresas que describen a sus recursos humanos como uno de sus principales activos y luego tienen activos que no son muy distintos de los de sus competidores, minimizan el papel de las personas como fuente de ventaja competitiva. Una segunda repercusión del uso de la mano de obra temporal o subcontratada es que la capacidad de la empresa de responder a los mercados cambiantes podría verse mermada. Puesto que el énfasis es menor en la formación de competencias y mayor en la contratación de competencias, el grado en que las empresas pueden cambiar podría estar limitado a la disponibilidad de competencias en el mercado de trabajo.

c') Beneficios a corto plazo, pérdidas a largo plazo

Las formas atípicas de empleo pueden generar beneficios positivos para las empresas en función del ahorro de los costos y la flexibilidad, especialmente si los trabajadores desempeñan tareas que son rutinarias y muy estructuradas. Sin embargo, las ventajas a corto plazo respecto a los costos y la flexibilidad pueden verse superadas a largo plazo por las pérdidas de productividad inducidas por una menor productividad de los trabajadores empleados en modalidades atípicas, o por los efectos indirectos negativos en la productividad de los trabajadores permanentes, o por los elevados costos de transacción que supone la gestión de una fuerza de trabajo «combinada» (en la que los trabajadores permanentes y no permanentes trabajan codo a codo). Si no se gestionan bien, las fuerzas de trabajo combinadas pueden producir conflictos y una disminución de la moral.

d') Innovación y productividad

Adicionalmente, hay pruebas que demuestran que las empresas que más recurren a la mano de obra atípica invierten mucho menos en la formación de los empleados temporales

y los permanentes, así como en tecnologías que mejoren la productividad y en innovación. El rendimiento de la empresa también podría verse afectado por las alteraciones en la acumulación de conocimientos propios de la empresa y la forma en que se les transmite a los nuevos empleados si la mayoría de los trabajadores desempeñan modalidades atípicas de empleo. Los estudios realizados en Italia y Países Bajos advierten que las empresas que utilizan proporciones más altas de mano de obra flexible experimentan un menor crecimiento de la productividad laboral. Asimismo, un análisis de la utilización de trabajadores temporales en empresas de 132 países en desarrollo y en transición reveló que las empresas menos productivas eran las que usaban mano de obra temporal «de manera intensiva» para sus operaciones (es decir, el 50% o más de su mano de obra tenía contratos temporales). Estas empresas tendían a recurrir a trabajadores temporales para ahorrar en costos laborales y no invertían en su formación.

e) Segmentación del mercado de trabajo

El uso generalizado del empleo atípico puede reforzar la segmentación del mercado de trabajo, situación en la que un segmento del mercado de trabajo (los trabajadores atípicos o «el grupo marginal menos protegido») afronta condiciones de trabajo inferiores y una situación en el empleo vulnerable, mientras que el otro segmento disfruta de condiciones de trabajo más favorables, incluso si los trabajadores de ambos segmentos realizan el mismo tipo de trabajo. Una característica básica de los mercados de trabajo segmentados es que la transición de un segmento al otro está en riesgo. La segmentación del mercado de trabajo significa también que hay desigualdad al compartir los riesgos entre los trabajadores permanentes y no permanentes en cuanto al desempleo y la seguridad de los ingresos, y también entre los trabajadores no permanentes y los empleadores con respecto al ajuste económico, porque el ajuste económico da lugar a la desproporcionada pérdida de empleo

entre los trabajadores empleados en modalidades atípicas de empleo. En consecuencia, la volatilidad del empleo es alta, sin ningún beneficio general para la creación de empleo. La segmentación del mercado de trabajo también puede intensificar la desigualdad en los salarios y los ingresos.

f) Consecuencias sociales

Dos aspectos fundamentales del empleo atípico, la inseguridad laboral y una menor remuneración, pueden repercutir en los patrones de consumo y socialización de los trabajadores. Las investigaciones revelan que en el caso de los trabajadores temporales y a pedido, es más difícil tener acceso al crédito y a la vivienda porque los bancos y los propietarios a menudo prefieren a los trabajadores que tienen empleos estables e ingresos regulares. Así, en Francia, los trabajadores jóvenes que tienen un empleo estable tienen más probabilidades de independizarse, en comparación con los jóvenes que tienen contratos temporales. En los Estados Unidos, los resultados sobre los trabajadores que desempeñan modalidades atípicas de empleo son similares. Los trabajadores con contratos temporales que tienen dificultades para pasar a un empleo permanente también manifiestan tener que retrasar el matrimonio y la crianza de los hijos hasta que encuentren un empleo estable.

G) ABORDAR EL DÉFICIT DE TRABAJO DECENTE EN EL EMPLEO ATÍPICO

Como hemos visto, el mundo del trabajo no es estático y presenta desafíos que necesitan respuestas de política. Por ello, es preciso realizar un esfuerzo constante para adecuar la reglamentación y las políticas con el fin de garantizar el trabajo decente para todos. Por otra parte, hay que desplegar mayores esfuerzos para asegurar que la normativa se aplique efectivamente. Esto es especialmente cierto en los sectores y ocupaciones donde la supervisión normativa ha sido tradicional-

mente débil, y donde la negociación colectiva es limitada. A partir de la orientación contenida en las normas internacionales del trabajo y las prácticas nacionales, el Informe propone recomendaciones que abarcan cuatro ámbitos principales de las políticas: 1) eliminar los vacíos normativos; 2) fortalecer la negociación colectiva; 3) fortalecer la protección social; y 4) formular políticas sociales y del empleo destinadas a la gestión de los riesgos sociales y dar cabida a las transiciones. Estas recomendaciones se basan en el entendimiento de que la seguridad del ingreso parte fundamentalmente del trabajo y que sin trabajos decentes nunca habrá un soporte suficiente que mitigue la inseguridad de los trabajadores.

Por otra parte, las recesiones económicas provocaron problemas adicionales. Cuando estallaron las crisis, los empleadores decidieron no prorrogar los contratos temporales. En consecuencia, los beneficios del empleo producidos por la desregulación fueron transitorios y dieron paso a fluctuaciones masivas en los índices de desempleo, el llamado «efecto luna de miel». Además, al reanudarse la actividad económica, aumentó la contratación temporal por periodos cortos como medio para mantener la flexibilidad de los costos laborales, lo cual repercutió en la estabilidad económica en general.

Otro problema de las reformas desreguladoras es su poca reversibilidad. Las empresas se acostumbraron rápidamente al uso de contratos temporales en sus operaciones y como primer recurso para cualquier ajuste del ciclo de negocios. Así, las contrarreformas que pretendían restringir el uso de los contratos temporales han tenido escasos resultados, ya que algunas veces las empresas encontraron maneras alternativas de emplear mano de obra flexible.

a) Respuestas legislativas para colmar los vacíos normativos

El análisis de las respuestas legislativas se circunscribe a cinco medidas generales destinadas a colmar los vacíos normativos existen-

tes con respecto al empleo atípico. El objetivo de estas medidas es ajustar, en la medida de lo posible, las protecciones laborales del empleo atípico con el empleo permanente a tiempo completo, de modo que los trabajadores con modalidades atípicas de empleo reciban una mejor protección, además de mitigar el abuso de los empleadores en el uso de estas modalidades que socavan su propósito legítimo. Las normas internacionales del trabajo proporcionan orientación para muchas de estas medidas.

a') Igualdad de trato

Garantizar la igualdad de trato para los trabajadores que desempeñan modalidades atípicas de empleo es importante no solo para evitar la discriminación basada en la situación profesional y por ser lo justo, sino también como manera de garantizar que las modalidades de empleo atípicas no se utilicen únicamente para reducir los costos laborales ofreciendo condiciones menos favorables a determinados grupos de trabajadores. Por este motivo, garantizar la igualdad de trato también es una manera de mantener reglas de juego uniformes para los empleadores. Habida cuenta de la elevada proporción de mujeres, jóvenes y migrantes en las formas atípicas de empleo, es importante garantizar la igualdad de trato a estos trabajadores para ayudar así a combatir la discriminación en el lugar de trabajo y en general. Además de las normas internacionales del trabajo que prohíben la discriminación en el lugar de trabajo, hay otras normas que abordan las especificidades de los trabajadores que desempeñan estas modalidades de empleo y que exigen un trato no discriminatorio para estos trabajadores. La igualdad de trato de los trabajadores con contratos de duración determinada, los temporales contratados a través de agencia y los que trabajan a tiempo parcial está contemplada en las directivas de la UE y también en las reglamentaciones nacionales, aunque su ámbito de aplicación y funcionamiento varía considerablemente entre las distintas jurisdicciones de los trabajadores no permanentes.

Por ejemplo, las disposiciones sobre periodos de carencia y continuidad mínima del empleo pueden impedir a algunos trabajadores, en especial aquellos cuyo trabajo es intermitente, el acceso a importantes medidas de protección laboral, a pesar de que su relación con un mismo empleador se prolongue por un tiempo considerable, aunque no de forma continua. La legislación en materia de trabajo ocasional adoptada en algunos países en desarrollo como Filipinas, que aborda la continuidad del empleo de los trabajadores cuyo trabajo no es continuo, ofrece ejemplos para hacer frente a problemas similares en las economías industrializadas.

b') Número mínimo de horas y otras medidas de protección para los trabajadores a tiempo parcial, a pedido y ocasionales

Algunas veces, los trabajadores a tiempo parcial trabajan un número muy reducido de horas y por lo tanto perciben ingresos bajos, especialmente si no gozan de igualdad de trato frente a los trabajadores a tiempo completo con respecto a la remuneración. La seguridad de los ingresos y el equilibrio entre el trabajo y la vida privada de los trabajadores ocasionales o a pedido sufren cuando el empleador puede requerir sus servicios a su conveniencia sin garantizarles un pago o número de horas mínimos. Estos problemas se agravan si los trabajadores temen que no se les ofrezca más trabajo si rechazan una oferta de un determinado turno o tarea, o si los llaman y se presentan al trabajo pero su turno se cancela en el último momento. Por lo tanto, las medidas que ofrecen a los trabajadores un número mínimo de horas garantizadas y les permiten opinar con respecto a sus horarios de trabajo, inclusive limitando la variabilidad de las horas de trabajo, son herramientas de protección importantes. Sin embargo, son muy pocos los países que han establecido un mínimo de horas de trabajo para los empleados a tiempo parcial a fin de garantizarles un ingreso mínimo. A principios del decenio de 2010, la le-

gislación francesa se modificó para garantizar, con ciertas excepciones, que los trabajadores a tiempo parcial tuvieran un mínimo de 24 horas de trabajo a la semana. En Alemania, Ghana, Países Bajos, Papua Nueva Guinea y Estados Unidos (solamente en el distrito de Columbia y en ocho Estados), la normativa exige a los empleadores pagar a sus trabajadores por un número mínimo de horas cuando se presentan a trabajar a un turno programado o a un trabajo a pedido, incluso si el trabajo se cancela o se reduce su duración.

c') Abordar la clasificación incorrecta del empleo

En la gran mayoría de los sistemas jurídicos del mundo existe una «división binaria» entre el empleo y el empleo por cuenta propia, en la que el «empleo» sirve de base para la normativa laboral⁶⁰. Esto hace que la definición de empleo y la clasificación de una relación de empleo como una «relación de trabajo» sea fundamental para ofrecer protección laboral. La Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), de la OIT proporciona orientación sobre cómo reglamentar el ámbito de la relación de trabajo y evitar la evasión de la protección laboral y social que ella impone. Contiene una serie de principios de largo alcance que pueden orientar a los países en la formulación de políticas que aborden la clasificación incorrecta del empleo, entre ellos:

a) Establecer el principio de «primacía de los hechos», según el cual la determinación de la existencia de una relación de trabajo debe guiarse por los hechos relacionados con el desempeño real del trabajo y no sobre la base de cómo las partes describen la relación. Muchas jurisdicciones del mundo estipulan este principio, sea por ley o por jurisprudencia. Se puede encontrar en los sistemas jurídicos de derecho romano y anglosajón y puede estar establecido expresamente en las leyes (por ejemplo, Argentina, México, Panamá y Polonia), o a nivel constitucional (por ejemplo, Colombia y República Bolivariana de Venezuela), en

algunos casos como un principio general del derecho contractual (por ejemplo, Bulgaria e Italia), o establecido por los tribunales (por ejemplo, Irlanda).

