

EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA: PRESENTE Y FUTURO

Autores: Fotinopoulou Basurko, O. (COORD.).

Editorial: Atelier.

Esta obra monográfica titulada *"El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro"*, coordinada por Olga Fotinopoulou Basurko, emprende con maestría a análise da mobilidade internacional dos traballadores no ámbito comunitario. O libro aborda con profundidade a variada problemática dende o punto de vista técnico-xurídico e tamén práctico o desprazamento temporal de traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional e a súa plasmación na Directiva 96/71/CE e na Lei 45/1999 de transposición ao dereito interno español. A extensa obra, dividida en quince capítulos conta coa achega de diversos autores da mellor doutrina iuslaboralista, os cales seguindo diferentes liñas argumentativas intentan explicar este complexo fenómeno.

No primeiro capítulo, baixo o título *"Perspectiva socio-económica del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios"*, o autor Marcel Bonnet Escuela suxire o estudo dende unha perspectiva socioeconómica. En primeiro lugar, establece un marco xeral sobre o desprazamento de traballadores transnacionais na Unión Europea, e avalía aspectos tales como a valoración do número de movementos transnacionais de traballadores desprazados; a proximidade xeográfica e o peso que representan os autónomos dentro deste grupo de traballadores desprazados temporalmente.

En segundo lugar, elabora unha análise comparativa da actividade económica á que pertencen os traballadores desprazados entre Estados membros, poñendo o acento nos traballadores do transporte en España respecto aos da Unión Europea a partir de datos obtidos de fontes estatísticas e documentais nacionais. Finaliza o capítulo cun debate acerca da brecha salarial e a cuña fiscal para estes traballadores, resaltando que a falta dunha harmonización nestes dous aspectos, provoca unha diferenza salarial e unha presión fiscal diferente segundo o país que tome como referencia.

Da man de Mireia Llobera-Vila, plásmanse os capítulos segundo e terceiro. Por un lado, a autora examina a *"Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores"*, e recalca a problemática que xeran as primeiras normas en materia de desprazamento de traballadores, xa que estas disposicións non só desenvolven preceptos do Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europea en materia de libre circulación de traballadores, senón que tamén van dirixidas á supresión de obstáculos á libre prestación de servizos, polo que quedan así establecidas as orixes lexislativas desta institución equivalente a unha relación medio/fin entre a mobilidade dos traballadores desprazados e a dos seus empregadores, provocando así unha disparidade normativa. Segundo a autora, coa chegada do Regulamento 1612/68 relativo á libre circulación dos traballadores, se dá paso a unha nova regulación que abrirá a porta ao recoñecemento do dereito fundamental á liberdade de circulación dos traballadores desprazados comunitarios, xa que esta norma establece o principio de non discriminación en relación a "todo traballador dun Estado membro", sen excluír os traballadores desprazados comunitarios. Conclúe o capítulo, cunha análise prolixa do elemento de temporalidade e a definición de actividades significativas; dous requisitos básicos utilizados pola Directiva 2014/67/UE, para determinar se o desprazamento temporal do traballador é real.

Por outro lado, analiza as Barreiras Non Arancelarias (BNA). Neste capítulo a liña investigadora diríxese cara á Directiva 96/71/CE como *"Un instrumento de eliminación de barreras no arancelarias"*. A autora incide en que as dificultades xurídicas e políticas, dentro do sector terciario, ás que deben enfrontarse os procesos de liberalización económica son moi amplas. Isto provoca que os operadores económicos transnacionais se enfronten a unha realidade legal moi adversa. De aí, a insistencia na aplicación a nivel comunitario, do principio de remoción de BNA e o desenvolvemento de normas como as Directivas de Servizos, para eliminar as devanditas restricións.

Por outra parte, realiza un cotexo da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (en diante TXUE) nas cales a Directiva 96/71/CE actúa como norma de mínimos no nivel comunitario, e como norma de máximo en nivel estatal. Así, na xurisprudencia do TXUE, a devandita directiva desenvolve un rol de instrumento harmonizador que imposibilita a intervención estatal no seu ámbito regulador. Nese sentido, son especialmente relevantes as Sentenzas *Laval*, *Rüffert* e *Comisión contra Luxemburgo*.

O capítulo cuarto, titulado *"El concepto de trabajador temporalmente desplazado"*, da autoría de Isabel Ribes Moreno, dedica gran parte a analizar as diferentes situacións que poden derivarse dunha mobilidade internacional e as deficiencias que se formulan ante a construción dun concepto uniforme de traballador desprazado para a prestación de servizos transnacional. Destaca que ante a ausencia de tal concepto, a súa acepción se foi elaborando conforme á interpretación do TXUE, ao partir da descrición dos supostos de desprazamento transnacional de traballadores no marco da Directiva 96/71/CE.

