

# OTRA LECTURA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES (DEL ASUNTO *ARBLADE AL PORTUGAIA*)

Por ANA QUIÑONES ESCÁMEZ\*

## SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LEY APLICABLE AL CONTRATO Y LEYES DE POLICÍA: 1. INTERESES PROTEGIDOS POR LA NORMA NACIONAL Y POR EL DERECHO COMUNITARIO: ¿SE TRATA SÓLO DE PROTEGER AL TRABAJADOR DESPLAZADO? 2. CARÁCTER DE LEYES DE POLICÍA DE LAS DISPOSICIONES NACIONALES: ENCUADRE EN EL ART. 7 DEL CONVENIO DE ROMA.—III. CUESTIONES ARMONIZADAS POR LA DIRECTIVA 96/71: PRECISIÓN DEL LLAMADO «NÚCLEO DURO» Y ELECCIÓN DE LEY.—IV. COMUNITARIZACIÓN DEL LLAMADO «NÚCLEO DURO» Y PRIORIDAD DEL TRATADO DE ROMA SOBRE LAS LEYES DE POLICÍA NACIONALES.—V. NECESIDAD DE UN TRATO DISTINTO PARA LAS CUESTIONES QUE INTEGRAN EL LLAMADO «NÚCLEO DURO»: PROPUESTA DE CONCILIACIÓN ENTRE LA DOCTRINA DEL TJCE Y LA DIRECTIVA 96/71.—VI. OBSTÁCULOS DISCRIMINATORIOS: DISCRIMINACIONES ENCUBIERTAS.—VII. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos cuatro años, el TJCE se ha pronunciado en repetidas ocasiones acerca de la compatibilidad de las normas imperativas nacionales aplicables al desplazamiento temporal de trabajadores con el derecho

---

\* Profesora Titular. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

comunitario <sup>1</sup>. El TJCE fundamenta su respuesta sobre la sola base de los artículos 59 y 60 del Tratado CE (actualmente, artículos 49 y 50 CE) relativos a la libre prestación de servicios. En ninguna de sus decisiones ha podido fundamentar sus considerandos en base a la Directiva 96/71, sobre desplazamiento de trabajadores, ya que en el momento de producirse los hechos que originaron los litigios no había expirado el plazo para su incorporación al derecho interno <sup>2</sup>.

En los asuntos *Arblade* (1999), *Mazzoleni* (2001) y *Portugaia* (2002), el TJCE ha sido interrogado sobre si los trabajadores de una empresa establecida en un Estado miembro (en adelante, EM), que son desplazados temporalmente a otro EM, deben beneficiarse del salario mínimo previsto en dicho país, más favorable que el previsto en el EM en donde está establecida la empresa y los trabajadores prestan habitualmente los servicios. La cuestión central del salario mínimo se plantea, a veces, junto a otras cuestiones relativas a la documentación administrativa y a las cotizaciones sociales; en otros casos, son las vacaciones pagadas la remuneración debatida (*Finalarte*, 2001).

Dos extremos deben distinguirse en el razonamiento que hace el TJCE. No constituye una novedad el que se considere que los trabajadores desplazados deban ser retribuidos según el salario mínimo interprofesional del EM donde se ejecuta temporalmente el trabajo. Este principio forma parte del derecho social europeo, del Derecho internacional privado común a los Estados miembros y de la jurisprudencia del propio TJCE <sup>3</sup>. Sí constituye en cambio una novedad el que, en los asuntos *Arblade* (1999) y,

<sup>1</sup> *Arblade*, 23 de noviembre de 1999 (C-369/96), *Guillaume y otros (Mazzoleni)*, 15 de marzo de 2001 (C-165/98), *Finalarte*, 25 de octubre de 2001 (C-49/98) y *Portugaia*, 24 de enero de 2002 (C-164/99). A éstos habría que sumar los asuntos en materia de cotizaciones sociales —Fitzwilliam (1999), Plum (2000), entre otros— de los que no nos ocuparemos aquí por ser objeto de regulación comunitaria propia.

<sup>2</sup> Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 (DOCE n.º L 18 de 21 de enero de 1997). El plazo de transposición expiró el 16 de diciembre de 1999. En España se ha adoptado la Ley 45/1999, de 29 de noviembre.

<sup>3</sup> Del célebre asunto *Rush* (1990) al último asunto *Portugaia* (2002) todos parten de este principio: C-62 y 63/81, *Seco, Rec.* p. 223, punto 14; C-113/89, *Rush Portuguesa, Rec.*, p. I-1417, punto 18, C-43/93, *Vander Elst, Rec.* p. I-3803, punto 23, C-272/94, *Guiot, Rec.* p. I-1905, punto 12, y los citados en la nota número 1. La doctrina de la STJCE *Rush Portuguesa* se recoge en la Directiva 96/71/CE como se reconoce, también, en la Exposición de Motivos de la Ley española 45/1999, de 29 de noviembre.

notablemente, en el asunto *Mazzoleni* (2001), el TJCE abra una puerta al control de proporcionalidad.

El TJCE define en el asunto *Arblade* lo que cabe entender como leyes de policía y de seguridad: «las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él» (punto 30). E indica que están sujetas a control de proporcionalidad: «La pertenencia de las normas nacionales a las leyes de policía y de seguridad no las exime del respeto a las disposiciones del tratado, so pena de vulnerar la primacía y la aplicación uniforme del derecho comunitario» (punto 31). Incluso para la cuestión central del salario mínimo interprofesional señala en el asunto *Mazzoleni* que: «incumbe a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida determinar si la aplicación a la referida empresa de una normativa nacional que establezca un salario mínimo es necesaria y proporcionada para garantizar la protección de los trabajadores afectados y, de ser así, en qué medida»<sup>4</sup>.