b) Contemplar una amplia gama de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo. En algunos países de derecho anglosajón, como Australia, Estados Unidos, India y Reino Unido, se aplica una serie de enfoques multifactoriales. En algunos países de derecho romano, como Francia y Grecia, se utilizan enfoques similares.

c) En presencia de uno o más indicadores pertinentes, establecer la presunción jurídica de que existe una relación de trabajo. Este instrumento legal está presente en varias jurisdicciones de todo el mundo y puede asumir la forma de una presunción amplia en virtud de la cual se presume que una relación de empleo es una relación de trabajo (por ejemplo, Colombia, República Dominicana, Países Bajos, Panamá y República Bolivariana de Venezuela). Otra posibilidad es que la ley especifique algunos indicadores que pueden dar lugar a una presunción de relación de trabajo o a una reclasificación como tal (por ejemplo, Malta, República Unida de Tanzania y Sudáfrica).

d) Determinar, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, que se debe considerar a los trabajadores con ciertas características, en general o en un sector en particular, como empleados o empleados por cuenta propia. Esto se hace en Francia, por ejemplo, con respecto a los periodistas profesionales, algunos artistas del espectáculo, modelos y representantes de ventas.

d') Restringir el uso del empleo atípico

Además de mejorar las condiciones de los trabajadores empleados en modalidades atípicas de empleo, hay situaciones en las que es preciso restringir o limitar su uso. Al limitar su uso, los empleadores y los trabajadores pueden recurrir a modalidades atípicas para

beneficiarse de la flexibilidad que ofrecen, evitando al mismo tiempo que los empleos atípicos reemplacen innecesariamente a los empleos permanentes. En otros casos, el objetivo de las limitaciones puede ser evitar abusos o mitigar riesgos particulares asociados con su uso, por ejemplo restringiendo su uso en algunos sectores u ocupaciones, o cuando los conflictos laborales están en curso. Las normas internacionales del trabajo existentes, así como las prácticas nacionales, ofrecen ejemplos de restricciones:

e') Prohibición del uso del trabajo de duración determinada para las necesidades permanentes de la empresa

Más de la mitad de los países con información disponible limita el recurso al trabajo de duración determinada a la realización de tareas de carácter temporal, como lo sugiere la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), de la OIT. Una prohibición por ley del uso de contratos de duración determinada para llevar a cabo tareas permanentes. Se ha demostrado la efectividad de esta medida para mitigar el uso de los contratos de duración determinada.

f') Limitación del recurso al trabajo temporal a través de agencia y de las prórrogas

Las reglamentaciones nacionales pueden prohibir o restringir el recurso al trabajo temporal a través de agencia por diversos motivos. Por ejemplo, esta modalidad podría permitirse únicamente en caso de existir una razón objetiva o temporal. Una limitación muy común es la prohibición de su uso para reemplazar a trabajadores en huelga, como lo indica la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188), de la OIT. En muchos países esta restricción se establece por ley, sea a través de medidas reglamentarias (por ejemplo, Argentina, Bulgaria, Chile, España, Hungría,

Israel, Lituania, Marruecos, Namibia, Nueva Zelanda, Polonia y Rumania), o por medio de la negociación colectiva (por ejemplo, Dinamarca, Noruega y Suecia). La *World Employment Confederation* establece una disposición similar en su código de conducta. Además, varios países limitan o prohíben el trabajo temporal a través de agencia en sectores específicos y en el caso de trabajos peligrosos. Algunas regulaciones nacionales también prohíben el recurso a esta forma de trabajo poco tiempo después de haber efectuado despidos por motivos económicos o despidos colectivos. En muchas jurisdicciones se aplican medidas para garantizar que el recurso al trabajo de duración determinada, el trabajo ocasional o el trabajo temporal a través de agencia se limite solo a tareas de índole temporal. Por lo general, se contempla una duración total máxima de estas formas de empleo o se limita el número de prórrogas de contratos o asignaciones sucesivas. Un análisis comparativo muestra, por ejemplo, que cerca de la mitad de los 193 países sobre los que se dispone de información limita la duración acumulada máxima de los contratos temporales a entre dos y cinco años.

g) Restricción o prohibición del uso de contratos de trabajo a pedido

Recientemente, el trabajo a pedido, y más específicamente los contratos de cero horas, suscitaron fuertes críticas en varios países. En respuesta a estos llamamientos por una mejor protección de los trabajadores afectados se han formulado algunas respuestas normativas, como en Nueva Zelanda, que en 2016 prohibió los contratos de cero horas que exigen a los trabajadores permanecer a disposición de su empleador.

h) Limitación del porcentaje de trabajadores empleados en modalidades de empleo atípicas

En algunos países como China, Italia y Noruega también se limita la proporción de

trabajadores no permanentes en la fuerza de trabajo total de la empresa, con el fin de impedir abusos en la utilización de estas formas de trabajo.

i) Limitación de las formas atípicas de empleo a la realización de actividades secundarias

Este es uno de los criterios más comunes que aplican las normativas nacionales para definir el trabajo ocasional. Algunos países como el Ecuador e Indonesia también limitan o prohíben el recurso a la subcontratación para el desempeño de actividades comerciales básicas.

j) Asignar obligaciones y responsabilidades en las relaciones de trabajo multipartitas

La estructura multidimensional de estas modalidades de empleo puede hacer que los trabajadores se vean en dificultades para el ejercicio efectivo de sus derechos, entre otros motivos porque no les es fácil identificar a la persona responsable de garantizar que sus condiciones de trabajo se ajusten a la ley. Por otra parte, se enfrentan al riesgo adicional de no poder tomar medidas contra personas que legalmente no son sus empleadores.

Un recurso importante para solucionar este problema es el establecimiento de responsabilidades compartidas en las relaciones de trabajo multipartitas, pues esto les da a las empresas principales el incentivo para seleccionar a contrapartes confiables cuando celebran este tipo de contratos. Por ejemplo, la Argentina, Francia, India, Italia, Namibia, Ontario (Canadá), Países Bajos y Sudáfrica han establecido normas en materia de responsabilidad compartida entre la empresa usuaria y la agencia. La responsabilidad compartida es crítica para la seguridad y la salud en el trabajo, habida cuenta de que cuando los trabajadores temporales trabajan en el local de la empresa principal,

podría ser que su empleador directo no controle el centro de trabajo y por lo tanto no estaría en situación de encargarse por su cuenta de la seguridad y salud en el trabajo y del cumplimiento de las obligaciones pertinentes.

b) Fortalecimiento de la negociación colectiva

El segundo grupo de medidas de política tiene que ver con una herramienta normativa diferente: la negociación colectiva. Los convenios colectivos se pueden adecuar a las circunstancias particulares del sector o la empresa y por tanto se prestan bien para abordar el déficit de trabajo decente en las formas atípicas de empleo. Esta herramienta se puede utilizar con el fin de promover disposiciones normativas dirigidas a disminuir la inseguridad que sufren los trabajadores, para lo cual es necesario aumentar la capacidad de los sindicatos, entre otros, mediante la organización y representación de los trabajadores que desempeñan modalidades atípicas de empleo. La negociación colectiva, en los países donde abarca a todos los trabajadores de un sector o categoría profesional, puede ser un medio eficaz para proteger a los trabajadores no permanentes, atenuando así las disparidades de trato entre trabajadores con distintas modalidades de empleo. En Suiza y Países Bajos, la cobertura de los convenios colectivos se ha ampliado a los trabajadores de sectores como los servicios de limpieza, seguridad, eliminación de desechos y cuidado de personas. Esta es una poderosa herramienta de política habida cuenta de que estos sectores tienen una gran proporción de trabajadores migrantes y trabajadores de agencias temporales con un alto nivel de movilidad, lo que suele conllevar bajos niveles de sindicación. Además, las alianzas entre sindicatos y otras organizaciones también pueden resultar útiles para elaborar respuestas colectivas eficaces a problemas que atañen a los trabajadores permanentes y temporales por igual.

No obstante, para empezar, es necesario garantizar que el marco legislativo proteja y promueva los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva de todos los trabajadores. El establecimiento de un marco legislativo que permita efectivamente a las organizaciones de trabajadores actuar libremente y escoger el nivel de su estructura, además de eliminar los impedimentos a la afiliación de todos los trabajadores, es un requisito previo para asegurar estrategias e iniciativas de los sindicatos en favor de los trabajadores que desempeñan modalidades de empleo atípicas. Una medida que apoya este objetivo es la extensión del derecho de negociación colectiva más allá del ámbito de la relación de trabajo. Alemania, Canadá y España son algunos de los países que otorgan explícitamente este derecho a los trabajadores por cuenta propia económicamente dependientes. También es fundamental que se eliminen las barreras prácticas a la sindicación, como el temor que tienen algunos trabajadores no permanentes de sufrir represalias si deciden afiliarse a un sindicato. Este vacío normativo puede cubrirse extendiendo la protección contra los despidos discriminatorios a los trabajadores cuyos contratos no fueron renovados, como se hace en Francia.

Son muchos los ejemplos de convenios colectivos negociados por los interlocutores sociales que mejoran las condiciones de trabajo de los trabajadores que desempeñan formas atípicas de empleo. Los asuntos negociados incluyen la garantía de un empleo permanente; la aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor; la ordenación de las horas de trabajo, incluida la garantía de un número mínimo de horas de trabajo para los trabajadores a pedido; la garantía de un entorno de trabajo seguro; la ampliación de la protección de la maternidad; y la consideración de los intereses y necesidades específicos de los trabajadores no permanentes. Las probabilidades de que estos convenios se apliquen son mayores por ser el producto de negociaciones entre los interlocutores sociales, y además porque los sindicatos desempeñan un papel importante en la aplicación de las normas.

c) Fortalecimiento de la protección social

Puede darse el caso de que el sistema de seguridad social existente no cubra a los trabajadores que desempeñan modalidades atípicas de empleo, o que la cobertura sea insuficiente. Algunas categorías de trabajadores no estarían cubiertas por la legislación, por ejemplo, si la duración de su empleo es inferior a la determinada en las normas (algunos trabajadores temporales, en especial los trabajadores ocasionales y algunos trabajadores cedidos por agencias de trabajo temporal) o si trabajan menos de un cierto número de horas a la semana (algunos trabajadores a tiempo parcial y algunos trabajadores cedidos por agencias de trabajo temporal). Además, incluso cuando los trabajadores contratados en modalidades atípicas de empleo tienen derecho por ley a la protección social, cabe la posibilidad de que no cumplan los criterios de elegibilidad para recibir prestaciones específicas debido a la brevedad del tiempo en que desempeñan el puesto o a los periodos cortos de sus cotizaciones. También es posible que el nivel de las prestaciones sea bajo por lo reducido de sus salarios y cotizaciones, a menos que se disponga de mecanismos que les garanticen un nivel mínimo de protección. La exclusión de la cobertura también ocurre cuando los trabajadores se encuentran en una relación de trabajo encubierta.

Es preciso fortalecer los sistemas de protección social para garantizar que todos los trabajadores reciban los beneficios de una cobertura adecuada. En algunos casos, se deberá adaptar los sistemas de seguridad social existentes, por ejemplo mediante la eliminación o reducción de los límites mínimos relativos al número de horas, remuneraciones o duración del empleo de modo que los trabajadores no permanentes no se vean excluidos de la cobertura.

d) Políticas sociales y del empleo para gestionar los riesgos sociales y dar cabida a las transiciones

El cuarto grupo de recomendaciones se refiere a las políticas sociales y del empleo que

pueden ayudar a los trabajadores a gestionar los riesgos y dar cabida a las transiciones a lo largo de su vida laboral. Además del desempleo, los trabajadores están expuestos a otros riesgos de pérdida de ingresos debido a cambios en su capacidad individual de generarlos, por tener que ocuparse del cuidado de otras personas o por el deterioro de sus competencias. Por tanto, es necesario formular políticas que ayuden a mitigar estos riesgos y facilitar las transiciones de los trabajadores en el mercado de trabajo a lo largo de su vida laboral.