A continuación, analiza de forma minuciosa as tres circunstancias que a Directiva considera como elementos identificativos dun traballador desprazado. A primeira delas é a temporalidade da prestación; a segunda, existencia dun vínculo contractual co empregador que o traslada e por último a habitualidade no referido vínculo laboral.

Finaliza o capítulo cunha mención a outros supostos controvertidos de traballadores desprazados temporalmente, como son os traballadores do transporte por estrada e empregados de liñas aéreas, teletraballadores, traballadores fronteirizos, traballadores en formación, etc., e coa aseveración de que a pesar das modificacións operadas pola Directiva 2014/67/UE para identificar con maior claridade os supostos de desprazamentos e previr abusos, estas seguen sendo insuficientes.

Baixo o título *"El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal"*, obra de Dulce María Cairós Barreto, iníciase o capítulo quinto. Nesta ocasión, a autora realiza un estudo pormenorizado de cada un dos tres elementos conceptuais que enuncia a Directiva para considerar un desprazamento temporal transnacional. En primeiro lugar, o negocio que dá amparo ao suposto de feito debe producirse entre dúas empresas validamente instaladas en máis dun Estado membro. En segundo lugar, o desprazamento debe ser temporal e por último; debe ter como obxecto a realización dun tipo de actividade no marco do contrato de traballo celebrado coa empresa de orixe.

A autora recalca que estes requisitos son enunciados con bastante xeneralidade, polo tanto, a falta dun deles non converte ao desprazamento en irregular ou ilícito con carácter xeral, senón que se declara fóra do ámbito de regulación da Directiva, co cal se ten que acudir, nestes casos, ás normas de determinación de lei aplicable, en especial ao Regulamento sobre lei aplicable ás obrigas contractuais (Roma I).

Outra cuestión moi interesante estudada neste capítulo refírese a uns supostos coñecidos como *letter-box companies* ou empresas caixa de correo ou pantalla. Sobre este particular, sinala, que se está ante unha gran problemática difícil de controlar, orixinando amplas lagoas xurídicas, que se denunciou en múltiples ocasións. É unha práctica bastante frecuente nestes últimos anos, onde unha empresa se establece legalmente nun Estado membro pero

non desempeña ningunha actividade real, senón que o fai só para beneficiarse da súa lexislación de traballo e da súa seguridade social. Este fenómeno ten como obxectivo burlar as regras de competencia contribuíndo a promover o *dumping* social e as desigualdades dentro da Unión Europea.

No capítulo sexto, Juana María Serrano García circunscribe o estudo en torno á *"Responsabilidad en las contratas y subcontratas en el ámbito comunitario y las necesidades de cambio de la normativa estatal"*. Este capítulo xira en torno ao desprazamento de traballadores dentro da UE no marco dunha contrata ou subcontrata pero non só dos problemas de desprazamento internacional, senón tamén cos propios das externalizacións. A autora dá conta da posición doutrinal acerca da introdución dun principio de igualdade de trato entre traballadores da empresa principal e a empresa contratista en sede de externalización produtiva. É dicir, que os Estados membros deberían obrigar o contratista principal a que só acepte subcontratistas se estes se comprometen a respectar determinadas normas, como por exemplo as derivadas de convenios colectivos. Desta forma, se se adopta unha norma desta natureza a nivel nacional, os Estados membros poden tamén aplicala aos subcontratistas que desprazan traballadores ao seu territorio.

Por outro lado, precisa que o sistema de responsabilidade establecido na Directiva 2014/67 en materia de contratas e subcontratas é unha norma de mínimos, discrecional e ademais reducida, pois se limita ao primeiro nivel da cadea de contratas, é dicir, "ao contratista do que o empregador sexa o subcontratista directo". Non obstante, a norma comunitaria non pon límites á subcontratación, facendo fincapé en que tivese sido conveniente unha disposición que limite tamén o número de niveis de subcontratación. Conclúe dicindo que a citada Directiva adoece dunha falta de contundencia e non é suficientemente esixente cos Estados membros en canto ás responsabilidades esixibles ás empresas implicadas, aos aspectos polos que se pode responsabilizar ou a extensión das cadeas de

subcontratación, quedando en mans das leis de transposición estatais un nivel máis alto de tales esixencias.

