

# LÍMITES COMUNITARIOS A LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

MIREIA LLOBERA VILA

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia*

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Contratas, cesión ilegal, derecho comunitario

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha considerado que no cabe acogerse a la cobertura jurídica de las libertades comunitarias relativas a la libre circulación de trabajadores y a la libre prestación de servicios (artículos 48 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE) en los casos de desplazamientos transnacionales de trabajadores que, mediante “falsas contratas”, encubren situaciones de cesión ilegal de trabajadores. La respuesta comunitaria ante estos fenómenos se basa fundamentalmente en impedir que los prestadores de servicios se sirvan de las libertades comunitarias para eludir las leyes sociales del país de destino. En ausencia de un genuino vínculo laboral tales empresarios no podrán acogerse ni a la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (Directiva 96/71/CE) ni al Reglamento sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (Reglamento 883/2004) y, por tanto, no podrán beneficiarse de la aplicación de la ley de su país de origen en materia laboral y de Seguridad Social. Se pondrá así de relieve el modo en que los presupuestos jurídico-técnicos de la jurisprudencia del TJUE, donde la falta de vínculo laboral en el marco de la contrata y la evidencia de estructura empresarial ficticia constituyen elementos claves de calificación legal, entroncan metodológicamente con elementos de tipificación contenidos en la legislación española.

## ABSTRACT

**Key Words:** Contracts, illegal placement workers, EU law

The European Court of Justice has considered that the judicial rule for community liberties on the free circulation of workers and free services offerings across the EU (articles 48 and 56 of the Functional Treaty of the European Union) in the cases of transnational workers that are located in other countries, and that through fake hiring process they would hide illegal cession of workers. The community answer to this phenomenon is based fundamentally to avoid that workers who offer services use the community liberties to elude social laws in the hosting country. In the absence of a real employment link, these entrepreneurs should not benefit from the Directive 96/71/EC of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services nor the Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems; and people cannot have employment or Social Security benefits of the application of such Law in their country of origin, and especially if they are working in the another –hosting- country.

Therefore, we can see that the judicial-technical budgets of the Jurisprudence of the European Court of Justice and Member State legislation, in which there is lack of employment contracts (and when the work is provided) and the evidence of a fake company structure constitutes key elements of legal qualification, and these are key elements considered under the regular Spanish legislation.

## ÍNDICE

1. LÍMITES A LA LIBERTAD EMPRESARIAL DE DISPOSICIÓN DE PERSONAL: LA UTILIZACIÓN DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS PARA ELUDIR LAS LEYES SOCIALES DEL PAÍS DE DESTINO
2. EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA *LEX ORIGINIS* EN CASO DE EMPRESARIO FICTICIO: DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES DESDE UNA EMPRESA CARENTE DE REALIDAD ECONÓMICA
3. DETERMINACIÓN DE LA *LEX ORIGINIS*
4. LA EXIGENCIA DE UN GENUINO VÍNCULO LABORAL
5. LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA CON EL EMPRESARIO DEL PAÍS DE ORIGEN
6. PROCESOS ABIERTOS DE REFORMA EN TORNO AL CONCEPTO DE TRABAJADOR

### 1. LÍMITES A LA LIBERTAD EMPRESARIAL DE DISPOSICIÓN DE PERSONAL: LA UTILIZACIÓN DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS PARA ELUDIR LAS LEYES SOCIALES DEL PAÍS DE DESTINO

“La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes”<sup>1</sup>.

Así define nuestro Alto Tribunal la finalidad perseguida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (43 ET), relativo a la cesión ilegal de trabajadores. Si a nivel interno la cesión ilegal deja traslucir una huida del régimen jurídico que resultaría aplicable si el cesionario asumiera directamente la posición de empresario, cuando media un desplazamiento transnacional dicho negocio interpositorio se dirige a evadir la aplicación de la ley nacional que resultaría aplicable al empresario que recibe los servicios de los trabajadores cedidos. A través de estas prácticas, que pretenden aprovechar las diferencias de protección social existentes en la Unión Europea mediante el recurso a trabajadores desplazados, se añade una ulterior componente de degradación social y segmentación al ya precario mercado secundario de empleo<sup>2</sup> que abisma aún más la distancia existente en materia salarial y condiciones de empleo respecto de los trabajadores en mercado primario.

Es bien conocido que el derecho del mercado interior no tiene posibilidad de afectar el derecho laboral en situaciones internas, siempre que tales normas o actos administrativos no interfieran en el comercio intracomunitario a través

<sup>1</sup> STS de 14 septiembre 2001 (RJ 2002\582), [fundamento de derecho 4°].

<sup>2</sup> Según el concepto desarrollado por Monereo Pérez, J. L. / Álvarez Montero, A. (2002), Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial, Granada, Comares, [p. 24 y ss].

de las fronteras. Así, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE o “el Tribunal de Justicia”) que establece que las disposiciones del Tratado en materia de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios no pueden aplicarse a actividades cuyos elementos estén contenidos por entero en un solo Estado miembro<sup>3</sup>. En cambio, tales libertades deberán garantizarse en supuestos de prestaciones de servicios que se oferten en territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecida la empresa. De forma que el derecho de la Unión ha desarrollado ciertas garantías en lo que respecta a los fenómenos interpositivos de mano de obra en prestaciones transnacionales, aunque condicionadas por la necesaria promoción de las libertades económicas. Así, el TJUE se ha negado a otorgar cobertura a través del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>4</sup> [antiguo artículo 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea<sup>5</sup>], relativo a la libre prestación de servicios, a los desplazamientos mediante “falsas contrata” que bajo el amparo del apartado (a) del artículo 1.3 de la Directiva 96/71/CE encubren situaciones de cesión ilegal de trabajadores. También la jurisprudencia que ha interpretado el artículo 14, apartado 1º, del Reglamento 1408/71<sup>6</sup> —antecesor del actual artículo 12 del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>7</sup>— revela conexiones conceptuales con las disposiciones del artículo 43 ET. En efecto, los presupuestos jurídico-técnicos de dicha jurisprudencia —dónde la falta de vínculo laboral en el marco de la contrata y la evidencia de estructura empresarial ficticia constituyen elementos claves de calificación legal— entroncan metodológicamente con elementos de tipificación contenidos en la norma española.