Empezando por el nivel más general de las políticas, es preciso instituir políticas macroeconómicas que fomenten directamente el empleo pleno, productivo y libremente elegido, en consonancia con el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), inclusive mediante el desarrollo de programas públicos de empleo, de ser necesario. Por otra parte, se podrían rediseñar los programas de seguridad social para abarcar una amplia gama de eventualidades más allá del riesgo de desempleo, reconfigurando de este modo el seguro de desempleo como un «seguro de empleo». Esto puede resultar útil para las empresas durante las recesiones económicas, al permitirles instituir programas de trabajo compartido, con lo que se evitarían los despidos. Por otra parte, un «seguro de empleo» más amplio también permitiría a los trabajadores contar con tiempo libre para cumplir con sus responsabilidades familiares y recibir formación. En cuanto a la formación, un «seguro de empleo» reconfigurado u otros mecanismos como las «cuentas individuales de formación» tienen la ventaja adicional de beneficiar a los trabajadores que más necesitan la educación continua y que no disponen de recursos propios para cubrir el tiempo de licencia y el costo de la formación, así como a los trabajadores de pequeñas y medianas empresas que tienen menores posibilidades de beneficiarse de los programas de formación financiados por los empleadores.

Los mercados de trabajo deben permitir que los trabajadores cumplan con sus responsabilidades de cuidado de otras personas, como lo dispone el Convenio sobre los trabajadores

con responsabilidades familiares, 1981 (número 156), de la OIT, el cual reconoce que los «problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares son aspectos de cuestiones más amplias relativas a la familia y a la sociedad, que deberían tenerse en cuenta en las políticas nacionales». Las políticas que contemplan las licencias parentales y otros permisos para el cuidado de familiares, así como una legislación que facilite la transición de un empleo a tiempo completo a un empleo a tiempo parcial, y viceversa, ayuda a los hombres y mujeres que trabajan a hacerse cargo de sus responsabilidades familiares. En algunos países como Alemania,

Bulgaria, Cabo Verde, Islandia, Portugal y Rumania, la legislación laboral dispone que los empleadores deben posibilitar o al menos facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial en todos los niveles de la empresa, inclusive en el caso de los empleados que ocupan altos cargos. Esto favorece el desarrollo del trabajo a tiempo parcial de buena calidad. El mejor camino es adoptar políticas que fomenten la creación de empleo y mitiguen la pérdida de puestos de trabajo mediante políticas macroeconómicas que apoyen el empleo pleno, los programas de empleo público y las iniciativas de trabajo compartido.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

V. Recensiones y Bibliografía

Recensiones

BUENAS PRÁCTICAS DE EMPLEO EN EUROPA Colección panoramas de Derecho 2

ANTONIO OJEDA AVILÉS
MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ

Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2016,
225 páginas

1. La monografía que comentamos ha sido escrita por Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Sevilla, y Miguel Gutiérrez Pérez, Doctor en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad de Sevilla, que centran el objeto de la obra en el estudio del concepto de *Flexiseguridad* en el marco de las relaciones laborales, realizando un análisis de las distintas prácticas que en materia de empleo y mercado de trabajo han sido instauradas en los principales países de la Unión Europea como respuesta a la crisis económica iniciada en 2008.

Los autores muestran en la Introducción de la obra las sensaciones percibidas en relación a las medidas adoptadas por distintos países europeos, tales como Italia, Francia, Reino Unido o España, apreciando una gran variedad de tipologías regulatorias en aplicación de un mismo concepto, el de «flexiseguridad». Para los autores, en términos generales, todas las medidas estudiadas presentan aciertos y errores, que limitan su completa eficacia por desvirtuar el equilibrio exigido entre flexibilidad y seguridad al recurrir a fórmulas de extremos, de carácter complejo que priorizan la satisfacción de los intereses generales frente a las necesidades individuales de los ciudadanos. Desde su punto de vista la flexiseguridad debe instrumentalizarse a través de

propuestas y políticas simples en torno a un esquema con objetivos claros y bien definidos, sin excesivos recovecos que confundan o tergiversen la aplicabilidad de la norma.

La obra comienza, en su Capítulo I, titulado «*El marco de la flexiseguridad como paradigma de las medidas adoptadas en los distintos países europeos*», con una explicación y análisis de los conceptos de Flexibilidad y Seguridad, para posteriormente centrarse en la necesidad de un equilibrio e integración de ambos términos en el desarrollo de las políticas de empleo de los países de la Unión Europea, mediante la aplicación del concepto de flexiseguridad. Los autores realizan en este capítulo un análisis pormenorizado de los elementos configuradores de la flexiseguridad, así como de su progresivo tratamiento desde las instituciones y organismos de la Unión Europea. Los autores puntualizan que no existe una fórmula única, estando la clave del éxito en una conjunción y combinación virtuosa de los elementos configuradores del concepto de flexiseguridad que potencie las ventajas del modelo y maximice su eficacia conforme a los objetivos marcados en materia de política económica y de empleo de cada Estado Miembro.

En el Capítulo II, con título «*Análisis de las medidas adoptadas en materia de empleo por los principales países europeos*», los autores se adentran en el estudio y examen de las medidas puestas en marcha por distintos países de la Unión Europea bajo el prisma de la flexiseguridad, concretamente centran su análisis en las políticas instauradas en Alemania, Holanda, Francia, Dinamarca, Suecia, Italia, Austria y Reino Unido.

2. En el primer punto del Capítulo primero («A. Los conceptos de flexibilidad y seguridad:

un ejercicio de equilibrio») Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez identifican como principal objetivo de la última década de las instituciones de la Unión Europea, gobiernos de los Estados Miembro y de los interlocutores sociales nacionales y comunitarios, el de incentivar la creación de medidas que aseguren simultáneamente, la posibilidad de los empresarios de realizar una gestión flexible de la mano de obra que les permita definir organizaciones autónomas de trabajo de fácil adaptación a los cambiantes requerimientos del mercado, y la tutela de los derechos de los trabajadores mediante el fortalecimiento de los mecanismos de seguridad en el empleo.

Conceptos, que a pesar de su apariencia antagónica, se han consolidado, según los autores, como términos necesariamente complementarios e incluyentes en la historia del derecho del trabajo desde finales de la década de los 90, lo que ha motivado que se convierta en el discurso central comunitario en materia de empleo. Este propósito se inicia con el Libro verde, en el programa de acción social 1998-2000, consolidando progresivamente mediante distintos pronunciamientos, propuestas y directrices emanadas de los órganos comunitarios y agentes económicos, destacando en este sentido los autores la Decisión del Consejo de 18 de febrero de 2002, Informe Win Kock, y la Recomendación del Consejo de 14 de octubre de 2004, entre otros. Todos ellos reflejan como punto esencial de la política en materia de empleo la necesidad de encontrar un nuevo equilibrio entre Flexibilidad y Seguridad que asegure y de cobertura a los distintos intereses de los estados y los interlocutores sociales. Afirman que es precisamente, el entendimiento de la necesidad de equilibrio entre los conceptos de flexibilidad y seguridad el que da origen al concepto de flexiseguridad, foco de atención de la presente obra, por ser elemento condicionante de las distintas medidas emprendidas por los Estados miembros en materia laboral en el actual contexto económico.

A continuación, como punto de partida del análisis del concepto de flexiseguridad («B. El

concepto de flexiseguridad»), los autores realizan, en primer lugar, una breve reseña histórica de la evolución de tal concepto, señalando como iniciadores de la corriente integradora de la flexibilidad y seguridad laboral en materia de política económica, a Adriaansens, Tom Wilthagen y Madsen, para posteriormente pasar a identificar de manera pormenorizada las distintas modalidades que la doctrina ha establecido respecto a las variables generadoras de la Teoría de la Flexiseguridad: flexibilidad y seguridad:

- Flexibilidad externa (capacidad empresarial de realizar contrataciones, despidos, organizar su proceso productivo, utilización de contrataciones y subcontratas...) e interna (capacidad empresarial de modificar condiciones de trabajo).

- Seguridad: Seguridad en el puesto de trabajo (permanencia), seguridad en el empleo o empleabilidad (certidumbre de mantenerse activo en el mercado de trabajo), seguridad de ingresos mínimos (cobertura renta mínima en caso de cese del trabajo por cualquier causa) y seguridad en relación al derecho de conciliación de la vida personal y familiar (oportunidades ofrecidas).

Los autores remarcan que el análisis de la recíproca influencia de estas variables y su evidente importancia a efectos de política económica y social, pone de manifiesto las enormes ambigüedades y dificultades que ofrece el concepto de flexiseguridad, el cual será resultado de un debate político entre el gobierno y los actores económicos y sociales, teniendo en consideración las circunstancias concretas de cada país.

Para finalizar el capítulo primero de la obra, se realiza un recorrido por el tratamiento que las distintas instituciones europeas han dado al término flexiseguridad (C. El marco Comunitario de la Flexiseguridad) poniendo especial atención, por su relevancia, en la Comunicación de la Comisión Europea de 26 de junio de 2007 «*Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor em-*

pleo mediante la flexibilidad y la seguridad», al entender los autores que posee una amplia visión del concepto de flexiseguridad y excluir la existencia de un único modelo de flexiseguridad válido para todos los países de la Unión Europea, apostando por cuatro itinerarios posibles: Segmentación contractual, desarrollar la flexiseguridad en el seno de las empresas y ofrecer seguridad durante los periodos de transición, abordar las diferencias entre la mano de obra en cuanto a capacidades y oportunidades y por último mejorar las oportunidades de los beneficiarios de prestaciones de los trabajadores no declarados.

Adicionalmente, Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez resaltan como punto relevante, el establecimiento por parte de la Comisión de cinco ejes de actuación en la aplicación de las políticas de flexiseguridad: Disposiciones contractuales flexibles y fiables, Estrategias globales de aprendizaje permanente a fin de garantizar la adaptabilidad y empleabilidad continua de los trabajadores, políticas activas del mercado laboral que ayuden a las personas a afrontar cambios rápidos, reduzcan los periodos de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo, el Establecimiento de sistemas de seguridad social modernos que ofrezcan un adecuado apoyo a la renta (prestaciones por desempleo, pensiones y atención sanitaria) fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado laboral, la conciliación de la vida personal y familiar y finalmente la implicación de los interlocutores mediante sistemas de diálogo social.

Asimismo los autores destacan, la incorporación a los pronunciamientos europeos, de diversos principios inspiradores de las políticas de flexiseguridad mediante la Comunicación de la Comisión Europea de 26 de junio de 2007: disposiciones contractuales flexibles y fiables, estrategias de aprendizaje permanentes y globales, políticas activas de empleo, equilibrio entre los derechos y responsabilidades de los empleadores, trabajadores solicitantes de empleo y poderes públicos, adaptación a las cir-

cunstancias, mercados de trabajo y relaciones laborales específicas de los Estados miembro, reducción de la brecha abierta entre los que están dentro del mercado laboral y los que están fuera de él, promoción de la flexibilidad interna y externa, apoyo a la igualdad de género, aseguramiento de un clima de confianza y diálogo entre las autoridades públicas y los interlocutores sociales, y por último su contribución a las políticas presupuestarias.

3. En el Capítulo II, los autores realizan un análisis muy completo de las políticas instauradas en Alemania (A), Holanda (B), Francia (C), Dinamarca (D), Suecia (E), Italia (F), Austria (G) y Reino Unido (H) en aplicación del concepto de flexiseguridad anteriormente estudiado. En este nuevo capítulo los autores muestran los diferentes instrumentos empleados por los países elegidos para hacer efectivas las políticas de flexiseguridad, como medio y respuesta para reducir los distintos efectos negativos que la crisis ha venido generando en su mercado de trabajo desde el año 2008.

A continuación se mencionan algunas de las medidas sobre las que los autores ponen especial atención, por su implicación y reflejo del concepto de flexiseguridad:

A. Alemania

Los autores inician el análisis de las políticas sociales realizadas por Alemania con la explicación pormenorizada del «Kurzarbeit» o Reducción de la Jornada de Trabajo. Esta medida, puntualizan los autores, supone la reducción de jornada ordinaria de trabajo por motivos económicos, compensándose la pérdida de ingresos subsiguientes a la reducción de jornada mediante la percepción del «subsidio de trabajadores con jornada reducida» que asegura la cobertura del 60% o 67% de la diferencia salarial neta durante 24 meses. Además, los autores destacan, como elemento que incentiva el uso de esta medida, el hecho de que el Gobierno, asume el 50% de la parte empresarial del aseguramiento social y el 100%

de la cuota a cargo del trabajador, que durante al menos la mitad de la jornada perdida participe en cursos de perfeccionamiento.