No transcurso do capítulo sétimo titulado: *"Repensando el núcleo duro de condiciones de trabajo en el estado de acogida y la protección de los trabajadores desplazados"*, a súa autora, María Encarnación Gil Pérez, estuda dende o punto de vista técnico-xurídico o fenómeno do desprazamento temporal no marco da prestación de servizos transnacional e o desenvolvemento normativo na Directiva 96/71 CE, na Lei 45/1999, do 29 de novembro, de transposición ao ordenamento español e a Directiva 2014/67/UE. Neste contexto, sinala que o obxectivo da Directiva 96/71/CE foi unificar as condicións de traballo e emprego dos traballadores transfronteirizos no marco das prestacións de servizos intracomunitarios para evitar desigualdades dada a diversidade de ordenamentos xurídico-laborais existentes no ámbito comunitario. Por iso, establecéronse unha serie de condicións de traballo e emprego mínimas que permita dotar de seguridade xurídica e igualdade de trato en materia laboral a estes traballadores. Non obstante, trátase dunhas condicións mínimas que non implican igualdade total entre os traballadores.

A continuación, o traballo investigador oríentase ao estudo dos principais compoñentes deste contido mínimo nas condicións de traballo e os diversos problemas que suscita. Por exemplo; o tempo de traballo ou o salario mínimo interprofesional, a seguridade e saúde dos traballadores, o dereito á igualdade de trato e non discriminación, así como o dereito á libre sindicación e os dereitos de folga e reunión destes traballadores desprazados, etc.

Outro capítulo destacado desta monografía é o que se encontra no número oitavo, relacionado con *"El papel de los interlocutores sociales en el establecimiento de las condiciones laborales en el estado de acogida de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional"*, asinado por Natividad Mendoza Navas. Ao respecto, analiza detidamente os contidos da negociación colectiva e a tutela dos intereses dos

traballadores desprazados a través dos representantes, referíndose en forma particular aos comités de empresa.

Trátase pois, dun rigoroso estudo sobre que cobertura ofrece a negociación colectiva tanto aos traballadores desprazados dende España a outro Estado membro como a aqueles que teñen como país de destino a España. Sobre isto, sinala a autora, que a pesar de que a negociación colectiva se considera o instrumento idóneo para establecer e garantir os dereitos laborais dos traballadores desprazados, a realidade apunta a que os convenios colectivos apenas se pronuncian ao respecto. Indica ademais, que é necesaria a intervención das instancias de representación do persoal en especial dos que actúan a escala europea, ao ser este o espazo no que se desenvolven os desprazamentos.

Un dos temas máis interesantes da obra encóntrase no capítulo nove e leva por título *"Contratación pública y cláusulas sociales en el marco del desplazamiento temporal de trabajadores"*, a cargo de José María Miranda Boto e Olga Fotinopoulou Basurko.

Froito dunha magnífica análise, os autores introducen o estudo, indicando que é preciso un breve deslinde terminolóxico entre as "cláusulas de emprego e condicións de traballo" daquelas cláusulas simplemente "sociais". Isto é así, debido a que nas diferentes versións lingüísticas da Directiva 2014/24/UE se expón esta dualidade en termos lexislativos. E segundo que ordenamento se examina, a tradución destas palabras pode ter consecuencias transcendentais.

Destacan que a cuestión sería irrelevante, se na normativa europea do século XXI, os contidos "sociais" non tivesen anulado completamente á outrora cuestión social reverenciada nos diversos idiomas.

Ao entrar en materia propiamente, abordan con detemento a evolución histórica normativa aplicable en materia de cláusulas sociais no marco dunha contratación no sector público.

Esta desagregación normativa iníciase coas Directivas aprobadas nos anos 70, en cuxo contido podía apreciarse unha mínima mención da materia social. Con posterioridade, houbo un leve avance, ata chegar ao dereito xeral vixente do ano 2016 no que se aproba a nova regulación sobre contratación pública na Unión Europea. Nese sentido, os autores poñen o acento na Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, pois, no seu contido a dimensión socio-laboral gañou presenza.

Respecto ao panorama xurisprudencial do TXUE en materia de contratación pública, condicionada por cláusulas de tipo laboral, os autores contraponen uns pronunciamentos nos que se deduce un cambio de postura por parte do tribunal europeo. Así, en primeiro lugar tráese a colación o caso *Rüffert* e o caso *Bundesdruckerei*, onde era palpable unha clara preferencia polos intereses mercantís sobre o social. En segundo lugar, o caso *RegioPost*, no cal se aprecia un xiro á posición adoptada polo tribunal nos anteriores casos, dando indicacións claras de como poñer en práctica as cláusulas de contido socio-laboral na contratación pública, impulsando deste modo a nova regulación vixente a partir do 2016.