<sup>3</sup> Vid. STJUE 24 de marzo de 1994 (asunto Gerhart C-275/92), parágrafo 29; STJUE de 16 de noviembre de 1995, (asunto Van Buynder, C-152/94), parágrafo 10; STJUE de 7 de diciembre de 1995, (asunto C-17/94, Gervais), parágrafo 24; STJUE 5 de octubre de 1994, (asunto TV10, C-23/93), parágrafo 14. Con todo, el requisito de extraterritorialidad cada vez se encuentra más diluido en los pronunciamientos del Tribunal, conforme el derecho comunitario va incrementando su expansión aplicativa en todos los órdenes. Vid., en este sentido, STJUE de 11 de julio de 2002, (C-60/00, Carpenter), STJUE de 8 de marzo de 2001, (C-405/98, Gourmet).

<sup>4</sup> Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, D.O. n.º C 115 de 9-5-2008, (en adelante, TFUE o “el Tratado”).

<sup>5</sup> Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, D.O. n.º C321E de 29 diciembre 2006, en adelante “TCE”.

<sup>6</sup> Reglamento (CEE) núm. 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (en adelante el Reglamento 1408/71). D.O. n.º L 149 de 5 de julio 1971, p. 2. (Versión consolidada —D.O. n.º L 28 de 30 de enero 1997, p. 1), en adelante, “el Reglamento 1408/71”.

<sup>7</sup> Reglamento 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.º L 166 de 30.4.2004, p. 1/123, en adelante, el “Reglamento 883/2004”.

El Tribunal de Justicia ha visibilizado de este modo la necesidad de verificación de ciertos principios reguladores de la subcontratación comunitaria<sup>8</sup> tanto en los pronunciamientos fundados en la libre prestación de servicios, como en los que interpretan las disposiciones en materia de libre circulación de trabajadores, circunscritos en este ámbito a la Seguridad Social. Alcanzando en este último caso un mayor desarrollo, pues la prolongada vigencia del Reglamento 1408/71 le ha permitido una intensa exposición al planteamiento de cuestiones prejudiciales de toda índole en relación a su interpretación, a diferencia de la regulación de los aspectos laborales del desplazamiento de trabajadores laboral, que es de concepción legislativa reciente.

Los aspectos de Seguridad Social se regularon en una de las primeras normas que vieron la luz tras la constitución de la Comunidad Económica Europea en 1957. Concretamente, en los artículos 12 y 13 del Reglamento nº 3 (1958) relativo a la seguridad social de los trabajadores migrantes<sup>9</sup> ya se contenían previsiones dirigidas a los trabajadores desplazados, cuyas disposiciones se integraron sin excesivas variaciones en el actual apartado 1º del artículo 14 del Reglamento 1408/71. Por ello, la jurisprudencia comunitaria que ha interpretado y acotado los contornos del desplazamiento de trabajadores a partir de los términos del Reglamento nº 3 (1958) se ha mantenido constante también 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 nº 3, sus términos continuaban vigentes en la interpretación del artículo 14, apartado 1º, del Reglamento 1408/71<sup>10</sup>. En gran medida, lo mismo cabe predicar del artículo 12, apartado 1º, 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 y con la jurisprudencia que lo ha interpretado.

Ahora bien, debe precisarse que la jurisprudencia comunitaria que interpreta estas libertades fundamentales rechaza la cesión ilegal de trabajadores pero no la conceptúa como tal, sino como negocio ilícito de naturaleza fraudulenta. Se pone así de manifiesto la convergencia entre las finalidades del

<sup>8</sup> En este trabajo nos referiremos al término “comunitario” como reminiscencia terminológica que se ha incorporado de pleno al lenguaje jurídico. Sin embargo, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, este término debe entenderse como relativo al derecho e instituciones de la Unión, una vez sustituido el término “derecho comunitario” por el de “derecho de la Unión” en los Tratados.

<sup>9</sup> Règlement nº 3 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, J.O. 30 du 16.12.1958, p. 561, en adelante “el Reglamento nº3 (1958)”.

<sup>10</sup> STJUE de 10 febrero 2000, (asunto C-202/97, *FTS*), [parágrafo 28].

artículo 56 TFUE sobre libre prestación de servicios y la regulación relativa al desplazamiento de trabajadores contenida en el Reglamento 883/2004<sup>11</sup>, puesto que las disposiciones de coordinación de la Seguridad Social comunitaria previstas en el Reglamento también están sujetas a los principios ordenadores del derecho del mercado interior de servicios<sup>12</sup>.

La respuesta comunitaria ante estos fenómenos se basa fundamentalmente en impedir que los prestadores de servicios que no mantengan un genuino vínculo laboral con los trabajadores que desplazan puedan acogerse a la Directiva 96/71/CE o al Reglamento 883/2004, evitando por tanto que éstos puedan beneficiarse de la aplicación de la ley de su país de origen en materia laboral y de Seguridad Social. Estas normas comunitarias no podrán por tanto aplicarse en ausencia de este requisito esencial, si bien la jurisprudencia en materia de seguridad social en ocasiones se sirve de un ulterior mecanismo, que permite expulsar del ámbito de aplicación de dicha disposición a los empresarios ficticios que carecen de infraestructura empresarial. Así, el TJUE excluye la aplicación del principio del país de origen cuando se comprueba que quien actúa como empleador no tiene existencia física por lo que a personal, volumen de negocios e infraestructura organizativa se refiere, sin que sea necesario comprobar ulteriormente la existencia de un genuino vínculo laboral. De esta forma, una vez constatada la falta de realidad económica de la empresa, se procede directamente a excluir la aplicación del artículo 14.1 del Reglamento 1408/71 sin evaluar si ésta actuaba como empresario efectivo<sup>13</sup>.

Como señalan Valdés Dal-Ré (2007) y Molero Marañón (2007), habitualmente también nuestra jurisprudencia se ha servido de ambos criterios en tanto que componentes “complementarios y no excluyentes” de la doctrina judicial: en primer lugar se descarta la existencia de una empresa aparente, para posteriormente comprobar la puesta en juego de la organización de la empresa<sup>14</sup>. Faltando el primer requisito, es decir, en ausencia de una empresa real dotada de la necesaria infraestructura empresarial ya se entendía concurrente la cesión ilegal, si bien, en la actualidad, la redacción del apartado 2º del artículo 43 ET, introducida por la Ley 43/2006 ha dotado a cada uno de estos criterios

<sup>11</sup> STJUE de 10 de febrero de 2000 (C-202/97, FTS) [parágrafo 28]; STJUE de 9 de noviembre de 2000 (Plum, C-404/98,) [parágrafo 19].