Esta incidencia del derecho comunitario en el Derecho internacional privado de los Estados miembros ha venido preocupando a la doctrina<sup>5</sup> y a la jurisprudencia del TJCE<sup>6</sup> en los últimos años. La tesis más audaz

<sup>4</sup> Extraído del fallo del TJCE en el asunto *Mazzoleni* (2001).

<sup>5</sup> Pueden consultarse diversas aportaciones ya clásicas en la obra colectiva, P. LAGARDE y B. v. HOFFMAN (ed.), *L'Europeisation du droit international privé*, Publicaciones de la Academia de Treves, 1996, y M. FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne», *Recueil des Cours*, 1995, pp. 9 y sgs., esp. 257 y ss.

<sup>6</sup> Junto al citado asunto *Arblade* en materia de desplazamiento de trabajadores, destaca el asunto *Ingmar* relativo al contrato de agencia (C-381/98, TJCE, 9 de noviembre de 2000, *Rec. I*, p. 9305, (comentario de A. FONT SEGURA, «Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo», en *Revista de Derecho comunitario*, 2000, p. 259-279). Se trata de saber si un agente comercial, que ejerce su actividad en la Unión Europea puede invocar las disposiciones imperativas nacionales de origen comunitario cuando el contrato se regula por la ley de un tercer Estado (California). El TJCE responde afirmativamente. Las disposiciones comunitarias son tenidas por disposiciones internacionalmente imperativas. La cuestión ha sido, empero, controvertida en la jurisprudencia interna de los Estados miembros (v. gr., Cour de Cassation francesa que se ha pronunciado, al mismo tiempo que el TJCE, de forma distinta en su decisión de 28 de noviembre 2000, *Allium c. Alfin, Dalloz*, 2001, jur., p. 305 y ss., *Journal de droit international*, 2001-2, p. 511, nota J. M. JACQUET.

consistente en demostrar la existencia de normas de conflicto ocultas en el derecho comunitario —desgajadas de los principios de libre circulación de mercancías y de libre prestación de servicios, y destinadas a sustituir las normas de conflicto existentes en los Estados miembros—, ha sido rechazada por la mayor parte de los autores, sin dejar de reconocerse la incidencia del derecho comunitario en las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros. En estos términos se plantea, hoy, el debate ocupando la cuestión del derecho aplicable al contrato de trabajo en el marco del desplazamiento de trabajadores un lugar destacado.

La proyección de la jurisprudencia que nos ocupa a los supuestos en los que la citada Directiva 96/71 ya sea aplicable ha captado, también, la atención de los autores que comentan estos asuntos. El profesor belga Marc Fallon, en su nota al asunto *Arblade* (1999), opina que esta decisión, y concretamente el control comunitario de proporcionalidad al que se sujeta la normativa nacional, «no constituye un ejercicio de puro estilo» (sino que) «Supone un antecedente y podría tener un impacto en el futuro»<sup>7</sup>. Y de hecho sus previsiones se han visto confirmadas y reforzadas con posterioridad, incluso para la cuestión central del salario mínimo, en el citado asunto *Mazzoleni* (2001)<sup>8</sup>. Decisión, esta última, que, también ha merecido comentarios que destacan su vocación de futuro<sup>9</sup>. Incluso se han formulado propuestas doctrinales legislativas sobre la base del asunto *Arblade* (1999), como la del Grupo Europeo de Derecho internacional privado que, por boca de M. Fallon, propone la revisión del artículo 7 del Convenio de Roma (1980)<sup>10</sup> sujetando a control de proporcionalidad la compa-

<sup>7</sup> *Revue critique dr. int. pr.*, 2000-4, p. 730. En España, M. GARDEÑES, «Leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la Unión Europea», *Revista Jurídica La Ley*, 1 de febrero de 2001, p. 4-7.

<sup>8</sup> En el asunto *Mazzoleni* (2001) decide el TJCE que las disposiciones nacionales que prevén el salario mínimo justifican la restricción a la libre prestación de servicios si son necesarias y no resultan desproporcionadas. En cambio en el asunto *Arblade* el TJCE establece un control más evasivo en lo que concierne a la aplicación de las disposiciones sobre salario mínimo del país de desplazamiento exigiendo la necesidad de hacer previsible la sanción penal de la violación de esta ley por el empresario.

<sup>9</sup> E. PATAUT nota en, *Revue crit. dr. int. pr.*, 2001, 3, p. 512, entre otras.

<sup>10</sup> «No se dará efecto a las disposiciones imperativas de la ley de un Estado miembro que en la medida en que su aplicación no constituya un obstáculo injustificado a las libertades de circulación instituidas por el tratado», en «Proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, et de l'article 15 de la Proposition de Règlement 'Bruxelles I'» (reunión de Roma, 15

tibilidad de las leyes imperativas con el derecho comunitario sobre la base del principio de reconocimiento mutuo <sup>11</sup>.

Las páginas que siguen no pretenden, empero, llevar más agua a ese molino. Tienen por objeto el verificar la carga de futuro de la doctrina del TJCE a la luz de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores, contribuyendo así a la discusión sobre la compatibilidad de las leyes de policía con el derecho comunitario.