Finalizan este título facendo unha breve referencia ao art.º 4 do Regulamento N.º 3577/92, do 7 de decembro, polo que se aplica o principio de libre prestación de servizos aos transportes marítimos dentro dos Estados Membros (cabotaxe marítima), onde se permite incluír cláusulas sociais nos pregos de condicións no marco de transporte de cabotaxe marítima intraeuropeo.

O capítulo dez titulado "*El desplazamiento de trabajadores de terceros Estados al espacio de la Unión Europea*", autoría de Xosé Manuel Carril Vázquez, aborda, por un lado, o tema do desprazamento laboral de nacionais de terceiros países que, residindo e traballando no territorio da Unión Europea por conta dun prestador de servizos aquí establecido, son desprazados no marco dunha prestación de servizos a outro Estado membro. E, por outro lado o desprazamento laboral de nacionais de terceiros países que, residindo e traballando fóra do territorio da Unión Europea por conta dun prestador

de servizos de terceiros países, teñen que trasladarse ao devandito territorio para desenvolver a súa actividade laboral.

Nese sentido, destaca o autor, que o dereito dos prestadores de servizos dun Estado membro a desprazar ao seu persoal aínda que se trate de persoas que non sexan cidadás da Unión Europea senón nacionais dun terceiro Estado, sempre que estea legalmente no territorio da Unión Europea, é unha cuestión non harmonizada no plano da Unión Europea, pero se recoñece como un dereito implícito á libre prestación de servizos na xurisprudencia do TXUE, con especial referencia ás numerosas propostas específicas para cubrir esta ausencia de regulación.

Por outro lado, tamén analiza a mobilidade laboral específica ligada á existencia de intercambios de servizos a nivel internacional que son obxecto de negociación no marco do Acordo Xeral sobre o Comercio de Servizos da Organización Mundial do Comercio e dos Acordos de Libre Comercio bilaterais, complementada e facilitada pola Directiva 2014/66/UE.

Dentro do extenso capítulo once, titulado *"Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. temporalidad en las normas de derecho internacional privado del trabajo europeas"*, Olga Fotinopoulou Basurko aborda en forma de reflexión acerca da influencia futura das distintas interpretacións realizadas polo Tribunal de Xustiza sobre a noción de habitualidade e territorialidade; dous elementos esenciais para identificar a aplicación do criterio *lex loci laboris*, contida no art.º 8.2 Roma I e sobre o que se proxecta o mecanismo corrector da Directiva 96/71/CE.

A partir de aquí, a autora suxire un substancioso debate sobre a problemática que se xera en torno a dous elementos: en primeiro lugar, a territorialidade, identificada co complexo concepto de "país", indicando que non sempre é doado determinar, en especial naquelas prestacións plurilocalizadas que non se desenvolven dentro da soberanía dun Estado. Por iso, sostén que o art.º 8.2 Roma I debería someterse a unha revisión, pois, sería máis conveniente

utilizar como referencia a noción "lugar" que non "país" que contén o Regulamento Bruxelas I (bis) tal como o veñen interpretando a xurisprudencia do TXUE como os teóricos do Dereito Internacional Privado.

En segundo lugar, o elemento da "habitualidade", criterio, que tampouco está exento de complicacións interpretativas pois é necesario contraponer a noción de "temporalidade". A distinción interpretativa destes elementos foise xerando a través da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza en casos moi destacados como o de *Mulox, Rutten, Koelzsch e Schlecker*.

Así mesmo, a autora reprocha a ausencia dun criterio temporal para determinar os supostos de desprazamento transnacional de traballadores. Pois, tanto os instrumentos conflituais coma a Directiva 96/71/CE gardan silencio en relación coa concreción dun prazo que defina a temporalidade. Neste sentido, destaca que se ben é certo, que a Directiva 2014/67/UE ten establecido unha serie de criterios para concretar esta noción controvertida, a dificultade para delimitala segue estando moi presente.

A continuación, no capítulo doce, da man de Ascensión García Trascasas, cuxo título "*Desplazamiento de trabajadores y acciones colectivas en conflictos transnacionales*" describe a situación dos traballadores do sector transporte, cuxas condicións de traballo se consideran altamente precarias e é considerado un colectivo particularmente afectado polo *dumping* social. Tamén pon de relevo as diferentes propostas de actuacións sobre os traballadores desprazados e sobre a relación entre liberdades económicas e o exercicio de medidas de conflito colectivo.