A través de su análisis Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez consideran que esta política es un claro reflejo de la influencia de la flexibilidad sobre la seguridad y una manifestación del concepto de flexiseguridad, por ser una medida de flexibilidad interna, que trata de aumentar la seguridad en el puesto de trabajo así como la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados.

Prosigue el examen mediante la explicación del Sistema dual de formación profesional, definida en la obra como una formación desarrollada de forma simultánea en las escuelas de formación profesional especializada y en las empresas dónde los trabajadores realizan el periodo de aprendizaje. La duración del contrato oscila entre 3 años y 3 años y medio, y está financiado conjuntamente por el Estado y las empresas. Además, destacan que los empresarios tienen la capacidad de diseñar planes de formación propios para las profesiones requeridas según sus necesidades operativas y sector de actividad.

Los autores a la luz de la respuesta normativa del Estado Alemán, consideran muy relevante la medida adoptada, por ser un perfecto reflejo de los ejes de actuación definidos por la Comisión para aplicar el concepto de flexiseguridad, encuadrándose dentro de las estrategias globales de aprendizaje permanente, adoptadas para garantizar la adaptabilidad y empleabilidad continua de los trabajadores.

Entre otras medidas ejecutadas por el Gobierno Alemán, hacen especial hincapié, en la Protección por desempleo en el mercado laboral. Así destacan cómo la normativa Alemana en materia de desempleo prevé distintas medidas para asegurar la activación de los trabajadores desempleados, dando prioridad los autores, al establecimiento por parte del ejecutivo Alemán de un régimen de extinción o suspensión del subsidio recibido para distintos supuestos y circunstancias laborales. El

estado además prevé la posibilidad de compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo con ingresos adicionales mediante su descuento directo de las cantidades percibidas del Estado en concepto de desempleo. En el mismo sentido puntualizan, la implantación del Gobierno Alemán de programas para parados de larga duración, conocidos como «trabajo ciudadano».

Con estas medidas, a juicio de los autores se potencia el mantenimiento por parte del trabajador de un papel activo en la búsqueda de un nuevo empleo, evitando el estancamiento del mercado laboral, reinventando la prestación por desempleo, que deja de ser una medida pasiva, para adquirir una función de activación del receptor de la prestación.

B. Holanda

En el supuesto holandés, Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez centran su objeto de análisis en las posibilidades de contratación, destacando, entre otras, las siguientes medidas y especialidades:

Para los autores el reflejo más relevante de las políticas de flexiseguridad seguidas por el gobierno Holandés, son las empresas de trabajo temporal y las modificaciones acometidas en aplicación de la ley flexiseguridad en vigor desde el 1 de enero de 1999 y la ley de Asignación de Trabajadores Temporales, entre las cuales destacan, la eliminación de la limitación temporal de vigencia de los contratos laborales, la equiparación de los derechos derivados del contrato de trabajo con una empresa de trabajo temporal con los derechos amparados por el contrato de trabajo ordinario, y la configuración de las empresas de trabajo temporal como un instrumento de transición entre el desempleo y el empleo.

En segundo lugar, analizan la normativa en materia de Contratos de duración determinada. En el derecho Holandés el uso de contratos de duración determinada no esta reservado o determinadas causas o circunstancias,

si bien ley de flexibilidad y seguridad, con la finalidad de aumentar la seguridad de los trabajadores introduce la obligación del empresario de convertir el contrato en indefinido tras la tercera prorroga. No obstante, y apelando al papel que los interlocutores sociales deben desarrollar, la ley permite, previo acuerdo de las partes inaplicar esta disposición legal mediante convenio colectivo.

Por último dedican parte esencial del estudio, al análisis del Trabajo a tiempo parcial (duración inferior a 35 horas semanales). Su regulación gira en torno a la ley que prohíbe la discriminación relacionada con el tiempo de trabajo y la ley sobre modificación de tiempo de trabajo, que permite a los trabajadores solicitar un cambio en el número de horas trabajadas. Los derechos laborales de los que son acreedores los trabajadores se le reconocen de forma proporcional al número de horas trabajadas, existiendo incluso, el denominado desempleo parcial, concebido para empresas en situación económica negativa.

A juicio de los autores es la manifestación más exitosa de la aplicación del concepto de flexiseguridad, prestando especial atención a la Ley sobre flexiseguridad aprobada a finales de la década de los 90, por combinar medidas que dotan al empresario de una amplia capacidad de decisión tanto en la contratación como en la gestión de los recursos humanos de la compañía, a la vez que refuerzan y protegen la situación del trabajador.

C. Francia

Desde el punto de vista francés, y la extrapolación del concepto de flexiseguridad a las políticas económicas y sociales instauradas en su mercado de trabajo, Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez resaltan, en primer lugar, los contratos ayudados, consistentes en subvenciones a la contratación, exenciones de cotizaciones sociales o ayudas de formación. Medidas dirigidas a trabajadores con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral. Dentro de esta modalidad los autores

abordan en la obra el contrato único de inserción, el contrato de transición profesional y el contrato de garantía profesional.

En segundo lugar, estudian de forma más detallada «Le contrat de projet», contrato de duración determinada e incierta vinculado a proyectos o acciones comerciales dirigido a ingenieros y personal ejecutivo. Explican los autores que para poder acudir a esta modalidad de contratación empresas y actores sociales deben pactarlo mediante acuerdo sectorial o convenio de empresa, supeditado a la aparición de causas determinadas.

Analizan los escritores de la obra en este apartado, como los empresarios cuentan con amplias modalidades de contratación que les permite una gestión flexible de los recursos de la Empresa, que puede ajustarse al funcionamiento y operatividad de la misma, dotando a su vez, de una especial protección a la situación del trabajador durante la vigencia del contrato y en la terminación del mismo (celebración, duración, extinción, ayudas a la recolocación, convalidación de experiencia profesional, derecho individual a la formación a la finalización del contrato ...). En este punto los autores destacan la terminación convencional del contrato (capacidad de negociación, indemnización...) y las modalidades contractuales formativas.

Finalmente los autores abordan, por un lado la Renta de solidaridad activa, concebida para aquellos trabajadores en situación de desempleo, calculada conforme a los ingresos percibidos por la renta del trabajo y las cargas familiares. El estado asume entre un 60% y un 70% de dicha cuantía. Por otro lado, analizan brevemente la modificación estructural del Estado Francés en relación al mercado de trabajo, mediante la creación de la Agencia Nacional de Empleo Francés.

D. Dinamarca

Siguiendo la misma línea argumentativa, Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez, elogian la política Danesa, identificando

las medidas adoptadas como paradigma o principal modelo de flexiseguridad a nivel Europeo debido a su corroborado éxito, al contribuir a una bajada de la tasa de desempleo del 77% al 8% en los últimos años. Así, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 17 de mayo de 2006 recoge la experiencia del modelo Danés, si bien advierte, que dadas las diferencias culturales, estructurales y económicas implicadas y con respecto a otros países de la Unión Europea, no puede extrapolarse íntegramente a otras economías.

Los autores realizan un análisis complejo y detallado del sistema de flexiseguridad de Dinamarca, centrado en primer lugar en el estudio de los elementos que dan origen al modelo: un mercado laboral flexible con un amplio nivel de flexibilidad numérica externa señalado por altos niveles de circulación interior y exterior de trabajadores en el empleo y desempleo, un sistema generoso de apoyo económico para los desempleados y políticas activas de trabajo dirigidas a actualizar las capacidades de los desempleados que no son capaces de pasar directamente del desempleo a un nuevo trabajo.

La aplicación de estos elementos, tiene su manifestación en las siguientes medidas analizadas por los autores en la obra: diálogo social y consenso con los interlocutores sociales, contratación y despido libre, sin coste para el empresario, flexibilidad de horario laboral, flexibilidad salarial mediante negociación, prestaciones por desempleo, y la existencia de una asistencia social, entre otras.

Los autores identifican como elemento clave para el éxito del modelo, por un lado la política activa en materia de empleo ejercitada por Dinamarca, en torno al establecimiento de un fuerte sistema de obligaciones para los trabajadores que se encuentran fuera del mercado laboral, complementado con la aplicación de un régimen disciplinario en caso de incumplimiento, y por otro el papel desempeñado por los Servicios Públicos de Empleo, mediante un trato personal con el desempleado al objeto de realizar un seguimiento de la búsqueda de empleo, funciones de asesoramiento y recalifi-

cación, formalización de prácticas en empresas y el ofrecimiento de contratos subvencionados para parados de larga duración.

Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez concluyen el estudio de la política de empleo danesa, con la identificación de las principales dificultades que presenta en relación con las circunstancias económico-sociales del país.

E. Suecia

Para el análisis del mercado de trabajo Sueco, los autores llevan a cabo un examen minucioso de diversas medidas adoptadas en el marco del concepto de la flexiseguridad: Consejos y Fundaciones de seguridad de empleo, los contratos subvencionados o «new start jobs», y por último, centra su estudio en la prestación por desempleo y la ayuda básica asistencial, cuya regulación, tal y como firman los autores en la obra, es similar al supuesto Danés.

Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez, dedican parte importante de este apartado al estudio y explicación de los detalles de los Consejos y Fundaciones de seguridad de empleo instaurados en Suecia como consecuencia del incremento de las reestructuraciones empresariales derivadas de la crisis económica. Estos organismos, explican los autores, son órganos con base bipartita creados por los interlocutores sociales para dar apoyo a los trabajadores que han sido despedidos, a través de medidas activas y ayudas económicas, mejorando así la seguridad de los trabajadores.

Entre las medidas adoptadas, los autores destacan, entre otras, la orientación al empresario e interlocutores sociales en el proceso de reestructuración, apoyo a los trabajadores tras la medida empresarial a través del pago de una indemnización por despido y una indemnización complementaria por desempleo durante el periodo transitorio hacia un nuevo empleo y asesoramiento sobre las opciones

educativas y profesionales. Estos organismos son financiados directamente por las empresas a través de una contribución anual del 0,3% de la masa salarial de la empresa, si bien esa cantidad puede variarse por acuerdo con los interlocutores sociales.

Consideran que esta medida, en el contexto de crisis económica padecido por Suecia y resto de países europeos, constituyen un buen ejemplo de régimen de flexiseguridad negociada, combinando la seguridad individual de los trabajadores y la flexibilidad empresarial para acometer modificaciones estructurales conforme a sus necesidades operativas. Destacan los autores como clave de su éxito la rapidez de actuación y la inclusión de los interlocutores sociales en la gestión y puesta en marcha de las medidas propuestas.

F. Italia

Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez, al analizar el ejemplo Italiano, abordan distintas medidas desde la óptica del concepto de flexiseguridad, centrándose en el estudio detallado de los amortiguadores sociales, los contratos de solidaridad, el contrato de inserción y contrato de aprendizaje, el contrato a tiempo indeterminado de tutela crescente y el contrato de recolocación, tratando como último apartado la indemnización por finalización de la relación laboral.

Los autores, inician el estudio del modelo Italiano examinando la regulación de las distintos instrumentos asociados al concepto de amortiguadores sociales: prestación por desempleo, la Caja de Integración de Ganancias y la indemnización por movilidad. Entre ellos destacan, por su importancia y diferenciación respecto del resto de países europeos analizados, la indemnización por movilidad, la cual, explican los autores, se trata de una política activa de empleo, en virtud de la cual los trabajadores que han sido objeto de despidos colectivos tienen la opción de ser incluidos en un programa de recolocación laboral en empresas del sector desde el día inmediatamente poste-

rior a la fecha de efectos del despido, recibiendo simultáneamente una ayuda económica. En definitiva se trata de un instrumento de tutela ocupacional y de rentas desde el Estado.

Desde el punto de vista de las medidas contractuales abordadas por lo autores en la obra, merece especial mención el contrato a tiempo indeterminado de tutela crescente o «jobs act». Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez, explican, como ha sido concebido como un primer modelo de contacto único que permite a los empresarios rescindir el contrato laboral de manera flexible, mediante el abono, en caso de resolución ilegítima, de una sanción pecuniaria conforme a la antigüedad del trabajador. Puntualizan los autores, que el Estado Italiano ha dotado a esta modalidad contractual de fuertes bonificaciones, para incentivar su utilización.