<sup>12</sup> Vid. particularmente sobre la aplicación del principio fundamental de libre circulación de servicios al ámbito de la Seguridad Social STJUE de 28 abril 1998 (Kohll, C-158/96), [parágrafos 16-28], la STJUE de 12 julio 2001 (Vanbraekel, C-368/98) [parágrafos 38 y ss] y STJUE 12 julio 2001 (Smits, C-157/99) [parágrafos 44 y ss].

<sup>13</sup> STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, FTS), [parágrafo 43].

<sup>14</sup> Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *Relaciones Laborales* n. 2/2006, [pp. 589-625]; Valdés Dal-Ré, F. (2007), “La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia”, *Relaciones Laborales* n. 1/2007, [pp. 157-167].

funciones tipificadoras, de modo que la concurrencia de uno sólo de ellos ya es determinante de la cesión ilegal<sup>15</sup>.

La dualidad de mecanismos de evitación de la cesión ilegal en el derecho de la Unión evoca así la jurisprudencia española en la que la mera apariencia o ficción de empresa y la necesidad de mantener a los trabajadores dentro del ámbito del poder de dirección se configuran como características del supuesto de cesión ilegal de trabajadores<sup>16</sup>. Exigiéndose en nuestro derecho interno, para que una contrata sea válida, en primer lugar, que la empresa contratista o subcontratista ejerza una actividad empresarial propia, y cuente, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables. Sin embargo, puesto que la cesión ilegal como fenómeno interpositorio, puede actuar también al margen de la realidad o solvencia de las empresas, en el supuesto de dos empresas reales, se incorpora un segundo requisito que consistirá en que esa organización “no se haya puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo” a una tercera empresa<sup>17</sup>.

Con todo, el derecho de la Unión en este ámbito no adopta la óptica ius-laboralista, que atiende al resultado jurídicamente reprochable del negocio interpositorio, con independencia de la existencia de un ánimo defraudatorio. Pues si bien la opción de externalizar la producción es perfectamente válida en nuestro derecho, cuando el empresario recurre a ella sin renunciar “al poder de dirección sobre el proceso de ejecución que determina el resultado pactado en la contrata”<sup>18</sup> dicha potestad se ve limitada por la prohibición de cesión de personal, dirigida a evitar la elusión de normas protectoras de los trabajadores;

<sup>15</sup> Sobre si esto supone una quiebra de la posibilidad de ponderación conjunta por parte de los tribunales de todos los elementos de calificación jurídica vid. Valdés Dal-Ré, F. (2007), “La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia”, op.cit., [pp. 157-167]. Vid. también Cavas Martínez F. (2007), “Empresas de multiservicios y empresas de trabajo temporal: una aproximación crítica a una realidad preocupante”, *Aranzadi Social* n. 1/2007, [BIB 2007\309].

<sup>16</sup> En la doctrina, vid. especialmente Goerlich Peset, J.M. (2001), “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad Laboral* n. 1/2001, [pp. 39-56]; López Sánchez, M.C. (2007), “Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad Laboral* n. 7/2007, [pp. 812-829]; Molero Manglano, C. (2006), “¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?”, *Actualidad Laboral* n. 21/2006, [pp. 2546-2558]; Sala Franco, T./ Ramírez Martínez, J.M. (2000), “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”, en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch [pp. 109-132]; Rodríguez Ramos, M. J. (2007) “La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación ante las últimas reformas laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n. 15/2007.

<sup>17</sup> Vid. Valdés Dal-Ré, F. (2006), “El debate europeo sobre movilidad (y II)”, *Relaciones Laborales* n. 2/ 2006, [pp. 100 y ss.].

<sup>18</sup> Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, op.cit., [pp. 589-625].

y en definitiva a impedir un tratamiento económico y normativo diferenciado de los trabajadores cedidos respecto de los trabajadores permanentes de la empresa cesionaria. El presupuesto básico, desde la perspectiva laboral radica por tanto en que “la lesión infringida con el fraude afecte a los derechos concretos del trabajador, cristalizados en la estructura normativa laboral, de la cual ellos constituyen una suerte de reflejo humanizado”<sup>19</sup>.

Es por ello necesario salvar las distancias teóricas entre los presupuestos aplicativos del derecho nacional y los del derecho de la Unión, pues la jurisprudencia comunitaria en materia de desplazamiento de trabajadores atiende a la lógica interna del derecho del mercado interior. Como ya avanzábamos, el tratamiento jurisprudencial de este fenómeno no incorpora una noción comunitaria de cesión ilegal de trabajadores<sup>20</sup>, ni siquiera cuando el TJUE interpreta disposiciones en materia de política social<sup>21</sup>, sino que se enmarca en una doctrina más general relativa al abuso de derecho o fraude de las libertades comunitarias. No es por tanto correcto trasladar metodológicamente a este análisis los elementos de calificación jurídica de la cesión ilegal de trabajadores de nuestro derecho interno. Por consiguiente, a fin de evitar interferencias conceptuales desde nuestra perspectiva nacional, al referirnos en este trabajo a la “cesión ilegal” o a los “mecanismos interpositivos” nos basaremos en la definición contenida en la Recomendación núm. 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la relación de trabajo (2006). Este instrumento se refiere concretamente a las “relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de [...] otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que oculten la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Fernández Gianotti, E. (1991), “Fraude de derechos laborales”, Relaciones Laborales n. 1/ 1991, [pp. 1199-1220].

<sup>20</sup> Nótese que en derecho de la Unión se acepta la noción de un doble vínculo laboral, vid. STJUE de 10 abril 2003 (Giulia Pugliese, C-437/00).

<sup>21</sup> Vid. STJUE de 13 de enero de 2004 (C-256/01, Allonby). Pese a que el TJUE en esta sentencia declara obiter dicta que la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional debe rechazarse “si su independencia sólo es ficticia, disimulando así una relación laboral”, niega la protección del artículo 141 TCE (actual artículo 157 TFUE) a “una mujer a quien no se le renueva su contrato laboral con una empresa y que es puesta de inmediato a disposición de su anterior empresario a través de otra empresa para prestar los mismos servicios” [parágrafos 71-72 y fallo].