Nesta sección tamén dá conta da xurisprudencia do TXUE mencionando un cuarteto de importantes sentenzas, como é o caso *Viking, Laval, Rüffert* e *Comisión contra Luxemburgo*, para facer unha crítica sobre a liña seguida polo tribunal. Nestes casos, fixéronse unha serie de pautas negativas para os traballadores e as súas organizacións representativas e que a pesar de transcorrer unha década dende o seu

pronunciamento non foron corrixidas. Tamén analiza a especial repercusión que tivo esta xurisprudencia nos ámbitos nacionais dalgúns Estados membros, producindo graves efectos para o dereito á liberdade sindical e a defensa dos dereitos dos traballadores.

No transcurso do capítulo trece, titulado *"Acceso a la información en el marco de las condiciones de empleo y la cooperación administrativa entre los estados miembros en el contexto del desplazamiento de trabajadores"*, os profesores Miren Edurne López Rubia (Prof. TEU de Dereito do Traballo e da Seguridade Social, UPV/EHU) e Mikel Urrutikoetxea Barrutia (Profesor Colaborador, UPV/EHU) fan unha crítica á regulación contida na Directiva 96/71/CE sobre o acceso á información, para destacar que é bastante parca e escasa. Tamén sinalan que a falta de información xera distorsións e desigualdades no mercado e para corrixilo e lograr un equilibrio é necesaria a mellora do acceso á devandita información.

Deste modo, poñen de manifesto que un dos obxectivos da Directiva 2014/67/UE é mellorar este aspecto e facilitar o cumprimento das condicións de emprego aplicables no Estado membro de acollida, obrigando os Estados á adopción de determinadas medidas para garantir que os prestadores de servizos poidan acceder á información sobre condicións de emprego respecto dos traballadores desprazados. Resaltan tamén dúas novidades importantes nesta directiva. Unha delas é a posta en funcionamento dun sitio web único a nivel nacional dispoñible de forma pública e gratuíta e outro, referido á existencia dun mandato de asistencia mutua entre os Estados membros sen demoras e de forma xustificada.

No penúltimo capítulo, baixo a rúbrica *"Seguimiento del cumplimiento de la Directiva 2014/67/UE y de la Directiva 96/71/CE: el papel de la inspección de trabajo"*, da autoría de María Luisa Martín Hernández, afonda na análise das principais dificultades que presenta o control das situacións de desprazamento, a falta de eficacia e observancia por parte dos Estados das prescricións a Directiva 96/71/CE que

non só obedecen a razóns de índole xurídica senón tamén a motivacións de carácter fundamentalmente práctico.

Para un estudo máis profundo sobre o tema, relaciona as diferentes Resolucións aprobadas polo Parlamento Europeo ao longo desta última década, para corrixir estes inconvenientes, en especial no relativo á falta de execución das disposicións da Directiva dentro dos lugares de traballo e á ausencia de control adecuado por parte dos organismos competentes nos Estados.

Ao continuar co estudo, resalta as previsións da Directiva 2014/67/UE cunha desagregación dos requisitos que deben cumprir as medidas de seguimento e control adoptadas a nivel interno polos Estados membros. Remata o capítulo cunha análise detallada dos medios materiais e humanos cos que deben contar os devanditos Estados para aplicar efectivamente as específicas medidas de supervisión e comprobación establecidas.

No epílogo desta extensa obra, encóntrase o traballo realizado por Nieves Martínez Gayoso, titulado *"Algunos aspectos sobre las garantías de cumplimiento establecidas para facilitar la protección de los trabajadores desplazados"*.

A autora pretende despexar fundamentalmente, se o ordenamento xurídico español puxo en funcionamento suficientes mecanismos para garantir o cumprimento da Directiva 96/71/CE ou pola contra, se, á luz da Directiva 2014/67/UE, fai falta unha adopción de medidas para harmonizar a directiva co dereito interno. O estudo céntrase en dous eixes: por un lado, a intervención dos sindicatos na tutela xudicial dos traballadores desprazados e por outro lado, a extensión das responsabilidades na subcontratación cara ao contratista.

Estuda con detemento o papel procesual do sindicato na defensa, tanto dos seus propios intereses como a dos intereses colectivos. Tamén fai mención ao papel das asociacións empresariais nos conflitos individuais de transcendencia colectiva. Neste sentido detense particularmente na análise dos principais supostos nos que poden intervenir como coadxuvante. Respecto á

responsabilidade na subcontratación, reitera que a regulación española nesta materia vai na liña de responsabilidade que propón a Directiva 2014/67/UE. A esta conclusión chega despois dunha exhaustiva análise comparativa co artigo 42.2 do Estatuto dos Traballadores.

NIDIA ESTHER AQUINO AQUINO

Abogada

niditaesther@gmail.com