Por último los autores realizan un breve análisis de la indemnización por finalización de la relación laboral, prevista para los trabajadores dependientes en supuestos de despido, dimisión, finalización de contrato, jubilación...

G. Austria

Los autores en este apartado, resaltan como medidas más relevantes del modelo Austriaco la indemnización por despido, la formación profesional y el papel desempeñado por las Fundaciones Laborales.

Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez inician el estudio realizando una breve crítica a la regulación del sistema de indemnizaciones vigente en el Estado Austriaco con anterioridad al año 2003, para posteriormente pasar a realizar un análisis muy completo y detallado sobre el sistema actual de indemnizaciones, señalando como punto especialmente relevante de tal regulación la adopción de un sistema propio de financiación mediante aportaciones empresariales a «Cajas de previsión Laboral», que tienen la capacidad de recolocar el capital ingresado. Esta regula-

ción, remarcan los autores, permite al trabajador acumular derechos económicos hasta su jubilación o hasta la rescisión unilateral por parte del empresario, momento en el que se capitaliza la cantidad acumulada a favor del trabajador. Finalizan el examen de este modelo mediante la concreción y explicación de las ventajas que esta política aporta al mercado de trabajo Austriaco.

En el marco de la formación profesional, los escritores de la obra afirman que la medida más exitosa en materia de política de empleo, es la denominada «carencia de formación profesional» o suspensión transitoria del contrato. Consiste, puntualizan los autores, en la liberación del trabajador de sus obligaciones laborales de forma simultánea a la supresión del salario pactada mediante acuerdo pactado con el empresario, sirviendo el periodo de carencia para desarrollar acciones formativas. Para concluir Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez, describen las ventajas e inconvenientes del modelo para empresarios y trabajadores.

Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez culminan el estudio, dedicando un simplificado análisis a las Fundaciones Laborales Austriacas, incidiendo en el virtuoso y eficaz papel que desempeñan estos organismos en el mercado de empleo, en torno a tres líneas de actuación: reintegración activa de los trabajadores afectados por una reducción de personal significativa, servicio de colocación y asistencia en la creación e implantación de proyectos empresariales propios y autónomos.

H. Reino Unido

Para concluir la obra Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez, hacen un repaso detallado, de las distintas políticas que en materia de empleo ha llevado a cabo Reino Unido bajo el concepto e influencia de la flexiseguridad.

En este subapartado, los autores destacan la concepción del contrato de trabajo como un

instrumento absoluto de flexibilidad laboral, al tener capacidad empresario y trabajador de negociar libremente la totalidad de las condiciones que regirán la relación laboral, instrumentalizada a través de un modelo único de contrato a disposición de la voluntad de las partes. En este sentido, abordan la configuración del despido libre en el marco del mercado de trabajo británico, entrando a estudiar los métodos de protección de los trabajadores a la finalización del contrato, que solamente opera para antigüedades superiores a dos años. Los autores, inciden en la desprotección que sufre el trabajador con contrato de corta duración.

Así, destacan la escasa rigidez existente en la regulación británica en cuanto a la constitución y extinción de la relación laboral se refiere, extremo que convierte el mercado de trabajo de Reino Unido, a juicio de los autores, en un modelo enormemente flexible.

Continúan el estudio analizando la función del Servicio Público de Empleo Británico o «Job-Center Plus» dedicado al acompañamiento y apoyo de los trabajadores en situación de desempleo desde el inicio de la inactividad hasta la formalización de un nuevo contrato de trabajo. Desde el prisma privado, los autores abordan y realizan un examen de la figura de la intermediación laboral, en torno a las agencias de empleo (empresas de colocación) y empresas de empleo (cesión de trabajadores para realización de proyectos en otras empresas).

En esta misma línea, finalizan la obra con la descripción del sistema de activación y prestaciones previstas para trabajadores desempleados denominado «Jobseeker's Allowance». En términos generales, explican los autores, se trata de un sistema mixto de activación y prestación, en virtud del cual, las obligaciones que asume el trabajador para poder recibir la prestación por desempleo, se van incrementando de forma proporcional al periodo de tiempo de inactividad del trabajador. Para terminar, dedican parte de este apartado, al examen del «Universal Credit», prestación integral para personas con o sin trabajo, que se gestiona mediante una cantidad básica personal, in-

crementada en función de las circunstancias personales.

4. El libro presentado nos da una visión muy completa y fundamentada del concepto de flexiseguridad analizando detalladamente su naturaleza jurídica, así como las pretensiones y objetivos de las instituciones y organismos Europeos en relación con su directa aplicabilidad y eficacia en la política económica de los Estados miembro, todo ello desde un punto de vista esencialmente funcional a través de un exhaustivo estudio de los elementos configuradores de las medi-

das, que en materia de mercado de trabajo, los principales países Europeos han instaurado a la luz del término rector de la obra: la flexiseguridad.

Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez concluyen que cada modelo de práctica económico-social refleja las características del país donde ha surgido, y su extrapolación a otros países requiere un detallado análisis de esas peculiaridades singulares cuya ausencia puede frenar o invalidar su eficacia.

CARLOTA SOTOMAYOR VELASCO
Abogada

BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LA POLÍTICA LABORAL Y SOCIAL EUROPEA

XXVII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Ediciones Cinca, 2017, 350 páginas

El libro recoge los trabajos –Ponencias y Comunicaciones– del XXVII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, celebrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas, de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, los días 1 y 2 de junio de 2017.

El profesor **Vicente-Antonio Martínez Abascal**, catedrático jubilado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad organizadora, estudia la flexiseguridad –¿mejor flexiguridad?– en el marco del Derecho de la Unión Europea (pp.19-68). Respecto de ella, en su Prólogo al libro, el profesor Jesús Cruz Villalón, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla, afirma que en esta ponencia se lleva a cabo un preciso análisis de las manifestaciones y contenidos concretos de la flexiseguridad, detallando los ámbitos de actuación y medidas en los que todo ello se ha pretendido concretar. Se efectúa una valoración de los resultados de las propuestas sobre la base de lo sucedido en algunas experiencias nacionales y algunas decisiones en el ámbito de la Unión Europea, preguntándose sobre el futuro de la flexiseguridad en el marco de la globalización económica y del impacto de la última crisis económica.

Por su parte, el autor afirma que la crisis económica de 2008 evidenció una vez más la quimera de una regulación del trabajo que fuera, a un mismo tiempo, flexible y segura en el ámbito del sistema económico capitalista desregulado. Por el contrario, el modelo económico de expectativas racionales y de mercados eficientes, libre de regulaciones estatales limitativas, mostró su falta absoluta de credi-

bilidad en la crisis, provocando el desempleo y la flexibilidad salarial descendente. La flexibilidad económica perseguida con denuedo por el capitalismo y alcanzada en sumo grado por el neoliberalismo imperante condujo, así, a una flexibilidad laboral carente de seguridad. Añade el autor que en ese marco económico, la finalidad del pleno empleo que los textos comunitarios siguen proclamando formalmente, mutará con la flexiseguridad en una propuesta de eventual garantía del empleo durante las transiciones profesionales entre distintos empleos y, de este modo, se registrarán dos escisiones de indudable calado por lo que a las políticas de empleo se refiere. Por una parte, la existente entre las propuestas doctrinales y comunitarias de la flexiseguridad y la crítica realidad económica y sociolaboral. Por otra, la constatable entre esas propuestas y los principios y derechos aceptados por el ordenamiento comunitario en torno al trabajo. El derecho a trabajar (art. 15.1 TFUE), el principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo, trabajo y retribución (art. 23.1 TFUE) o el derecho a trabajar en condiciones de respeto a la salud, seguridad y dignidad (art. 31 TFUE) sufrirán así serios embates durante la crisis, sin que hogaño se vislumbre de modo verosímil que el reequilibrio teórico propugnado por la flexiseguridad encarne en la práctica de las relaciones de trabajo tal como se configuran en ciertas normas comunitarias y en los ordenamientos de los Estados miembros, aunque entre ellos puedan apreciarse diferencias de grado en la extensión y eficacia del modelo flexiseguro.

La profesora **Magdalena Nogueira Guastavino**, catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid, más que una ponencia congresual escribe un auténtico libro sobre la lectura social de las disposiciones generales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o CDFUE (pp. 69-240)). En este caso, el profesor Cruz Villalón lo considera un estudio minucioso, en el que se combinan los pasos dados con las sucesivas reformas de los Tratados y su implementación por

vía del derecho derivado. Para analizar, paralelamente, el impulso dado por el Tribunal europeo –primero de la Comunidad y ahora de la Unión Europea–, que permite comprobar un proceso de cambio desde una posición «inhibicionista» a una actitud marcadamente «proteccionista» por vía de la consideración de los derechos fundamentales como parte de los principios generales del derecho comunitario. Asimismo, en esa clave histórica, la profesora Nogueira estudia los antecedentes de elaboración y maduración de la CDFUE como instrumento metodológico para comprender mejor la complejidad interpretativa de la norma a partir de su aprobación como texto jurídicamente vinculante con el rango de Tratado originario. Centrada la ponencia en la labor de diseccionar la configuración jurídica de la Carta como documento central en la materia, se adentra en lo que constituye su mayor elemento de complejidad, la caracterización general como texto jurídico vinculante al máximo nivel. En ese terreno aborda aspectos de enorme trascendencia jurídica como son los relativos al ámbito subjetivo de la Carta por lo que se refiere a los titulares de los derechos reconocidos como a sus destinatarios como sujetos obligados a su respeto, el condicionamiento de que se actúe en el marco de la aplicación del Derecho de la Unión, el nada fácil asunto sobre la eficacia directa autónoma, así como de su eficacia horizontal en las relaciones entre particulares, elemento central por lo que afecta de las relaciones laborales, en contraste con la implementación y respeto de las Directivas en materia social, con especial atención a la técnica de la interpretación conforme y sus límites. Asimismo considera las limitaciones a las que se enfrentan los derechos y libertades fundamentales recogidos en la Carta, con la nada fácil y controvertida distinción entre derechos y principios, que obliga a diferenciar entre los principios generales del Derecho de la Unión y los principios informadores de la propia Carta. No falta tampoco en la ponencia el debate sobre la protección multinivel de los derechos fundamentales, con la toma en consideración de la influencia en la interpretación del contenido de la Carta por parte de

los Tratados internacionales sobre la materia, con especial atención al Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por ende, a la actuación llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Explica la autora la particular relevancia del art. 53 CDFUE, destinado al «nivel de protección», precepto que estipula que «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros». En definitiva, según detallan las *Explicaciones*, se pretende «mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados Miembros y el del derecho internacional» señalando además que «se menciona, debido su importancia, el CEDH». Es una disposición común en los Tratados Internacionales y su inspiración directa proviene del art. 53 del CEDH que, titulado «protección de los derechos humanos reconocidos» declara que «ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte».

Al diálogo social y las relaciones colectivas de trabajo (pp. 241-278) se dedica la ponencia del profesor **Jordi García Viña**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Barcelona y, actualmente, ejecutivo distinguido de la CEOE. En su presentación, el profesor Cruz Villalón remonta la ponencia a las previsiones de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas de la década de los años cincuenta del siglo pa-

sado, así como a sus inicios con los encuentros de los interlocutores sociales en Val Duchese a mediados de los años ochenta del siglo pasado, realizando un recorrido por sus avatares, momentos de inflexión y momentos de auge. El trabajo hace un esfuerzo de definición del fenómeno, apoyándose en el concepto de tripartismo elaborado en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, así como en el concepto de diálogo civil enunciado por el Consejo Económico y Social Europeo, lo que atribuye al estudio una enorme utilidad práctica, en la medida en que describe con precisión el procedimiento de puesta en actuación del diálogo social a tenor de las previsiones del TFUE, con la premisa de la promoción del papel de los interlocutores sociales en el ámbito europeo, especialmente por la vía del mecanismo de la doble consulta en la elaboración de las Directivas de armonización y en la sucesiva implementación en el ámbito interno. Igualmente se describen las diversas manifestaciones del diálogo social tanto el bipartito como el tripartito, así como la mención a las diversas instancias orgánicas que canalizan la participación de los interlocutores sociales: Comité del Diálogo Social, el llamado diálogo «macro-económico», la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo, la interlocución con el Parlamento Europeo. Complementa el estudio la toma en consideración de la rica experiencia de diálogo social sectorial.