## II. LEY APLICABLE AL CONTRATO Y LEYES DE POLICÍA

La cuestión que tratamos se incardina en una reflexión más general relativa al ordenamiento jurídico aplicable al contrato de trabajo. Pero la respuesta del TJCE se limita a la cuestión prejudicial que se le plantea, de manera que resuelve sin atender a la normativa de derecho internacional privado común a los Estados miembros que es aplicable al caso. Nos referimos al Convenio CEE de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980), pieza clave en la materia. Ciertamente es que el Tribunal de Justicia no tiene competencias para interpretar dicho Convenio —lo que transcurridos tantos años parece llevar a error a los tribunales <sup>12</sup>—, pero

---

a 17 de septiembre de 2000). Puede consultarse en lengua francesa e inglesa en la web [www.drt.ucl.ac.be/gedip/default.html](http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/default.html) y, en lengua francesa, en *Revue critique de droit international privé*, 2000-4, p. 929. Respecto a la ley aplicable a la revisión del art. 6 relativo a la ley aplicable al contrato de trabajo véase, la «Proposition de modification des articles 6 et 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles», undécima reunión, Lund de 21-23 de septiembre de 2001, con un comentario del profesor Paul Lagarde, disponible en la citada dirección electrónica.

<sup>11</sup> La jurisprudencia del TJCE ha generado un principio o método de aproximación de legislaciones, el reconocimiento mutuo en el ámbito de la libre circulación de mercancías. Este principio, según algunos, espolea la aplicación de la ley de origen y el desplazamiento de las normas contrarias a dicho resultado (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE», *Relaciones Laborales*, núm. 23, 1999, p. 8). Sin embargo, para M. Fallon y otros, se trataría simplemente de valorar el resultado material al que conducen tales normas a la luz de las libertades comunitarias.

<sup>12</sup> Es el caso del Auto del TSJ de Madrid, de 29 de marzo de 1999, que plantea cinco cuestiones prejudiciales al TJCE sobre el art. 6 del Convenio, considerando el Protocolo en vigor (Auto del Tribunal Superior de Justicia núm. 26/1999 de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2.ª, de 29 de marzo de 1999, AS 1999/1339).

sorprende que pueda ejercer sus funciones jurisdiccionales al margen de dicha normativa cuando se pronuncia sobre cuestiones relativas al régimen jurídico del contrato de trabajo internacional. Otro tanto ocurre con la Directiva 96/71, aunque no sea de aplicación a los hechos.

El pobre resultado de todo ello es que la doctrina del TJCE, el derecho comunitario derivado y el internacional privado común de los Estados miembros subsisten en compartimientos estancos, en detrimento de una adecuada interpretación e interacción entre los distintos conjuntos normativos. Podría, sin embargo, ser de otra manera, enriquecerse mutuamente ambos análisis y combinarse en una interpretación armoniosa. El riesgo que entraña el sesgar ambas normativas es doble: el de no ver una de ellas o el ver incompatibilidades donde no tiene porque haberlas, puesto que las normas pueden combinarse en atención a objetivos y necesidades distintos, y sin detrimento de la primacía del derecho comunitario <sup>13</sup>.

1. INTERESES PROTEGIDOS POR LA NORMA NACIONAL Y POR EL DERECHO COMUNITARIO: ¿SE TRATA SÓLO DE PROTEGER AL TRABAJADOR DESPLAZADO?

El salario mínimo interprofesional no ha sido objeto en Europa de armonización material. Sólo ha sido objeto de armonización conflictual por medio de la citada Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores <sup>14</sup>. La doctrina que el TJCE aporta a la cuestión central del salario mínimo

<sup>13</sup> La preocupación por el respecto a la jerarquía puede conducir a desconocer las exigencias de un trato adecuado a los problemas de Derecho internacional privado. En este sentido —si bien nosotros creemos que la crítica a la jerarquía de normas no es proyectable al derecho comunitario—, es interesante el trabajo de L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2000.

<sup>14</sup> G. PALAO MORENO, «La Ley 45/1999, de 29 de noviembre sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa», *GJ*, n.º 208, 2000, p. 54. Sobre la relación con el Convenio de Roma: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español», *Relaciones Laborales*, 1996, p. 1370 y sgs.; G. PALAO MORENO, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanc, 2000, y Pilar JUÁREZ PÉREZ, *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Comares, 2000.

no resulta baladí ni en razón de las diferencias salariales existentes en Europa ni en razón de los intereses en juego. En los casos que nos ocupan, por ejemplo en el asunto *Mazzoleni* (2001), las diferencias de salarios mínimos hablan por sí solas. En el momento que transcurren los hechos, por el mismo empleo de vigilante en unos grandes almacenes, el salario mínimo por hora en Bélgica (país de acogida) es casi un 50 % más elevado que el previsto por la normativa francesa (país donde está establecida la empresa)<sup>15</sup>. Tal sucede entre trabajadores fronterizos de dos países cuyo nivel de vida no difiere en exceso, cabe pensar que serán más importantes en otros asuntos como los que afectan a trabajadores de empresas de la construcción portuguesas desplazados a Alemania (*Portugaia*)<sup>16</sup>.

El TJCE considera que el interés protegido es el del trabajador desplazado, pero los intereses de los contratantes no son los únicos en juego. Ciertamente, los trabajadores desplazados reivindican las condiciones de trabajo que son aplicables en el país en donde realizan temporalmente su trabajo si les son más favorables que las del país en donde presta habitualmente sus servicios; y, las empresas, alegan, en el ejercicio de la libre prestación de servicios, que el desplazamiento de los trabajadores les aportan una ventaja siempre que continúe sujetándose su actividad a la legislación del Estado en donde están establecidas. Esta estrategia empresarial choca con los intereses de las empresas establecidas en el país donde se ejecuta temporalmente el trabajo, en razón de la distorsión a la competencia; y, se enfrenta, también, con el interés general del Estado de acogida (de las empresas y los trabajadores de ese país) de proteger su propio mercado laboral y empresarial contra la entrada de salarios más bajos. Los intereses encontrados no se limitan, ni mucho menos, a las relaciones contractuales entre la empresa que desplaza y a los trabajadores desplazados.