<sup>22</sup> Vid. también Resolución sobre el Informe V (2B), La relación de trabajo”, 95ª Conferencia Internacional del Trabajo, 2006.

[<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/reports.htm>].

Una vez realizadas todas estas precisiones, la cuestión se centra ahora en analizar cuáles son los límites que ha establecido el Tribunal de Justicia a la utilización de las libertades comunitarias para eludir las leyes sociales del país de destino en el caso de desplazamiento de trabajadores desde una empresa carente de realidad económica, para pasar posteriormente a estudiar en qué términos se ha desarrollado en el ámbito de la Unión el requisito de un genuino vínculo laboral entre el trabajador desplazado y el empresario en el país de origen.

## **2. EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA *LEX ORIGINIS* EN CASO DE EMPRESARIO FICTICIO: DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES DESDE UNA EMPRESA CARENTE DE REALIDAD ECONÓMICA**

La exclusión de la aplicación de la *lex originis* en caso de empresario ficticio deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito del artículo 48 TFUE (ex artículo 42 TCE), relativo a los aspectos de seguridad social de la libre circulación de trabajadores, y del artículo 56 TFUE (ex artículo 49 TCE), relativo a la libre prestación de servicios. Se ha conformado así un cuerpo jurisprudencial orientado hacia la consecución del mercado interior de servicios, y que trata de evitar que la legislación nacional sea fuente de obstáculos para la movilidad de trabajadores y de prestadores de servicios. Así, pese a estar contenidas en una norma de desarrollo de la libre circulación de trabajadores, las disposiciones del artículo 12, apartado 1º, del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social desempeñan un rol fundamental en la remoción de obstáculos a la libre circulación de servicios, pues logran evitar la doble imposición de cargas sociales<sup>23</sup>. Esta convergencia entre los artículos 48 y 56 TFUE en torno a la *ratio* última de integración económica del mercado de servicios<sup>24</sup>, permitirá por tanto extraer criterios interpretativos de alcance general frente a la utilización fraudulenta de las libertades comunitarias en este ámbito.

Pues bien, el Tribunal de Justicia funda su interpretación en una doble exigencia, en primer lugar, en cuanto a la existencia de un vínculo orgánico con la empresa de origen, y en segundo lugar, en relación a la necesaria realidad económica de las actividades desarrolladas por la empresa en el país de

<sup>23</sup> Vid. STJUE de 10 de febrero de 2000 (C-202/97, FTS), [parágrafo 28]; STJUE de 15 junio 2000 (asunto C-404/98, Josef Plum) [parágrafo 19].

<sup>24</sup> Vid. 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. 208 y ss].

establecimiento. De modo que, en esta jurisprudencia, no resulta admisible que los operadores transnacionales se sirvan del derecho de la Unión para amparar actividades de *dumping social*. Esto nos ofrece la ocasión de comparar la situación de hecho en el asunto *Laval*, con la doctrina contenida en las sentencias *Manpower*<sup>25</sup>, *FTS*<sup>26</sup> y *Plum*<sup>27</sup>, en la que los beneficios que otorga el derecho de la Unión al prestador de servicios sólo se mantienen cuando las empresas ejercen “actividades significativas” en el territorio del Estado en el que están establecidas<sup>28</sup>. En efecto, además de la subsistencia del vínculo orgánico entre la empresa y el trabajador durante el período de desplazamiento, el Tribunal de Justicia ha exigido un requisito adicional, que consiste en que *normalmente* el empresario ejerza su actividad en el territorio del primer Estado miembro, es decir, que la empresa ejerza habitualmente actividades significativas en dicho Estado. Así, la exigencia de un vínculo real con el Estado miembro de establecimiento cumple la función de evitar que las empresas con domicilio de conveniencia se sirvan de las libertades de circulación para acogerse a cotizaciones inferiores a las que resultaría de aplicar las leyes del Estado donde desarrollan sus servicios.

El *forum shopping* es un problema recurrente desde los albores de la internacionalización de la economía. Ya en el asunto *Manpower*, en 1970, el Abogado General Dutheillet de Lamothe se refería a que ciertas empresas “iniciaban obras fuera de sus países de origen y hacían rotar a su personal para seguir sujetas a la legislación del país de origen, donde las cargas sociales eran menos elevadas que en los países en que trabajaban. Estas prácticas se registraron particularmente en Francia en las industrias de la construcción y de la madera”<sup>29</sup>. La integración económica ha favorecido la extensión de este fenómeno, extendiéndose incluso al “forum shopping colectivo”. Se desarrolla así una mecánica de negociación colectiva que trata de aprovechar las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos, como ocurrió en el asunto *Laval*. Según la información facilitada por la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC), la empresa *Laval* negoció tanto con los sindicatos del país de origen, como los sindicatos del país de destino a fin de alcanzar la solución jurídica

<sup>25</sup> STJUE de 17 de diciembre de 1970, (asunto 35/70, *Manpower*).

<sup>26</sup> STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, *FTS*).

<sup>27</sup> STJUE de 15 junio 2000 (asunto C-404/98, *Josef Plum*).

<sup>28</sup> Nótese que las primigenias normas en materia de libre prestación de servicios que recogían disposiciones en materia de desplazamiento de trabajadores ya recogen en su texto el requisito de “vinculación efectiva y continuada con la economía del Estado Miembro”. Este es el caso del Programa General para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en la Comunidad Económica Europea de 1962 [Título I, considerando 1º, apartado 2], la Directiva 64/223/CEE [Considerando 5º] y la Directiva 64/224/CEE [Considerando 5º].

<sup>29</sup> Según expone el Abogado General Sr. F.G. Jacobs en sus Conclusiones en el asunto C-202/97 (*FTS*), parágrafo 26.

más ajustada a sus intereses. Finalmente, la empresa Laval acabó suscribiendo un convenio con los sindicatos del país de origen de los desplazados (letones) al no lograr la aquiescencia de los sindicatos suecos<sup>30</sup>.