Por su parte, el autor insiste en que los interlocutores sociales comunitarios, en los últimos años, han desarrollado nuevos ámbitos de participación, entre los que destaca fundamentalmente el de la gobernanza económica de la Unión Europea y, dentro de este, el del Semestre Europeo, tanto a nivel comunitario como nacional. Este interés por participar en la cooperación económica y en la gobernanza de la Unión Europea se origina en las demandas de los propios interlocutores desde la puesta en marcha de la Estrategia Europa 2020 y los mecanismos posteriores de coordinación económica. Se resalta la importancia de la verdadera participación de los interlocutores sociales en las principales prioridades estra-

tégicas de las políticas de empleo, o sea, en el contexto del Semestre Europeo, que permita intercambiar puntos de vista sobre el crecimiento y las prioridades en materia de empleo, y de la misma manera, con carácter previo a las reuniones de los Consejos ECOFIN y EPSCO; en la que debe participar la Presidencia del Consejo. De la misma manera, se apuesta por el establecimiento de un mecanismo formato tripartito para el seguimiento y el intercambio de puntos de vista sobre la evolución salarial en relación con la productividad, la inflación, la demanda interna, el desempleo y las desigualdades en cuanto a ingresos. Tras pasar detenida revista a las Comunicaciones y Propuestas de 2013, 2014 y 2015, se constata que en el 2016 no ha habido avances prácticos en relación con la implicación de los interlocutores sociales en el Semestre Europeo. No obstante, hay que señalar que, durante este año, tanto las instituciones comunitarias, concretamente la Comisión Europea y el Consejo, como los interlocutores sociales de la Unión hicieron, en varias ocasiones, nuevamente referencia a la necesidad de que las organizaciones sindicales y empresariales europeas más representativas desempeñen un papel cada vez más relevante en el Semestre Europeo.

La cuarta y última ponencia, sobre la política social de la Unión Europea para los colectivos sociales desfavorecidos (pp. 279-328), está a cargo de la profesora **Sofía Olarte Encabo**, Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Granada. El profesor Cruz comenta en este caso la preocupación de la ponencia por hacer frente a los riesgos de pobreza y exclusión social en el seno de los territorios de los Estados miembros; un estudio que se realiza desde una perspectiva crítica. Así, partiendo de la delimitación conceptual de las expresiones «política social» y de «colectivos desfavorecidos», se procede a un análisis evolutivo de las políticas de lucha contra la exclusión social, con avance limitado en contraste con el paralelo auge de los instrumentos de *soft law*. La ponencia destaca la influencia en la orientación de las políticas nacionales de cierto tipo de proyectos

Europeos, básicamente la Estrategia Europa 2020, el Fondo de Ayuda para las Personas más Necesitadas (FEAD) y los programas en el terreno de la inserción socio-laboral y de atención de colectivos con problemas más severos y acentuados. De ahí la relevancia del Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social adoptado por el Gobierno español (2013-2016), en el que se percibe la proyección de los textos elaborados en el seno de la Unión Europea, bien que estas políticas tienen en verdad un limitado alcance, como evidencia el aumento de la pobreza y de la desigualdad social tanto en España como en el conjunto de la Unión.

La autora cierra su ponencia con unas interesantes y bien ordenadas conclusiones, resumidas en las cuatro siguientes:

1ª) Pese a que los Tratados han incluido este objetivo de lucha contra la exclusión social, las competencias residen principalmente en los Estados miembros, aunque ello no ha impedido que estas políticas sociales hayan experimentado un considerable desarrollo por parte de la UE como consecuencia del crecimiento de la pobreza y la exclusión social en Europa. La Estrategia Europa 2020 ha fracasado en este punto, aunque no se pueden negar los avances en el conocimiento, cuantificación y tratamiento de la cuestión, en parte como consecuencia de la crisis económica, pero también por el impacto de la crisis de refugiados, la crisis migratoria y las políticas de austeridad.

2ª) Las políticas de la UE en el área de pobreza y exclusión social han ido ganando en concreción: datos estadísticos, objetivos cuantificados, diferenciación de colectivos, consideración de repercusiones a largo plazo; se ha avanzado en un enfoque multidimensional, no solo centrado en la insuficiencia de recursos monetarios sino en la accesibilidad a los servicios que afectan a la calidad de vida y las oportunidades. Se ha creado un Fondo específico para atender situaciones de pobreza severa y esta preocupación gana peso en el seno de organismos como el Comité de Protección Social y los programas del FSE. Sin embargo, no

se ha llegado a implantar la transversalidad en las distintas políticas de la UE –incluidas las económicas–. Y su vinculación a las políticas de empleo, fuertemente condicionadas por las políticas económicas, ha derivado en una pérdida de cohesión social ya que los Estados se han visto condicionados por los imperativos de déficit público.

3ª) La influencia de las políticas de la UE en los distintos Estados es visible, no obstante, no hay una plena convergencia, ya que en cada caso se priman diferentes aspectos. En el caso de España, prima la lógica de la integración activa. Tras un primer período donde se primaron las pensiones no contributivas y las rentas mínimas de inserción, con una intensidad protectora baja, se ha evolucionado hacia un régimen de activación, descuidando otros instrumentos de inclusión, sobre la base de considerar la inclusión activa como la única vía de erradicación de la exclusión.

4ª) La política social europea de lucha contra la exclusión ha sentado las bases de un modelo de solidaridad activa, rentable y competitiva en la última década, dejando su implementación a los Estados, pero el contexto incertidumbre sobre el futuro de la EU abre escenarios alternativos que incidirán de forma muy decisiva sobre esta materia.

El libro se cierra con la Conferencia de clausura pronunciada por el profesor **German Barreiro González**, Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de León, sobre Trabajos, Servicios y Oficios en la novela estelar de Cervantes (pp. 329-343), buceando en sus páginas para encontrar en ellas una gran colección de oficios y profesiones, concluyendo una vez más que esta novela inmortal constituye un extraordinario e intemporal muestrario tipológico, cultural y sociológico de proyección universal.

Sigue, finalmente, la relación de las 60 Comunicaciones (pp. 345-350) dirigidas a las cuatro Ponencias (19 a la primera, 9 a la segunda, 8 a la tercera y 24 a la cuarta). Estas

Comunicaciones no se reproducen lógicamente en las páginas del libro, pero se incluyen digitalmente en el CD anexo.

En definitiva un libro colectivo de indudable relevancia en el área de la política laboral

y social europea, nueva muestra de la intensa actividad científica de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

SONSOLES DE LA VILLA DE LA SERNA
Abogada

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Bibliografía

INDICE DE ARTÍCULOS Y ESTUDIOS SOBRE DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL Y COMUNITARIO PUBLICADOS EN REVISTAS CIENTÍFICAS EN 2017*

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. «La prevención de riesgos laborales en las fuerzas armadas a la luz del derecho de la Unión Europea», *Trabajo y Derecho*, núm. 25, 2017.

La autora aborda en toda su complejidad el régimen jurídico de prevención de riesgos laborales de las Fuerzas Armadas. Se parte de la exclusión de este colectivo del ámbito de aplicación de la originaria LPRL española, debida, en buena medida, a la dificultad de proteger la enorme heterogeneidad de las actividades desarrolladas por el personal militar. La opción excluyente de la originaria LPRL fue revisada por el TJCE, cuestión analizada en profundidad en el trabajo, al igual que las adaptaciones de la legislación española a la Directiva marco, derivada de tal revisión. A partir de aquí, se diseña y expone el cuadro general de obligaciones en materia preventiva para este colectivo.

BANO, F., VALENTI, A. «La movilidad del trabajo *low cost*: el caso de Cerdeña (1)», *Trabajo y Derecho*, núm. 26, 2017.

El trabajo se adentra en las cuestiones jurídicas que plantea el fenómeno de la movilidad transnacional de los trabajadores. El foco de atención de los autores se centra en la región de Cerdeña y el uso de la figura del

desplazamiento, tal y como está regulada por la normativa de la Unión Europea, por las empresas italianas, sobre todo en el sector del turismo y la hostelería. Se examinan así, los instrumentos jurídicos que legitiman formalmente el uso del desplazamiento para este fin y se identifican cuáles pueden ser las formas más eficaces para enfrentar las consecuencias negativas para los trabajadores.

NIETO ROJAS, P. «Los acuerdos marco internacionales como una manifestación de la negociación colectiva en red (1)», *Trabajo y Derecho*, núm. 26, 2017.

La autora reflexiona de forma crítica sobre los acuerdos marco internacionales como expresión de la negociación colectiva en el contexto de la evolución de las organizaciones empresariales hacia la deslocalización de su actividad. Tanto las federaciones sindicales internacionales como las empresas multinacionales que protagonizan estos pactos, responden a intereses muy diversos, tal y como se pone de manifiesto en este trabajo a través del examen de ejemplos concretos. Los problemas de legitimidad presentes en la negociación son destacados por la autora entre sus conclusiones y propuestas sobre la materia.

* Elaborada por MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

MORENO LISO, L., RAMOS MARTÍN, N., «El trabajador autónomo económicamente dependiente en la Unión Europea: aspectos laborales y mercantiles», *Trabajo y Derecho*, núm. 27, 2017.

El fomento del autoempleo en Europa; la proliferación de nuevos empresarios que trabajan de forma individual o como microempresas, son apreciados por la autoras como cuestión que el Derecho comunitario ha de abordar inexcusablemente. Así, en su análisis se contemplan las dimensiones societarias y laborales de esta realidad, poniendo de manifiesto la necesidad de armonización respecto a los conceptos más básicos; la previsión de los términos; requisitos y límites en la contratación de trabajadores económicamente dependientes o la promoción de medidas de carácter público que eviten la proliferación de los denominados «falsos autónomos».

RODRÍGUEZ CRESPO, M^a. J., «Límites al uso abusivo de la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas. Un análisis a la luz de los recientes pronunciamientos del TJUE: asuntos María Elena López contra el Servicio Madrileño de Salud y Martínez Andrés (C-16/15) y Otro contra el Servicio Vasco de Salud (C-184/15)», *Revista de Información Laboral*, nº 4, 2017.

En este estudio la autora examina, a la luz de los recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2016), la adecuación de la normativa española en materia de utilización sucesiva de la contratación temporal. En particular, estudia su especial impacto cuando se emplea en el contexto de las Administraciones Públicas. Así, aborda aspectos fundamentales en esta materia como son el encadenamiento de contratos temporales en la Administración Pública y la transformación en indefinidos nos fijos de los contratos temporales del personal estatutario temporal.

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. «El «turismo social» en la Unión Europea antes y después del «Brexit». Comentario a las sentencias

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero y 14 de junio de 2016», *Revista de Información Laboral*, nº 3, 2017.

Las Sentencias dictadas por el TJUE a lo largo del año 2016 en las que se plantea, una vez más, el acceso a las prestaciones sociales de los ciudadanos comunitarios, da pie al presente estudio. En él la autora reflexiona sobre cómo Tribunal de Justicia refuerza su anterior interpretación restrictiva sobre el estatuto de los ciudadanos en la Unión Europea en materia prestacional, tal y como exigen algunos Estados miembros; en especial, Reino Unido. La autora sitúa la cuestión en un nuevo escenario, en el que es imprescindible tomar en consideración el impacto del Brexit.

DESDENTADO DAROCA, E., «El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016, dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas», *Revista de Información Laboral*, nº 3, 2017.

El despido del trabajador o la trabajadora enfermos siempre ha sido objeto de polémica y ha dado lugar a importantes pronunciamientos de la jurisdicción social ordinaria, de la constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La autora plantea poner de manifiesto dos problemas fundamentales en esta materia: en primer término, cuándo hay que entender que existe un supuesto de discapacidad y, en segundo lugar, cuándo el despido de la persona con discapacidad es discriminatorio. La STJUE de 1 de diciembre de 2016, dictada en el caso Daouidi, es examinada con suma atención, pues, como se destaca, ha introducido algunas precisiones y también nuevos interrogantes.

GORDO GONZÁLEZ, L., «La incorporación del comité de empresa europeo en la estructura de negociación española», *Revista de Información Laboral*, nº 3, 2017.