La protección del trabajador desplazado, resaltada por el TJCE en todos estos asuntos, forma parte, sin duda, de las razones imperiosas de interés general susceptibles de restringir la libre prestación de servicios, pero no constituye el único motivo que espolea al legislador nacional a dictar la normativa cuya compatibilidad con el derecho comunitario es cuestionada, ni es tampoco, el único motivo que ha espoleado al legisla-

---

<sup>15</sup> Una hora era pagada en Bélgica con 356 FB mientras que en Francia se reducían al equivalente a 237 FB. Francia ha modificado recientemente la normativa.

<sup>16</sup> La sentencia señala que la diferencia asciende (138 018, 52 DEM marcos) a unos 69.000 euros, pero no indica el número de trabajadores desplazados.

dor comunitario a promulgar la Directiva 96/71, sobre desplazamiento de trabajadores. La protección del trabajador desplazado es exigida en el derecho comunitario como garantía de una competencia paritaria entre las empresas que concurren en un mismo mercado, lo que se logra establecimiento de una protección mínima al trabajador desplazado <sup>17</sup>.

El objetivo de las leyes de policía laborales nacionales es, ante todo, el de salvaguardar el propio mercado de empleo y empresarial, protegiendo a todos los trabajadores (y con ello, también, a los desplazados) lo que se evita impidiendo que las empresas extranjeras desplacen a sus trabajadores pagando salarios más bajos que el mínimo previsto en el territorio (evitar el *dumping* social y notablemente salarial).

El que el legislador nacional declare en la Exposición de motivos de la ley nacional cuya aplicación es cuestionada —como ocurre en el asunto *Portugaia* (2002) <sup>18</sup>—, que protege a las empresas nacionales contra la distorsión de la competencia resultante del desplazamiento de los trabajadores por empresas extranjeras, no constituye un motivo de interés general incompatible con el derecho comunitario. El evitar el *dumping* salarial, organizando una competencia paritaria, y no sólo la protección del trabajador desplazado justifica, la aplicación de las normas sobre salario mínimo del Estado de acogida a todas las empresas que desplazan a sus trabajadores a Alemania.

El objetivo de la legislación nacional no es el otorgar al trabajador desplazado un favor exorbitante sino el evitar que la mano de obra desplazada pueda ejercer una presión a la baja en el nivel de remuneración de los trabajadores del sector afectado. De admitirse la posibilidad de que para un mismo trabajo se pudiera pagar menos a los trabajadores desplazados que a los autóctonos se acabaría poniendo en peligro no sólo el nivel salarial de los trabajadores desplazados sino el de los del país de acogida

<sup>17</sup> M. A. MOREAU, «Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union Européenne», *Journal dr. int.*, 1996, p. 896.

<sup>18</sup> *Portugaia* C-164/99, TJCE 24 de enero de 2002, donde resuelve que: «Para apreciar si la aplicación de una normativa nacional que establece un salario mínimo, por parte del Estado miembro de acogida, a los prestadores de servicios establecidos en otro estado miembro es compatible con los artículos 59 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE), corresponde a las autoridades o, en su caso, a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si dicha normativa, considerada de manera objetiva, garantiza la protección de los trabajadores desplazados. A este respecto, aunque la intención declarada del legislador no puede ser determinante, sí puede constituir un indicio sobre el objetivo perseguido por dicha normativa».



y, también, su empleo. El objetivo estatal de combatir el riesgo del *dumping* social, que evita la distorsión de la competencia, obedece a un interés general compatible con el derecho comunitario y justifica la restricción a la libre prestación de servicios. En definitiva, los Estados miembros deben tener la posibilidad de invocar el orden público laboral en los límites fijados por la Directiva que tiene por objetivo, también, el luchar contra el *dumping* salarial europeo.

## 2. CARÁCTER DE LEYES DE POLICÍA DE LAS DISPOSICIONES NACIONALES: ENCUADRE EN EL ART. 7 DEL CONVENIO DE ROMA

Del examen de los intereses protegidos, tratado en el apartado anterior, se deduce el carácter de «leyes de policía laborales» de las normas relativas al salario mínimo interprofesional. No puede negárseles esta naturaleza pues, como hemos visto, afectan a la organización del mercado laboral más allá de las relaciones contractuales y de la *lex contractus*. Estas normas se aplican a todo trabajo ejecutado en el territorio, y, por tanto, al de los trabajadores temporalmente desplazados por una empresa establecida en otro Estado miembro.

La aplicación del salario mínimo a los asalariados que trabajan en el territorio para ejecutar temporalmente su trabajo, se inscribe técnicamente en el marco del artículo 7 del Convenio de Roma (1980). Se trata de leyes de policía del foro (art. 7. 2 Convenio de Roma) que quieren ser aplicadas fuera de la *lex contractus* (artículo 6 del Convenio). Este artículo 7 del Convenio de Roma, cabe recordar, a diferencia de la Directiva 96/71, sí era aplicable en el momento en que transcurren los hechos que dan lugar a los litigios que nos ocupan. El TJCE o el Abogado General pudieran haber hecho alguna alusión al mismo, aunque el TJCE no tenga facultad para interpretar sus normas ni fuera interrogado sobre el mismo.

La aplicación de las leyes de policía del EM de acogida no está, empero, asegurada por el Convenio de Roma, salvo que el país de acogida temporal coincida con el país del juez competente para conocer del litigio<sup>19</sup>. Es precisamente para garantizar la aplicación de tales normas que se elabora la directiva (puntos 7 y 10 de la exposición de motivos). La Directiva fija determinadas condiciones de trabajo aplicables en el lugar de destino, con carácter imperativo y mínimo, no obstante la ley rectora

<sup>19</sup> Cuestión de la que también se ocupa la directiva 96/71 en su artículo 6.

del contrato, a los desplazamientos temporales intracomunitarios de trabajadores con el fin de garantizar una competencia leal respetando unos mínimos derechos de los trabajadores<sup>20</sup>. Se aumenta con ello la seguridad jurídica, lo que deberá tener en cuenta en el futuro el TJCE para las decisiones en las que la directiva ya sea de aplicación.