Llegados a este punto, debemos determinar en qué consiste, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito relativo a la realización de “actividades significativas”. Nótese que tanto la sentencias *Manpower* como *FTS* vienen referidas a supuestos de desplazamiento realizados por empresas de trabajo temporal, mientras que la Sentencia *Plum* aborda un supuesto de desplazamiento por parte de una empresa auxiliar, en el marco de una contrata transnacional. Concretamente, en la sentencia *Manpower*, el TJUE establecerá el principio, que varias décadas después retomarán las Sentencias *FTS* y *Plum*, desarrollando plenamente su contenido.

Así, en *Manpower* el TJUE establece que la excepción que permite excluir la regla del Estado de empleo en el caso de trabajadores desplazados temporalmente, sólo es aplicable a los trabajadores contratados por empresas que ejercen “actividades significativas” en el territorio del Estado en el que están establecidas, al considerar que sólo dicha interpretación puede conciliar la norma general del artículo 13.2.a) del Reglamento 1408/71 [actual artículo 11 del Reglamento 883/2004]—según la cual los trabajadores están, en principio, sometidos al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en el que ejercen una actividad— con la norma particular que deriva del artículo 14.1 de dicho Reglamento [actual artículo 12.1 del Reglamento 883/2004].

Posteriormente, en *FTS*, el tribunal remitente solicitará al TJUE que le aporte criterios específicos que le permitan establecer la existencia de una vinculación efectiva con el Estado de establecimiento. El Tribunal atiende a la solicitud del órgano jurisdiccional nacional y apunta una serie de elementos de ponderación, entre los que cabe mencionar (a) el lugar del domicilio social de la empresa y de su administración, (b) la plantilla de personal administrativo que trabaja respectivamente en el Estado miembro de establecimiento y en el otro Estado miembro, (c) el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y donde se celebran la mayor parte de los contratos con la clientela, (d) la ley aplicable a los contratos de trabajo celebrados por la empresa con sus trabajadores, por una parte, y con sus clientes, (e) así como, también, el volumen de negocios realizado durante un período suficientemente significativo en cada Estado miembro de que se trate.

En particular, en el supuesto de hecho de la Sentencia, la empresa FTS ejercía todas sus actividades de colocación desde Irlanda, de modo que todos los contratos de trabajo, incluso aquellos que se refieren a su clientela neerlandesa,

<sup>30</sup> Vid. Le cas Laval (Vaxholm) - Résumé des faits, Memorandum 5/12/2005 <http://www.etuc.org/a/1882> [7/7/2008], [p. 4, parágrafo 3], [p. 7, párrafos 1- 3].

desa, se celebraban a través de su oficina de Dublín, y mientras que los trabajadores enviados a los Países Bajos se dedican a actividades en los sectores agrícola y hortícola, los que se ponen a disposición de empresas establecidas en Irlanda ejercen sus actividades en otros sectores más cualificados, tales como el sector de informática. En relación a esta última cuestión, el Tribunal, con fundamento en la sentencia *Van der Vecht*, declara que la naturaleza de los trabajos confiados a los trabajadores desplazados no debe formar parte de dichos criterios. Del mismo modo, el Tribunal descarta aplicar, como elemento único de decisión, el relativo al volumen de actividades, considerando que sólo a través de dicho criterio no posible establecer si se están realizando “actividades significativas” en el país de establecimiento. Por consiguiente, deja en manos del tribunal nacional la tarea de examinar la totalidad de elementos que caracterizan las actividades ejercidas por dicha empresa, a fin de establecer si éstas merecen la calificación de “significativas”. Dicho listado de criterios, sin embargo, no se considera exhaustivo, puesto que la elección de los mismos “debe adaptarse a cada caso específico”, según se encarga el Tribunal de puntualizar.

En este pronunciamiento el TJUE aporta cierta luz a esta compleja cuestión, habiendo la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes recogido esta doctrina en su Decisión nº 181. Lo que ha posibilitando que dicha interpretación trascienda del ajustado marco del caso particular analizado por la Sentencia<sup>31</sup>. Como ya hemos adelantado, esta jurisprudencia no afecta únicamente a las empresas de trabajo temporal, sino también a las empresas que contratan trabajadores con el

<sup>31</sup> Decisión nº 181 de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, de 13 de diciembre de 2000, relativa a la interpretación del apartado 1 del artículo 14, del apartado 1 del artículo 14 bis y de los apartados 1 y 2 del artículo 14 ter del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo relativos a la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que ejercen temporalmente una actividad fuera del Estado competente (en adelante la Decisión nº 181 interpretativa del artículo 14 del Reglamento 1408/71 o Decisión nº 181), Diario Oficial nº L 329 de 14/12/2001, p. 73. Dicha Decisión, en su parágrafo 3.b) ii), in fine dispone: “Para determinar si una empresa de trabajo temporal ejerce habitualmente actividades significativas en el territorio del Estado miembro en el que está establecida, la institución competente de este último deberá examinar la totalidad de los criterios que caracterizan las actividades ejercidas por dicha empresa, entre los que figuran, en particular, la localización de la sede de la empresa y de su administración, la plantilla de personal administrativo que trabaja, respectivamente, en el Estado miembro de establecimiento y en el otro Estado miembro, el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y donde se concluyen la mayoría de los contratos con los clientes, la ley aplicable a los contratos celebrados por la empresa con sus trabajadores, por una parte, y con sus clientes, por otra, así como el volumen de negocios realizado durante un período suficientemente significativo en cada Estado miembro de que se trate”.