El autor analiza el proceso y consecuencias de la integración del comité de empresa europeo en la estructura de la negociación colectiva española. Así, destaca la sorpren-

dente disgregación entre el nivel de negociación nacional y el nivel comunitario, dada la dificultad que entraña la segmentación de las materias que son objeto de negociación en una economía necesariamente internacionalizada como es la europea. Un elemento que explica esta dificultad es el papel de las direcciones transnacionales de las empresas afectadas, con las consecuencias que ello trae en la delimitación e identificación de la interlocución para la parte social.

PÉREZ DEL PRADO, D., «Entre Trump y Trudeau: cláusulas laborales y libre comercio a la luz del CETA», *Revista de Información Laboral*, nº 3, 2017.

Con este estudio el autor llama la atención sobre el debate jurídico y político sobre el libre comercio. En efecto, tal y como expone, de un lado, la victoria de Donald Trump y su decisión de retirar a los Estados Unidos del Acuerdo Transpacífico ha revitalizado las posturas más proteccionistas y, de otro, Canadá y la Unión Europea han reaccionado acelerando el procedimiento de ratificación del Acuerdo Económico y de Comercio (CETA). En este último contexto, se hace necesario articular instrumentos adecuados y eficaces para que los presuntos beneficios del acuerdo alcancen al conjunto de la sociedad. Entre estos instrumentos, el autor destaca y examina las cláusulas laborales de los tratados de libre comercio, en cuya virtud se garantizan unos estándares mínimos, con el objetivo de reflexionar sobre su efectividad.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., «El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril relativo al tratamiento de datos personales, un primer acercamiento», *Revista de Información Laboral*, nº 2, 2017.

La aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos, supone la derogación de la Directiva 95/46/CE, con el

objetivo de adaptar la regulación comunitaria a los retos planteados por la rápida evolución tecnológica y a la globalización. Los autores exponen de forma crítica y certera los contenidos de este nuevo Reglamento, cuya entrada en vigor será en el 2018. Se subrayan novedades tan importantes como el derecho al olvido o el derecho a la portabilidad, que mejoran la capacidad de decisión y control de los ciudadanos sobre los datos personales que confían a terceros.

DEL POZO SEN, A., SUÁREZ CORUJO, B., «La estrategia Europa 2020 en España: el fracaso del empleo», *Revista de Información Laboral*, nº 2, 2017.

A través de este trabajo, los autores hacen un balance de la evolución del mercado de trabajo español en el marco de los objetivos de la Estrategia 2020. Con esta finalidad, parten de un diagnóstico de los problemas estructurales que ya existían en España en este ámbito antes de la crisis y, seguidamente, evalúan los avances y retrocesos que se han producido en los años más recientes. En la última parte del estudio se recoge un conjunto de recomendaciones sobre las orientaciones que deberían guiar, bajo su perspectiva, la política de empleo.

RAMOS QUINTANA, M.I., «El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea», *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017.

La autora inicia este estudio con un recorrido por la trayectoria social comunitaria, para enfocar los significativos avances de los derechos sociales en la Unión Europea. Sobre esta base, proyecta una mirada crítica sobre una iniciativa fundamental: el Pilar Europeo de Derechos Sociales, que marca como prioridad en la agenda de la Comisión Europea el desarrollo de la dimensión social comunitaria; con el objetivo de enfocar el crecimiento económico basándose en el empleo y la inclusión social. La autora profundiza sobre las razones que fundamentan el pilar social; su alcance jurídico; los principios en los que se asienta;

etc. Cierra su trabajo haciendo una reflexión sobre los desencantos y las expectativas que esta iniciativa ha generado.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «La eficacia general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2017.

El estado de la cuestión sobre la teoría del *Dritwirkung* es objeto de la revisión más lúcida por el autor de este trabajo. Se trata de un estudio que parte del vigente consenso doctrinal en torno a la tesis de la eficacia de las normas iusfundamentales en las relaciones entre privados para centrar el debate en definir el tipo y el *quomodo* de esa eficacia; esto es, en discernir cómo actúa el derecho fundamental en las relaciones privadas y precisar en qué medida se manifiesta dicha eficacia. Con este objetivo, en el estudio se analizan las tendencias del derecho comparado en la vigencia de la *Dritwirkung* a los derechos fundamentales de la persona que concierne un contrato de trabajo bajo la condición de trabajador.

SALA FRANCO, T., «Acerca de la Directiva comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada y de la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 14 de septiembre de 2016, sobre las indemnizaciones no previstas en la normativa nacional española relativa a los contratos de trabajo temporales de los trabajadores interinos», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2017.

A lo largo del presente trabajo, el autor muestra su posición sobre la Directiva sobre el trabajo de duración determinada y la STJUE de 14 de septiembre de 2014; origen de un encendido debate doctrinal y científico en torno al tratamiento indemnizatorio de los contratos temporales. Así, pone de manifiesto dos cuestiones fundamentales bajo su punto de vista –que la Directiva no incide sobre las causas de contratación temporal, principal problema que plantea esta modalidad de contratación; y que la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no acierta en la

comprensión del derecho español sobre el particular tema indemnizatorio–.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Protección Social complementaria y libertad económica en el ámbito comunitario: las cláusulas de designación», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2017.

En este artículo se analiza el supuesto de las limitaciones de los convenios colectivos en relación con la creación de instrumentos de previsión social complementaria. Se parte del examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia, del que se deriva la progresiva eliminación de los espacios antes reservados a la negociación colectiva en este punto. El autor señala cómo el derecho de la competencia se va infiltrando poco a poco en los espacios de regulación colectiva de las condiciones de trabajo, dando así respuesta a una reivindicación tradicional de los sectores empresariales.

LÓPEZ GANDÍA, J., «El requisito de la residencia para el acceso a prestaciones no contributivas de Seguridad Social», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2017.

El análisis de la STJUE de 14 de junio de 2016 (C-308-14) sirve de base para este estudio en el que se aborda la cuestión de si un Estado miembro de la Unión Europea está obligado a otorgar prestaciones no contributivas de Seguridad Social, no sólo a sus propios nacionales y a los ciudadanos de la Unión que residan en él legalmente, sino también a ciudadanos de la Unión cuya residencia en su territorio no sea legal por no cumplir los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38.

DUEÑAS HERRERO, L.J., «¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 01-12-2016», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2017.

El autor valora cómo el marco legislativo vigente puede acoger el nuevo concepto de discapacidad aportado por la STJUE Daouidi de

1 de diciembre de 2016, en consonancia con la Directiva 2000/78/CE; ahora bien, señala cómo la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo español en la materia debe evolucionar en la misma dirección que lo ha hecho el Tribunal europeo, de forma acompañada con la propia noción de discapacidad.

CABEZA PEREIRO, J., «Interpretación conforme, eficacia directa y otras técnicas al servicio de la primacía del derecho de la Unión Europea en el entorno de una legislación laboral contradictoria con las directivas de política social», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2017.

En este trabajo se realiza una valoración crítica de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español acerca de la aplicabilidad directa horizontal de determinadas Directivas; en especial, las de tiempo de trabajo y de despidos colectivos. A partir de aquí, el autor realiza una amplia reflexión sobre las características de las políticas sociales de la Unión Europea en el Derecho del Trabajo español. En el marco de esta reflexión, se apunta la necesidad de resolver las manifiestas incoherencias entre el Derecho interno y diversas Directivas a través de los oportunos cambios legislativos. Entretanto es importante que los órganos judiciales empleen los criterios establecidos para garantizar la eficacia de estas normas comunitarias.

GUINDO MORALES, S., «Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 6, 2017.

La autora aborda los problemas interpretativos generados por la excepción contemplada en el apartado 4 del art. 45 TFUE a la regla general que consagra el derecho social fundamental a la libre circulación de trabajadores y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados Miembros. Dicha excepción viene referida a los empleos en la Administración

Pública. Estos problemas interpretativos derivan de un tratamiento en exceso casuístico de la cuestión por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a pesar del papel activo que el Tribunal, junto a la Comisión Europea, ha desempeñado en la tutela de este principio de no discriminación.

ORTEGA LOZANO, P.G., «El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados» *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 7, 2017.

El autor realiza un análisis de la diversa y heterogénea problemática que presenta nuestro marco jurídico-positivo sobre el despido colectivo como figura extintiva del contrato de trabajo. Bajo su perspectiva, esta institución posee los rasgos necesarios para ser objeto de un análisis jurídico permanente por su complejidad y particular articulación normativa. La indeterminación causal es el origen de gran parte de las dificultades que presenta esta institución, de ahí que el autor se adentre en este aspecto con especial atención.

MONEREO PÉREZ, J.L., «Refugiados y derechos humanos: el estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 194, 2017.

El trabajo gira en torno al estatuto jurídico protector concedido a los refugiados, concebido como conjunto de derechos que garantizan un estándar mínimo de civilización jurídico democrático. A pesar de que el orden internacional garantiza este estatuto, el autor aprecia la relativa inefectividad práctica de esta normativa y del derecho al asilo, a la que se une el énfasis de la política europea de control de seguridad de los flujos migratorios, incluidas las migraciones forzadas. En este estudio se recogen propuestas elaboradas desde una perspectiva integral e integradora; atendiendo la tutela de los derechos humanos fundamentales de las personas migrantes, sin desconocer la necesidad de un control racionalizado de los flujos migratorios.

MARTÍN RODRÍGUEZ, O., «Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 194, 2017.

La autora analiza la limitación del tiempo de trabajo como derecho básico de los trabajadores para entrar a examinar las competencias de la Unión Europea en materia de tiempo de trabajo y la normativa comunitaria que lo regula. En particular, examina la Directiva 2003/88 y se adentra en los contenidos de las propuestas para su reforma. A continuación, se abordan los rasgos básicos de la legislación española sobre tiempo de trabajo y cómo se puede ver afectada por la aplicación de las directrices comunitarias. El estudio se completa con la resolución de cuestiones acerca de la posible consideración del desplazamiento como tiempo de trabajo y el cómputo y retribución de las vacaciones anuales.

BAVIERA PUIG, I., «Perspectivas del empleo de los jóvenes en el marco de la Estrategia Europa 2020», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 195, 2017.

Este trabajo estudia las iniciativas propuestas por Naciones Unidas y la Unión Europea con el fin de promover el empleo de la población joven. Como señala la autora, el desempleo entre los jóvenes no sólo tiene consecuencias económicas, sino que trae efectos sobre la sociedad en su conjunto. Así, aprecia una brecha clara entre las habilidades y los conocimientos que los jóvenes poseen en la actualidad y lo que se les exige en el mercado laboral; de ahí la relevancia de dar prioridad a las medidas dirigidas a mejorar y promover la educación y formación profesional de este colectivo. Una de las iniciativas más importantes, que son objeto de análisis en este trabajo, ha sido la puesta en marcha del Sistema de Garantía Juvenil en el marco de la Estrategia Europea 2020.

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M^a., «El fomento de los planes de pensiones del sistema de empleo

en el Reino Unido. Hacia una obligación empresarial», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 199, 2017.

El objeto de este estudio es analizar las más recientes reformas en materia de pensiones habidas en el Reino Unido con el fin de poner en evidencia posibles alternativas aplicables en el futuro en el sistema español. En efecto, la autora señala cómo la nueva realidad demográfica, que ha llevado al aumento del número de pensiones de jubilación, provoca graves ineficiencias en el sistema público de la Seguridad Social. En un contexto en el que los distintos Estados están endureciendo las condiciones de acceso a la protección, de modo que para alcanzar la tasa de sustitución entre salario y pensión se hace preciso que los trabajadores complementen sus aportaciones, la autora pone el foco de su investigación en las reformas de las pensiones de jubilación, atendiendo al principio asistencial, llevadas a cabo en el Reino Unido; a ello se suma la introducción de un sistema de aportación obligatoria a los planes de pensiones que gestionan las empresas.

MONEREO PÉREZ, J.L., «Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 45, 2017.

En este estudio su autor analiza los principios de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales. El principio articular en el que se apoya la unidad e indivisibilidad de los derechos fundamentales es la dignidad humana. A partir de aquí se argumenta jurídicamente la obligación de respetar el estándar de protección multinivel reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las tradiciones comunes a los Estados miembros. Seguidamente se expone el contenido del principio de «irregresividad» de los derechos fundamentales y su «relatividad» en la experiencia jurídica para terminar abordando el sistema de garantías multinivel de los derechos de los trabajadores y, en parti-

cular, el problema de su exigibilidad jurídica y «justiciabilidad».