Para congeniar ambos textos, y teniendo en cuenta la prioridad del derecho derivado, el Grupo Europeo de derecho internacional privado ha propuesto recientemente completar el artículo 6 del Convenio de Roma con un tercer apartado a cuyo tenor: «Se reserva la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del país de desplazamiento, previstas por la directiva 96/71 de 16 de diciembre 1996 relativas al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios»<sup>21</sup>.

### III. CUESTIONES ARMONIZADAS POR LA DIRECTIVA 96/71: PRECISIÓN DEL LLAMADO «NÚCLEO DURO» Y ELECCIÓN DE LEY

A partir de la segunda mitad de los años ochenta, la creación de un mercado único, económicamente integrado y homogéneo, definido como un espacio sin fronteras interiores, ha constituido una prioridad en la agenda de la Comunidad. A esta iniciativa, de la que ya participaba el Tribunal de Justicia, se ha sumado el legislador comunitario estableciendo unas normas mínimas de protección al trabajador desplazado que permitan nivelar la concurrencia entre las empresas (Directiva 96/71).

La Directiva establece en su artículo 3 un método simple y efectivo para determinar la aplicación de las normas de policía laborales que forman parte del llamado «núcleo duro» como son, entre otras, la tasa del salario mínimo, el horario laboral y las vacaciones pagadas<sup>22</sup>. Cabe notar

<sup>20</sup> M. A. MOREAU, «Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union Européenne», *op. cit.*, p. 892.

<sup>21</sup> «Proposition de modification des articles 6 et 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles», undécima reunión, Lund de 21-23 de septiembre de 2001, disponible en [www.drt.ucl.ac.be/gedip/default.html](http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/default.html) y el comentario de Paul Lagarde.

<sup>22</sup> «Art. 3. Condiciones de trabajo y empleo. 1. Los Estados miembros velarán porque, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el apartado 1 del artículo 1 garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las mate-

que, para la cuestión central del salario mínimo, no prevé una comparación global atendiendo a la situación del trabajador en su conjunto —tal y como sugiere el TJCE en el asunto *Mazzoleni* (punto 35). Puestos a efectuar valoraciones globales, cabría preguntarse por qué no se hace lo mismo con la plusvalía que obtiene la empresa en relación al trabajo de sus empleados, puesto que obtiene un precio por el trabajo realizado en un EM más alto que el que obtiene en su propio mercado nacional. La jurisprudencia *Mazzoleni* aplicable al empleo a tiempo parcial en Bélgica de trabajadores fronterizos (según parece podían regresar a su ciudad francesa terminado el trabajo), debe ser considerada como un caso atípico, y no proyectarse en el futuro a otros casos. El trabajo que exige al juez nacional (y las partes) en el control de proporcionalidad de la jurisprudencia *Mazzoleni* es, por otra parte, digno de Hércules.

La directiva no prescribe la comparación en bloque entre la situación de los trabajadores en el EM del prestador y el EM de acogida. Sólo prescribe el respeto al salario mínimo previsto por dicho país, determinado conforme a los distintos elementos que precisa la propia directiva<sup>23</sup>. Esta comparación es necesaria, no ya por la vocación de aplicación de la ley de la empresa sino, porque las normas del EM de acogida se derogan *in meius*, es decir, cuando ofrecen una protección inferior. La posible derogación *in meius*, por vía convencional o como *lex contractus*, se aviene con lo previsto en la Directiva y en la legislación nacional laboral.

La aplicación del salario mínimo vigente en el Estado de acogida exige una comparación entre la cuantía de salario que al trabajador desplazado le corresponda conforme a la legislación aplicable al contrato de trabajo y la garantizada en el país de acogida. El atender a ambas leyes lo exige la misma Directiva, la ley aplicable al contrato y el carácter tuitivo de la legislación laboral nacional que permitiría la derogación de la ley del Estado de acogida si las disposiciones de la ley rectora del contrato fueran más favorables al trabajador. No es preciso invocar al reconocimiento mutuo o a una supuesta ley de origen para dar entrada a otra ley, que

---

rias siguientes que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas: (...) c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional (...)).»

<sup>23</sup> Respecto a la Directiva, M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, 2001.

generalmente será la ley de la empresa, pero que pudiera ser la ley del lugar donde se presta habitualmente el trabajo o la elegida por las partes (autonomía de la voluntad).

El artículo 3 de la Directiva evita una valoración global que pueda dar entrada al control de proporcionalidad. Incluye dentro del catálogo del llamado núcleo duro al salario mínimo, precisa algunos aspectos que hay que subsumir en el mismo y establece por lo demás la elección de ley al respecto: «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». Por lo que entendemos que no debe alterarse ni el catálogo del núcleo duro ni su significado, determinado conforme a la directiva<sup>24</sup> y a la legislación del EM de acogida<sup>25</sup>, bajo un control de proporcionalidad acerca de «lo que percibe» o «la situación» global del trabajador en ambos Estados miembros.

Por otra parte, el TJCE en el asunto *Arblade* considera que las disposiciones sobre salario mínimo del país de acogida deben ser suficientemente precisas y accesibles para no hacer, en la práctica imposible o excesivamente difícil la determinación para un empresario de las obligaciones que debe respetar. Pensamos que a ello coadyuva la Directiva al exigir a cada uno de los EM que se dote de un núcleo duro y precisar las fuentes aplicables al salario mínimo (disposiciones reglamentarias, convenios colectivos, arbitrajes etc.) conforme al apartado primero del artículo 3.