objetivo de desplazarlos para la ejecución de una contrata<sup>32</sup>. En efecto, la Sentencia *Plum*, aplica los criterios establecidos en *FTS*, exigiendo a una empresa auxiliar el cumplimiento del requisito de que la empresa “ejerza normalmente su actividad en el territorio del primer Estado miembro”, lo que significa que ésta debe tener una infraestructura empresarial y emplear habitualmente personal en el país donde esté formalmente establecida. En este pronunciamiento el tribunal remitente cuestionaba la aplicación de las normas de desplazamiento a los trabajadores de una empresa de construcción desplazados a otro país comunitario, dándose la circunstancia de que la citada empresa ejercía la totalidad de sus actividades en el país de destino, a excepción de las de gestión meramente internas. *In casu*, Josef Plum era propietario de dos empresas de construcción en Alemania. Posteriormente, éste funda una sociedad holandesa con domicilio en Heerlen (Países Bajos), con la finalidad de hacer frente a la competencia cada vez más fuerte ejercida en Alemania por las empresas de construcción neerlandesas, cuyos costes salariales y cargas sociales eran inferiores a los de las empresas alemanas. De este modo, la sociedad holandesa, mediante trabajadores contratados en Holanda y desplazados a Alemania, ejecutaba los contratos de prestación de servicios para las dos empresas alemanas del Sr. Plum. Dicha empresa asumía únicamente proyectos de construcción en Alemania, aunque la duración prevista de los trabajos para cada uno de los citados proyectos nunca superaba los doce meses. Pues bien, en aplicación de la doctrina desarrollada en la Sentencia *FTS*<sup>33</sup>, el Tribunal no considera que en una situación de esta índole resulte aplicable el artículo 14, párrafo 1, letra a), del Reglamento 1408/71 [actual artículo 12.1 del Reglamento 883/2004], dado que la empresa de que se trataba no ejercía ninguna actividad económica de importancia en el Estado miembro en el que tenía su domicilio. Por consiguiente, declara que los trabajadores debían estar sometidos a la legislación de Seguridad Social del Estado miembro en el que ejercen efectivamente su actividad. En definitiva, en esta jurisprudencia el requisito que exige una vinculación de la empresa con el Estado miembro de establecimiento se erige como una barrera jurídica frente a las prácticas de las empresas “con domicilio de conveniencia”, que por medio del establecimiento de una estructura empresarial ficticia pretenden defraudar las normas de Seguridad Social del lugar de prestación de servicios.

<sup>32</sup> No así a los desplazamientos intragrupo contemplados por el artículo 1, apartado 3º, letra b) de la Directiva 96/71/CE, vid. Moreno i Gené, J. (2003), Aspectos jurídico-laborales de las empresas filiales: la identificación del empresario responsable, Madrid, Tecnos, [p. 320].

<sup>33</sup> STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, *FTS*), párrafo 53.

### 3. DETERMINACIÓN DE LA *LEX ORIGINIS*

Es necesario contextualizar la jurisprudencia que se acaba de describir en el marco más amplio de la doctrina relativa a la determinación del país de establecimiento. Pues la aplicación del principio del país de origen exige, como condición necesaria, la determinación del origen de los servicios a fin de establecer el régimen jurídico aplicable *prima facie* al prestador de servicios, lo que despliega importantes efectos laborales<sup>34</sup>. Así, una regulación laxa en lo concerniente al derecho de establecimiento puede facilitar el fenómeno de la filiación<sup>35</sup> con fines de *dumping social*. Como es conocido, el criterio personalista permite gozar de las ventajas de la libre circulación simplemente fijando la sede social en un Estado de la Unión, lo que ha sido objeto de críticas doctrinales, por considerar que favorece la “penetración” económica de las empresas de terceros países<sup>36</sup>. De modo que el Tribunal de Justicia ha desarrollado como contrapunto un criterio “realista”, combinando el criterio personalista con el principio que exige que el establecimiento en otro Estado miembro implique el “ejercicio efectivo de una actividad económica” —del que se sirve el TJUE para interpretar el derecho derivado en la jurisprudencia que acabamos de describir, pero en la que no se pone en cuestión el propio derecho de establecimiento, pues el Estado de origen en *Plum* o *FTS* no rechazan el establecimiento de tales empresas en su territorio.

En la doctrina francesa, este criterio atiende al “*siège réel*” a la hora de establecer el lugar de establecimiento del prestador de servicios referido a “la sede real o centro de actividades de la empresa”. De modo que si bien se admite una cierta libertad en el establecimiento de la sede de la empresa, se reserva a los Estados, como cuestión de orden público, la posibilidad de no reconocer dicho establecimiento si de todas las circunstancias concurrentes se desprende que la empresa no tiene vinculación económica alguna con dicho país<sup>37</sup>. El

<sup>34</sup> Vid., en este sentido, el considerando 36º ter de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que se conoció en la opinión pública como “Directiva Bolkestein” (en adelante, la Directiva 123/2006 Marco de Servicios).

<sup>35</sup> Sobre el fenómeno de la filiación como instrumento de “concentración y descentralización” vid. Moreno Gené, J. (2000), Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filiación, en AAVV, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Zaragoza, [pp. 703-725].

<sup>36</sup> Vid. Menjucq, M. (2006), “La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en Derecho de la Unión de sociedades”, Noticias de la Unión Europea n. 252/2006, [pp. 103 y ss] y Vázquez Ruano, T. (2007), “El traslado de domicilio social de la SE a otro Estado miembro de la UE. La necesaria tutela de los intereses y derechos de los colectivos afectados”, Noticias de la Unión Europea n. 270/2007, [pp. 92 y ss].

<sup>37</sup> Vid. Hansen, J.L. (2002), “A new look at Centros, from a Danish point of view”, European Business Law Review, n. 1/2002, vol. 13, [p. 86].

derecho de la Unión, sin embargo, sujeta a estrictos requisitos esta posibilidad. Así, de una consolidada jurisprudencia se desprende que una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico la evitación de prácticas abusivas a través de “montajes puramente artificiales” carentes de realidad económica cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate, habida cuenta que el concepto de establecimiento exige “una implantación real de la sociedad de que se trate en el Estado miembro de acogida y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste”<sup>38</sup>. La constatación de que se trata de una práctica abusiva está sometida a requisitos objetivos, en particular, al nivel de existencia física de la empresa “por lo que a locales, personal y equipos se refiere”, de modo que si de la verificación de tales elementos se dedujese que la empresa constituye una implantación ficticia que no ejerce *ninguna* actividad económica efectiva en el territorio del Estado miembro de acogida, debería considerarse que la creación de la misma tiene el carácter de un montaje puramente artificial<sup>39</sup>.

De lo anterior se desprende que, al determinar el centro de intereses principales de una sociedad, la presunción *iuris tantum* que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos, que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social, como en el caso de una sociedad «fantasma» que no ejerza *ninguna* actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social<sup>40</sup>.