LÓPEZ TERRADA, E., MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., «La reciente propuesta de reforma de los reglamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridad Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 45, 2017.

En este estudio se profundiza en los contenidos de la reforma de la actual normativa europea de coordinación en materia de Seguridad Social propuesta por la Comisión Europea el 13 de diciembre de 2016. Así, se examinan con detalle los cambios que se incorporan en cinco áreas diferentes de los Reglamentos de coordinación: prestaciones por desempleo; prestaciones asistenciales de duración indeterminada; acceso de los ciudadanos económicamente inactivos a las prestaciones sociales; Seguridad Social de los trabajadores desplazados y prestaciones familiares.

SERRANO ARGÜESO, M., EREÑAGA DE JESÚS, N., «El permiso de paternidad en Noruega ¿un espejo en el que España ha de mirarse?», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 45, 2017.

Las autoras centran su estudio en el atento examen de la regulación del permiso de paternidad en Noruega. Se trata de una medida con éxito desde el punto de vista de la implicación de los hombres en el cuidado de los hijos e hijas que lleva a ambas a realizar una comparación con la regulación más reciente de este permiso en España. De este modo, buscan evaluar las causas del fracaso de la misma en la sociedad española. Su objetivo es identificar las buenas prácticas presentes en el modelo Noruego y elaborar propuestas para una nueva y más adecuada proyección del mismo en nuestro país.

SÁNCHEZ PÉREZ, J., «¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios», *Trabajo y Seguridad Social*, nº 406, 2017.

En este trabajo el autor aborda la cuestión planteada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, Asunto C-395/15, que resolvía la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona acerca de si el despido disciplinario de un trabajador que ve prolongada su situación de incapacidad temporal da lugar a una situación discriminatoria, de acuerdo con la Directiva 2007/78/CE, de 27 de noviembre. En el estudio se examina el marco legal en juego –tanto español como comunitario–; los límites comunitarios a la hora de considerar la existencia de discriminación en supuestos de despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal; y finalmente, se reflexiona en torno a la trascendencia práctica de la sentencia y la probabilidad de consolidación de su contenido como jurisprudencia.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Temporalidad en el empleo público: abusos más frecuentes y reacciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Trabajo y Seguridad Social*, nº 407, 2017.

La autora elabora su reflexión constatando que el reclutamiento temporal por parte de las Administraciones Públicas, tanto de personal funcionario como de personal laboral ha ido en aumento y se ha visto contagiado de idénticos vicios que los que aquejan a la contratación a término en el sector privado. Asimismo, subraya cómo, ante las limitaciones impuestas por la tasa de reposición de efectivos, estamos ante una temporalidad artificial o ficticia, pues en realidad se atienden funciones de interés general a favor de los ciudadanos de a demanda continua. Por estos motivos, aborda los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ponen de manifiesto estos excesos, y exigen una rápida intervención del legislador para habilitar mecanismos de sanción que proporcionen una salida compatible entre la consolidación y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

MOLINA NAVARRETE, C., «El TEDH no da cheques en blanco a los padres intencionales: es legítimo que el estado evite la maternidad subrogada *de facto*», *Trabajo y Seguridad Social*, n° 408, 2017.

Con gran rigor, el autor aborda el objeto de su análisis: la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017, *Paradiso y Campanelli v. Italia*. A tal fin ahonda en el estudio del marco normativo, nacional, extranjero y europeo en torno a la maternidad subrogada. Seguidamente, hace balance acerca de cuál es el modelo de regulación dominante, concluyendo que lo habitual es la regulación restrictiva de esta práctica. Una vez dibujado el contexto, se exponen los hechos que dieron lugar a la sentencia comentada, así como la resolución judicial. Más allá, se expone la trascendencia de la doctrina contenida en esta sentencia y su impacto en la encrucijada jurídica española.

SOLER ARREBOLA, J.A., «Aproximaciones a la negociación colectiva de la empresa transnacional en su dimensión europea y global», *Trabajo y Seguridad Social*, n° 411, 2017.

El autor parte de una concepción de la negociación colectiva, dentro del diálogo social europeo, como uno de los garantes principales de conexión entre los diferentes actores sociales que intervienen en el mercado de trabajo. Esta premisa se pone en relación con la realidad de las empresas europeas internacionalizadas y la necesidad de interrelación de sus distintos centros de trabajo. En este estudio se recorren los diversos mecanismos sustentados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que doten de exigibilidad a los convenios a nivel de empresa transnacional.

VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., «La transposición (tardía) de la Directiva sobre control de desplazamientos transnacionales en la UE/EEE en el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo», *Trabajo y Seguridad Social*, n° 412, 2017.

En este artículo se hace un particular análisis de los nuevos sistemas de control de las autoridades laborales y la ITSS a través de la ampliación y mejora de las comunicaciones que han de realizar las empresas que se desplazan, la puesta en marcha de un registro central electrónico de dichas comunicaciones, la documentación que ha de estar disponible en El Centro de trabajo para la ITSS, que incluye el registro de la jornada laboral, la comunicación de los siniestrados laborales y la ejecución transnacional de las sanciones administrativas. Asimismo se analiza el fraude de ley en el desplazamiento junto con las consecuencias jurídicas y procedimientos que se pueden derivar de él. Todo ello, con base en la transposición tardía de la Directiva 2014/67/CE sobre el control de los desplazamientos transnacionales de trabajadores al ordenamiento español.

POQUET CATALÁ, R., «A vueltas de nuevo con la libertad religiosa: el uso del velo en el trabajo», *Trabajo y Seguridad Social*, n° 413-414, 2017.

En este trabajo se analiza el conflicto que surge en torno al uso del velo o pañuelo islámico mientras se está prestando el servicio dentro de una organización empresarial, pues entran en colisión el derecho fundamental a la libertad religiosa del trabajador y la facultad empresarial de organización y dirección. Para ello, se estudian los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la doctrina judicial nacional, recaídos en esta materia, con el objeto de sistematizar los criterios empleados.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La maternidad subrogada como generadora de derechos de conciliación laboral», *Trabajo y Seguridad Social*, n° 415, 2017.

En este artículo la autora analiza los actuales problemas surgidos en el ámbito de los derechos laborales derivados de esta nueva manera de ser padres y se proponen alternativas a la situación de inseguridad jurídica creada por las diversas interpretaciones juris-

prudenciales. Bajo la mirada de la autora la maternidad por subrogación se observa como una realidad social a la que el Derecho debe dar respuesta; en especial desde la perspectiva social, lo que incluye la protección de la parentalidad y del interés del menor. Se llama la atención sobre la oportunidad de valorar los aspectos más importantes de esta forma de maternidad y paternidad, como generadora de derechos de conciliación en el ámbito laboral y, consecuentemente, de prestaciones sociales.

SEIFERT, A., «Entre cooperación y conflicto social: el modelo alemán de participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las grandes empresas», *Documentación Laboral*, nº 109, 2017, Vol. I.

Este artículo analiza el modelo alemán de representación de los trabajadores en los consejos de vigilancia de las grandes empresas. Así, tras examinar el marco legal de estos órganos en las sociedades mercantiles, se analiza los tres modelos vigentes de representación en los órganos de dirección dentro del derecho alemán en el marco histórico en el que se aprobaron. Asimismo, se explican los principales problemas en la aplicación de estos tres modelos en la actualidad. Por último, el autor aborda los desafíos a los que se somete el ordenamiento alemán, fundamentalmente, bajo la presión de de las Directivas europeas sobre sociedad europea y fusiones transfronterizas.

BIASI, J., «Participación de los trabajadores en Italia: ¿por fin un avance definitivo de una saga interminable?», *Documentación Laboral*, nº 109, 2017, Vol. I

La autora aborda el tradicional modelo de relaciones industriales italiano que contrasta con el modelo por el que apuesta el art. 46 de la Constitución italiana. En efecto, mientras la norma constitucional de 1948 otorga a los trabajadores el derecho a cooperar en la dirección de las empresas, el diseño en la práctica del sistema de relaciones laborales italiano se funda en el conflicto. La llegada de la crisis económica ha supuesto, a juicio de la autora, un cambio de actitud en los inter-

locutores sociales, en mayor medida los sindicatos, que muestran un mayor interés en la negociación colectiva a nivel de empresa y en la participación en la gestión y dirección de la empresa.

MIMENTZA MARTIN, J., «Efecto de las directivas comunitarias sobre los derechos de participación y consulta en las grandes empresas multinacionales alemanas», *Documentación Laboral*, nº 109, 2017, Vol. I

Este estudio aporta una perspectiva comparada al análisis de los efectos de las directivas comunitarias en materia de participación y consulta de los trabajadores en las grandes empresas alemanas. La autora señala una nueva tendencia en Alemania hacia la limitación de los derechos de participación y consulta de los trabajadores en la empresa empleando el argumento fuerza de la aplicación de la normativa comunitaria en este punto. La cogestión alemana ha dejado de estar limitada al principio de territorialidad y ya no puede separarse de su dimensión europea; ahora bien, el problema subrayado por la autora es que las nuevas formas societarias pueden usarse para eludir la legislación interna, y con ello, para ignorar las garantías de participación y consulta.

MCGAUGHEY, E., «La participación de los trabajadores en el Reino Unido: el monopolio accionarial y el sistema de canal único sindical», *Documentación Laboral*, nº 109, 2017, Vol. I.

Se trata de un estudio de enorme interés para conocer, bajo una mirada crítica, el sistema de participación de los trabajadores en las empresas en el Reino Unido. El artículo explica la extensa historia de derechos de codecisión en las empresas británicas y la competencia por parte de la concepción rival constitucional: los esquemas de participación accionarial de los trabajadores.

Revistas Consultadas

Actualidad Administrativa

Derecho de las Relaciones Laborales

Diario La Ley

Revista de Información Laboral

Revista de Derecho Social

Trabajo y Derecho

La Ley Unión Europea

Revista General de Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social

Revista Española de Derecho del Trabajo

Trabajo y Seguridad Social

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MEYSS

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEYSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MEYSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportará las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicado y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proeditorial@meyss.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Tf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.meyss.es>

Guidelines for submitting collaborations to the MEYSS magazine

The magazine of the Ministry of Employment and Social Security (MEYSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MEYSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Employment and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: proproeditorial@meyss.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Phone number: 913632305

Fax number: 913632349

Internet: <http://www.meyss.es>

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

10 números
configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º ...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: sgpublic@meyss.es

Librería Virtual

<https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: *Luis Enrique de la Villa Gil* • ESTUDIOS: La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional. *Miguel Rodríguez-Piñero Royo* • La protección constitucional de las relaciones laborales transnacionales en España. *Luis Jimena Quesada* • Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero. *Paz Menéndez Sebastián* • Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de contrato individual de trabajo en España. *Guillermo Palao Moreno* • La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I. *Luis F. Carrillo Pozo* • Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo. *Miguel Gardeñes Santiago* • El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del Estado de prestación temporal de servicios. *Mireia Llobera Vila* • Las relaciones colectivas de trabajo en el Derecho Internacional Privado. *Olga Fotinopoulou Basurko* • Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social. *Yolanda Maneiro Vázquez* • LEGISLACIÓN: Crónica legislativa: la actividad de la Unión Europea. *Yolanda Maneiro Vázquez* • JURISPRUDENCIA: Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2016. *José María Miranda Boto* • DOCUMENTACIÓN E INFORMES: • Balance de la actividad del Consejo de la Unión Europea en materia de relaciones laborales y condiciones de trabajo, protección, inclusión social y seguridad social, política social e igualdad, 2014-2015. *Miguel Colina Robledo* • La gobernanza económica de la Unión Europea. Informe 02/2017. *María Prous Lora* • La brecha salarial de género en la Unión Europea: principales estrategias adoptadas para su eliminación desde una perspectiva comparada. *Raquel Vela Díaz* • Sobre el trabajo atípico en el mundo. Un Informe de la OIT. Paula de la Villa de la Serna • RECENSIONES Y BIBLIOGRAFÍA: • Recensiones: Buenas prácticas de empleo en Europa. Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez • Balance y perspectivas de la política laboral y social europea. Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social • Bibliografía: Índice de artículos y estudios sobre Derecho Social Internacional y Comunitario publicados en Revistas científicas, en 2017. *Maravillas Espín Sáez*.