<sup>24</sup> «Art. 3.1 letra c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional (...)».

<sup>25</sup> Si el Estado miembro de acogido fuera España, el art. 4 de la Ley española 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional precisa que se entiende por cuantía de salario mínimo «la constituida, en cómputo anual y sin el descuento de los tributos, de sus pagos a cuenta y de las cotizaciones de Seguridad Social a cargo del trabajador, por el salario base y los complementos salariales, las gratificaciones extraordinarias y, en su caso, la retribución correspondiente a horas extraordinarias y complementarias y trabajo nocturno. En ningún caso se incluirán en la cuantía mínima del salario cualesquiera mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social». Señala, también, que se tendrán en cuenta «los complementos correspondientes al desplazamiento, en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente originados por el mismo, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención» (art. 4.3).

La Directiva determina las normas laborales obligatorias que es preciso respetar en caso de prestación internacional de servicios con trabajadores trasladados de un Estado miembro a otro. Quizás ofrece para la cuestión del salario mínimo una respuesta rígida —aunque, también, establece excepciones que permiten flexibilizar el sistema<sup>26</sup>—, pero aporta simplicidad, seguridad y previsibilidad jurídica<sup>27</sup>. Al no haberse armonizado las normas materiales relativas a fijación de salarios —por no hallarse en el tratado base jurídica suficiente para hacerlo ni darse las condiciones socio-económicas necesarias en la Unión Europea<sup>28</sup>—, el legislador comunitario se ha limitado a armonizar mediante la Directiva la solución o previsión legislativa en el marco del Derecho internacional privado. Es justamente la diferencia de los niveles salariales lo que hace necesaria esta previsión, y lo que la hace, también, polémica debido a que el salario mínimo es la clave de la competencia empresarial. Pero entendemos que la Directiva cierra para esta cuestión el paso a la apreciación de los jueces (incluido del TJCE) acerca de si el salario mínimo del EM de acogida debe ser respetado.

El catálogo de cuestiones y el nivel mínimo que ofrece el EM de acogida no puede verse alterado por la libre apreciación del TJCE ni la del correspondiente tribunal nacional. El legislador comunitario ya ha valorado el interés general exigido por el derecho comunitario para obstaculizar justificadamente la libre prestación de servicios. Su opción de política legislativa permite preservar el derecho social del EM de acogida (contra el dumping salarial) y la nada menospreciable seguridad jurídica, que es, también, un objetivo esencial del derecho comunitario.

<sup>26</sup> Por ejemplo, el art. 3.2 precisa que no se aplicará lo previsto en el art. 3 letra c (salario mínimo) cuando se trate de trabajos de montaje cuando la duración del desplazamiento no exceda de los ocho días. En otros casos, se permite a los Estados miembros establecer una excepción cuando el desplazamiento no sea superior a un mes (véase art. 3.3) o cuando el trabajado sea de escasa importancia. Ninguna de éstas es aplicable al caso que nos ocupa salvo, quizás, el asunto Mazzoleni.

<sup>27</sup> Los problemas que no resuelve la directiva son otros, como el de la apreciación del carácter temporal del desplazamiento: la calificación del desplazamiento como expatriación implica un cambio en la ley aplicable al contrato de trabajo y da lugar a problemas de conflicto móvil M-E. MATHIEU, «Expatriation et conflits de lois: Le droit applicable par le juge français au contrat de travail exécuté à l'étranger», *Petites Affiches*, n.º 75 de 21 de junio de 1996, p. 26.

<sup>28</sup> F. VANDAMME, «Movilidad de los trabajadores en la Unión Europea. Constataciones, asuntos en juego y perspectivas», *Revista internacional del Trabajo*, vol. 119, 2000-4, p. 495.

A nadie le escaparán los efectos perversos que entrañaría el sostener lo contrario de lo que venimos apuntando. La sujeción de la normativa nacional amparada en el núcleo duro de la Directiva al control *in casu* de la proporcionalidad acarrearía una desregularización dentro del propio ámbito del derecho europeo que llevaría a privar de eficacia al texto comunitario. Esta situación conduciría a que ni los prestatarios de servicios ni los trabajadores pudieran fiarse de sus previsiones, y a que tampoco los Estados miembros pudieran confiar en la eficacia de sus leyes de transposición. La autoridad y la credibilidad de la Directiva se vería menoscabada de seguirse la jurisprudencia *Mazzoleni* a los casos cubiertos por la Directiva.

Esto no quiere decir que no quepa cierta flexibilización (o excepciones) en el marco de la Directiva. Pero éstas han de ser aplicadas en los términos indicados por la misma. Entendemos, así, que para las materias que no figuran en el catálogo del núcleo duro, y notablemente en lo que concierne a la documentación administrativa exigida al prestador de servicios sí cabe el control comunitario de proporcionalidad para evitar el doble empleo, una carga injustificada o una discriminación encubierta que distorsione la competencia.

#### IV. COMUNITARIZACIÓN DEL LLAMADO «NÚCLEO DURO» Y PRIORIDAD DEL TRATADO DE ROMA SOBRE LAS LEYES DE POLICÍA NACIONALES

Los Estados miembros al adherirse al sistema comunitario se han comprometido a asegurar la ejecución de las obligaciones establecidas en los textos fundacionales. El Tratado de Roma persigue simultáneamente varios objetivos que deben conciliarse con una lógica eminentemente concurrencial más que abocada al interés económico unilateral del trabajador o de la empresa que lo desplaza. La consecución de un mercado único, competitivo, en el que se facilite la movilidad de las empresas requiere contar con unas mínimas normas que permitan proteger al trabajador nivelando la competencia. Por tanto, es en atención a una lógica concurrencial, abocada a la construcción de un mercado interior, y no sólo a una lógica favorable a la parte débil, que la protección del trabajador es exigida en el Derecho comunitario. Esto significa que la automaticidad y la discrecionalidad de las leyes de policía del foro (artículo 7.2 del Convenio de Roma)

deben estar sometidas a los principios definidos por el derecho comunitario que puede invocar la empresa que ejerce la libre prestación.