Es obligado advertir que el TJUE no ha desarrollado propiamente una doctrina en materia de abuso de derecho, sino que suele evaluar tales supuestos a partir del contenido esencial de la libertad comunitaria en cuestión. No cabe así considerar contrarios al derecho de la Unión todos los supuestos de utilización de las libertades comunitarias dirigidas a eludir las normas del país de destino<sup>41</sup>. Por otra parte, cuando los Estados tratan de poner medios para evitar los fenómenos de evasión de la ley nacional, se ven sujetos a estrictos condicionamientos. En efecto, el TJUE exige que en la evaluación de la conducta del operador transnacional se tengan en cuenta los objetivos perseguidos por el Tratado<sup>42</sup> y la necesaria aplicación uniforme del derecho de la Unión en todos

<sup>38</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2006 (Cadbury Schweppes, C-196/04) [parágrafos 50 y 54].

<sup>39</sup> STJUE de 12 de septiembre de 2006 (Cadbury Schweppes, C-196/04) [parágrafos 50 y 54]. La Sentencia Cadbury Schweppes no exige los requisitos de carácter subjetivo que algún pronunciamiento precedente había introducido, restringiendo considerablemente la aplicación de esta doctrina y que estaban relacionados con la concurrencia de un ánimo defraudatorio. Vid. en términos análogos STJUE de 14 diciembre 2000, (Emsland-Stärke, C-110/99) [parágrafos 64 y ss].

<sup>40</sup> STJUE de 2 de mayo de 2006 (Eurofood IFSC, C-341/04) [parágrafos 34 y 35].

<sup>41</sup> Vid. STJUE 5 de octubre de 1994 (asunto C-23/93, TV10); STJUE de 5 junio de 1997 (asunto C-56/96, VT4); y STJUE de 9 de marzo de 1999, (asunto C-212/97, Centros).

<sup>42</sup> STJUE 2 de mayo de 1996 (Paletta nº 2, C-206/94).

los Estados<sup>43</sup>. El TJUE impone así a los tribunales nacionales la obligación de que al juzgar supuestos de evasión no alteren el ámbito aplicativo de las disposiciones comunitarias controvertidas, no debiendo en su interpretación comprometer los objetivos de las mismas<sup>44</sup>.

Como pone de relieve la doctrina<sup>45</sup>, estos términos son tan estrictos que *de facto*, cuando el tribunal se encuentre valorando la inaplicación del derecho de la Unión en caso de fraude será difícil que el tribunal no se vea inmerso en el presupuesto de hecho de la doctrina de “*acte clair*”<sup>46</sup>, debiendo por tanto plantear la correspondiente cuestión prejudicial. De modo que finalmente, la capacidad estatal de actuar directamente contra estos fenómenos se encuentra fuertemente limitada en el fondo y en la forma.

Ahora bien, es necesario diferenciar la doctrina relativa al ejercicio efectivo de una actividad económica, que se enmarca en la jurisprudencia en materia de fraude o abuso de derecho, de la que evalúa supuestos de evasión de la ley nacional a través del desarrollo de actividades orientadas principalmente al territorio de otros Estados sin que concurra el elemento de infraestructura empresarial ficticia, como ocurre por ejemplo en el asunto *Viking*. En estos casos, el TJUE suele resistirse a considerar que los operadores económicos transnacionales incurran en un incumplimiento del derecho de la Unión<sup>47</sup>.

En los dos asuntos paradigmáticos en este sentido en el ámbito laboral, *Viking* y *Laval*, el Tribunal evita pronunciarse sobre el uso de la libertad de establecimiento para valerse de las condiciones de trabajo establecidas en dicho país. Así, en el caso *Laval*, los sindicatos suecos denunciaron, apoyándose en la doctrina contenida en *Rush Portuguesa* que la actividad de la empresa Laval consistía “en colocar temporalmente personal originario de Letonia en sociedades que ejercen su actividad en el mercado sueco, [a fin de] eludir el conjunto de obligaciones que se derivan de las leyes y los reglamentos suecos relativos a los convenios colectivos y pretende, invocando las disposiciones del Tratado relativas a los servicios y la Directiva 96/71, aprovechar de modo indebido las posibilidades ofrecidas por el Derecho de la Unión”<sup>48</sup>.

En efecto, la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC) ofreció información a la opinión pública desde el inicio del conflicto que parece confirmar esta afirmación. En concreto, de la documentación que ha publicado ETUC se despren-

<sup>43</sup> STJUE 12 de marzo de 1996 (Pafitis, C-441/93).

<sup>44</sup> STJUE de 12 de mayo de 1998 (Kefalas, C-367/96).

<sup>45</sup> Kjellgren, A. (2002), “On the Border of Abuse: the jurisprudence of the European Court of Justice on circumvention, fraud and abuses of community law”, en Andenas, M./Roth W.H., Services and free movement, Oxford, Oxford University Press, [pp. 272 y ss.].

<sup>46</sup> Vid. STJUE de 6 de octubre de 1982 (CILFIT, asunto 283/81).

<sup>47</sup> Vid. STJUE 5 de octubre de 1994 (asunto C-23/93, TV10); STJUE de 5 junio de 1997 (asunto C-56/96, VT4); y STJUE de 9 de marzo de 1999, (asunto C-212/97, Centros).

<sup>48</sup> STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, Laval un Partneri) [parágrafo 44].

de que los convenios colectivos que la empresa Laval se negó a firmar en relación con los trabajadores letones y que motivó las acciones sindicales objeto de controversia eran del mismo tipo a los que previamente había suscrito en relación con su propio personal<sup>49</sup>. Así, las cuentas anuales de la empresa letona reflejaban que en el periodo 2002-2003, es decir un año después de establecer la filial en Suecia, ya no disponía de trabajadores propios sino que el trabajo se realizaba a través de trabajadores de la matriz en Letonia o a través de otros subcontratistas. La cifra de negocios en dicho periodo alcanzaba los 20.553.552 coronas suecas, cifra que en un 80% provenía de los trabajos asumidos por los trabajadores la empresa letona<sup>50</sup>, de modo que la empresa Laval difícilmente hubiera superado el test en materia de actividades significativas de la sentencia *FTS*<sup>51</sup>. Sin embargo, el Abogado General refirió que “no hay prueba alguna en los autos que demuestre ni indique siquiera que las actividades de Laval hubiesen estado total o principalmente orientadas al territorio sueco con el fin de eludir las normas que les serían aplicables de haber estado establecida dicha empresa en Suecia”<sup>52</sup>. El TJUE, por su parte, evita posicionarse al respecto acudiendo a argumentos de naturaleza procesal<sup>53</sup>.