Las leyes de policía nacionales son en potencia susceptibles de ofrecer un resultado que obstaculice las libertades comunitarias<sup>29</sup>, y deben ser aplicadas en la medida en que se justifiquen por razones de interés general protegidas por el derecho comunitario. El derecho comunitario ofrece un control a los excesos del juez del foro en la aplicación de las leyes de policía valorando las consecuencias de su aplicación o no aplicación a tenor de los objetivos comunitarios. Sin embargo, cuando estas normas imperativas no son meramente leyes de policía nacionales sino que han sido europeizadas por el legislador comunitario, a través del Derecho derivado, y en la medida en que lo hayan sido, el poder de moderación judicial no puede ser el mismo que el que se tendría en ausencia de intervención del legislador comunitario.

El tratado de Roma no configura la libre prestación de servicios como un derecho fundamental con carácter absoluto. Al establecer excepciones basadas en el interés general ofrece un marco suficientemente amplio para que dentro de él quepan opciones de política legislativa distintas. El legislador comunitario, en un momento determinado, con la Directiva 96/71 ha concretado una de las posibles opciones legislativas compatibles con el Tratado, estableciendo un equilibrio que acomode los distintos derechos reconocidos en el texto fundamental. Establece así un núcleo duro, unos mínimos, y garantiza para éstos, a través de una determinada elección de ley, su aplicación. Ciertamente cabría otra interpretación del Tratado más generosa (o menos restrictiva) con la libre prestación de servicios, como la que se desprende de la doctrina *Mazzoleni*, al sujetar el salario mínimo al control de proporcionalidad en un análisis global de la situación del trabajador. Pero la labor de interpretación del TJCE, en los casos en los que sea aplicable la Directiva, no podrá consistir ya en cerrar el paso a la opción ofrecida por el legislador comunitario imponiendo «otra opción» aunque sea igualmente compatible con el Tratado, e incluso que pudiera ser considerada como «más» compatible a tenor del momento histórico. Esta decisión de política legislativa no compete al TJCE sino al legislador comunitario. El TJCE (y el juez nacional) deberá controlar su margen de apreciación judicial en el momento en que se enfrente a un caso en el que la Directiva sea aplicable.

---

<sup>29</sup> A. NUYTS, «L'application des lois de police dans l'espace», *Revue Critique de droit international privé*, 1999-2, p. 247.

En otras palabras, las disposiciones del Tratado CE y de la Directiva 96/71 están llamadas a coexistir. El derecho derivado concretiza «una» de las posibles opciones que abarcan los principios del Tratado de Roma. El TJCE sigue otra de las posibles interpretaciones que pudiera haber hecho el legislador comunitario dentro del marco que ofrece el Tratado de Roma. Pero, en adelante, siendo la directiva de aplicación, la flexibilización que opera el Tribunal en el asunto *Mazzoleni* debe, cuando menos, encontrar un apoyo en la Directiva y no sólo en el Tratado de Roma. Para la cuestión del salario mínimo (núcleo duro) no la encuentra.

#### V. NECESIDAD DE UN TRATO DISTINTO PARA LAS CUESTIONES QUE INTEGRAN EL LLAMADO «NÚCLEO DURO»: PROPUESTA DE CONCILIACIÓN ENTRE LA DOCTRINA DEL TJCE Y LA DIRECTIVA 96/71

La Directiva establece un catálogo de cuestiones que forman parte del llamado «núcleo duro» y regula la «elección de ley» que cabe efectuar entre las normas de los sistemas de derecho del trabajo con vocación de aplicación en el caso de desplazamiento de trabajadores intracomunitario. La Directiva aporta en estos extremos certeza y seguridad jurídica.

Sin embargo, el número de disposiciones nacionales aplicables al trabajador es mayor que el que figura en el catálogo armonizado de la directiva. Ésta en su artículo 3, punto 10 permite a los Estados miembros el extender, además, su ámbito de aplicación a otras materias que las que afectan al núcleo duro<sup>30</sup>. Esta distinción entre las disposiciones comprendidas en el «núcleo duro» y las otras disposiciones laborales constituye un elemento a nuestro juicio capital. Entendemos que éstas últimas disposiciones, no armonizadas<sup>31</sup>, no deben hacer «doble empleo» con las normas del Estado de origen siempre que éstas aseguren en esencia la

<sup>30</sup> La Directiva incluye, además, una disposición (art. 3.10). Este señala que la Directiva «... no impedirá que los estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado...» amplíen la lista de requisitos legales «en la medida en que se trate de disposiciones de orden público».

<sup>31</sup> Respecto a esta distinción entre ámbitos armonizados y no armonizados en el ámbito de la protección de los consumidores, nuestro trabajo, «La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores», *GJUE*, n.º 217 (enero/febrero), 2002, pp. 75-91.



misma protección. En definitiva esas «otras» disposiciones (favorables a los trabajadores) pueden ser aplicadas (y deben ser respetadas) en la medida en que sean compatibles con el derecho comunitario. Son por tanto esas «otras disposiciones imperativas» las que cabe sujetar a la apreciación judicial y al control comunitario de proporcionalidad en los casos en los que la Directiva sea aplicable. Para las disposiciones del artículo 3.10 de la Directiva (u otras no armonizadas), el TJCE guardará su pleno poder de apreciación cuando deba pronunciarse acerca de la conformidad con el Tratado de Roma de las disposiciones nacionales que afectan a otras materias del derecho del trabajo distintas a las enumeradas en el núcleo duro. El asunto *Arblade* y otros continuará siendo útil aquí.

## VI. OBSTÁCULOS DISCRIMINATORIOS: DISCRIMINACIONES ENCUBIERTAS

El TJCE viene considerando sobre la base del art. 59 del Tratado, que esta disposición permite condenar las discriminaciones basadas en la nacionalidad e, igualmente, las disposiciones nacionales no discriminatorias que tienen por efecto el obstaculizar la libre prestación de servicios. De las últimas nos hemos ocupado, de las otras nos ocuparemos ahora.

Se trata de discriminaciones encubiertas que son alegadas por las empresas que desplazan a los trabajadores en alguno de los litigios sobre los que se ha pronunciado el TJCE, como es el caso del asunto *Portugaia* (2002)<sup>32</sup>. Estas prácticas encerrarían una discriminación por razón de nacionalidad o residencia para la empresa prestataria de los servicios en relación con las empresas establecidas en el Estado de acogida, haciendo ilusorio el ejercicio de su libertad de prestación, contra lo que dispone el Tratado. También aquí es de ayuda la directiva, ya que en su artículo 3.1

<sup>32</sup> En este último asunto las empresas portuguesas que desplazan a sus trabajadores a Alemania argumentan que el legislador alemán permite hipotéticamente a los empresarios alemanes el celebrar convenios colectivos de empresa con un salario mínimo inferior al fijado en el convenio colectivo de alcance general. Esta derogación del convenio general difícilmente pueden realizarla los empresarios de los otros Estados miembros. En otros casos, la Comisión había señalado en contra del Estado alemán (C-493/99) que la exigencia de que las empresas de los otros Estados miembros tuvieran un establecimiento fijo en Alemania para poder prestar sus servicios y de que firmen los convenios colectivos suponía una discriminación encubierta.

precisa el sistema de fuentes, los convenios colectivos «declarados de aplicación general», según el principio de igualdad de trato con las empresas nacionales. Los convenios colectivos aplicables son los que surten un efecto general o los celebrados por las empresas nacionales más representativas, pero siempre que se garantice la igualdad de trato con las nacionales para ese sector (art. 3.8) <sup>33</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

1. Es limitado el alcance futuro de la doctrina del TJCE en materia de desplazamiento de trabajadores ya que los considerandos sobre los que apoya sus decisiones no se fundamentan en la Directiva 96/71/CE al no ser ésta aplicable *ratione temporis* a los hechos que traen causa en el litigio.

2. La Directiva, conforme al Tratado de Roma CE y a la doctrina del TJCE (*Rush portuguesa* 1990), establece un equilibrio entre el principio de la libre prestación de servicios y los intereses generales (evitar el *dumping social*), atendiendo a una lógica comunitaria concurrencial, que no se destina sólo a la protección del trabajador desplazado.

3. La Directiva exige que cada uno de los Estados miembros se dote de normas imperativas mínimas (núcleo duro), fija su ámbito de aplicación, y establece su derogación *in meius*. Aporta en este sentido sencillez, certeza y seguridad jurídica.

4. La distinción entre las cuestiones armonizadas del núcleo duro y las otras disposiciones del derecho laboral es capital. La Directiva no impide a los Estados miembros el que amplíen la lista de normas imperativas laborales, pero éstas otras disposiciones pueden ser aplicadas (y deben ser respetadas) en la medida en que sean compatibles con el derecho comunitario (artículo 3.10).

5. Para estas disposiciones que no integran el núcleo duro, el TJCE (y el juez nacional) guardará su poder de apreciación en los casos en los

---

<sup>33</sup> Asimismo, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE, núm. 286, de 30 de noviembre de 1999) precisa en su artículo 3.4 que: «A los efectos de esta Ley, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias del estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate».

que deba pronunciarse sobre la compatibilidad con el Tratado CE (libre prestación de servicios) de las normas imperativas nacionales laborales. La doctrina del TJCE en el asunto *Arblade* podrá ser en estos supuestos de utilidad (v. gr., en el control del doble empleo de los documentos administrativos).

6. La Directiva no elimina el poder de apreciación general del que está investido el TJCE para asegurar el respeto de las disposiciones del Tratado ni hace tambalear el orden jerárquico existente entre el Tratado el derecho derivado y las disposiciones nacionales, pero la opción de política legislativa efectuada por el legislador europeo en la Directiva tendrá por efecto (cuando ésta sea aplicable a los hechos) el restringir la libertad de apreciación del TJCE, facilitando a los jueces de los Estados miembros su tarea. En este sentido el concepto o los elementos relativos al salario mínimo que precisa la Directiva no podrán ser ampliados por una «valoración global de la situación del trabajador» —como ocurre en el caso *Mazzoleni*— si se trata de un desplazamiento de trabajadores cubierto por la Directiva.

7. Podrá objetarse que la Directiva no armoniza el derecho material nacional relativo al salario mínimo; que sólo *cataloga* esta cuestión dentro del núcleo duro y determina la *elección de ley* correspondiente, dejando a las normas nacionales del EM competente la determinación del mismo. Sin embargo, una solución distinta a la que venimos apuntando (control de proporcionalidad del TJCE), aunque igualmente compatible con el Tratado (libertades comunitarias), tendría el efecto perverso de vaciar de contenido la directiva (desregularización), su efecto útil (armonizador), aumentando la inseguridad jurídica en aras de una justicia en el resultado, aparentemente favorable al prestatario del servicio, pero excesivamente compleja e incierta.