En *Viking*, el tribunal remitente solicita una resolución de caso desde una aplicación conjunta de la libre circulación de servicios en su doble vertiente temporal y permanente<sup>54</sup>. Sin embargo, el TJUE no aborda una interpretación del derecho material que permita delimitar los objetivos legítimos susceptibles de ser amparados por cada una de las libertades, pese a que en la descripción de los hechos de la Sentencia se recoge expresamente que “la sociedad matriz desea reabanderar el buque del Estado B, para aplicar las condiciones menos favorables que las del Estado A”<sup>55</sup>. De haberse pronunciado sobre el fondo el TJUE tendría que haberse posicionado respecto de la licitud de la subcontratación, y en su caso, del prestamismo laboral, en el que incurren las empre-

<sup>49</sup> Le cas Laval (Vaxholm) - Résumé des faits, Memorandum 5/12/2005 <http://www.etuc.org/a/1882> (consulta 7/7/2008), [p. 1, párrafos 4], [p. 3 párrafo 5].

<sup>50</sup> Ibid. [p. 1, párrafo 4].

<sup>51</sup> STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, *FTS*), párrafo 53.

<sup>52</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 23 de mayo de 2007 (asunto C-341/05, *Laval*) [párrafo 109].

<sup>53</sup> STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, *Laval un Partneri*) [párrafos 43-44].

<sup>54</sup> Vid. STJUE 11 diciembre 2007 (*Viking*, asunto C-438/05), [párrafo 27]. El Tribunal solicita la interpretación, junto con el artículo 43 TCE (actual 49 TFUE) del Reglamento (CEE) nº 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros (DO L 378, p. 1). El Reglamento 4055/86 tiene como finalidad la abolición de obstáculos a la libre circulación de servicios, que en este ámbito no se enmarca en el contexto del artículo 56 TFUE (en este caso, referido al antiguo artículo 49 TCE), puesto que la libre circulación en materia de servicios de transportes marítimos se ha de regir por las disposiciones del capítulo relativo a los transportes [Vid. Considerandos 1 y 2].

<sup>55</sup> STJUE 11 diciembre 2007 (*Viking*, asunto C-438/05), [párrafo 27, apartado 9].

sas que se sirven de las posibilidades ofrecidas por el artículo 56 TFUE para acceder a bajos costes salariales a través de operadores extranjeros, es decir, amparándose en las normas del mercado interior de servicios.

En este sentido, procede recordar que la Sentencia *Arblade* al interpretar el artículo 49 TCE, relativo a la libre prestación de servicios [actual artículo 56 TFUE] y la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios<sup>56</sup> se remitió *obiter cita* a la doctrina general en materia de abuso del derecho de la Unión, cuando declara que “ha quedado acreditado, por una parte, que *Arblade* y *Leloup*, establecidos en Francia, se desplazaron, con arreglo a los artículos 59 y 60 del Tratado, a otro Estado miembro, concretamente a Bélgica, para ejercer en él actividades de carácter temporal y, por otra, que sus actividades no se dirigieron total o principalmente a este último Estado con el fin de eludir las normas que les serían aplicables en el caso de que estuvieran establecidos en el territorio de ese Estado”. Tal declaración implica *sensu contrario* que el Tribunal de Justicia no otorgará cobertura a prestadores de servicios cuyas actividades estén destinadas a eludir las normas que les serían aplicables si estuvieran establecidos en el territorio de ese Estado<sup>57</sup>.

Sin duda, la libertad de establecimiento constituye un poderoso instrumento en el proceso de integración de un auténtico mercado interior de servicios<sup>58</sup> siendo su objetivo “permitir a un nacional de un Estado miembro crear un establecimiento secundario en otro Estado miembro para ejercer en él sus actividades y favorecer de este modo la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad”<sup>59</sup>. La libertad de establecimiento implica, a tal efecto, “la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, y de que se beneficie de ello”<sup>60</sup>. A este respecto, el TJUE debería explicitar si la posibilidad de participar y beneficiarse de forma estable

<sup>56</sup> Las disposiciones de la Directiva 96/71 no estaban en vigor en el momento de los hechos del asunto *Arblade*. No obstante, con apoyo en la STJUE de 29 de octubre de 1998, (*Awoyemi*, C-230/97), el TJUE decide tener en cuenta las disposiciones más favorables de la Directiva 96/71. Vid. párrafo 29 STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*).

<sup>57</sup> Vid. párrafo 32 de la STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*).

<sup>58</sup> Hansen, J.L. (2002), “A new look at Centros, from a Danish point of view”, *European Business Law Review*, n. 1 (vol. 13)/2002, [p. 93].

<sup>59</sup> STJUE de 21 de junio de 1974, (*Reyners*, 2/74), [párrafo 21].

<sup>60</sup> STJUE de 30 de noviembre de 1995 (*Gebhard*, C-55/94) [párrafo 25]. En este contexto, el concepto de fraude que maneja el tribunal comunitario en materia de libertad de establecimiento parte del presupuesto de que “a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa” [STJUE de 14 diciembre 2000, (*Emsland-Stärke*, C-110/99) [párrafos 52 y 53].

en la vida económica de un Estado miembro implica también que el empresario pueda sacar provecho de las ventajas de costes sociales existentes en dicho país<sup>61</sup>, siendo por tanto lícita la existencia de un cierto nivel de competencia social en el mercado interior. Desafortunadamente, la doctrina sí que ha visto en la laxitud del Tribunal respecto de la utilización del derecho de establecimiento con fines de *forum shopping* una vía de entrada de la libre competencia como mecanismo regulador o “nivelador” de los niveles óptimos de regulación en el mercado interior, es decir como una nueva fórmula de integración negativa que somete a presión a la baja a los sistemas jurídicos “ineficientes” desde el punto de vista de la libre competencia<sup>62</sup>.

#### 4. LA EXIGENCIA DE UN GENUINO VÍNCULO LABORAL

La existencia de un genuino vínculo laboral constituye un elemento definitorio esencial tanto del concepto de trabajador migrante contenido artículo 45 TFUE (antiguo artículo 39 TCE), como del concepto de trabajador desplazado en el ámbito de la Directiva 96/71/CE. Concretamente, ésta última norma exige tal requisito en los tres supuestos contemplados por el apartado 3 del artículo 1<sup>63</sup>. Esto explica que el TJUE haya reconocido en las Sentencias *Rush Portuguesa y Comisión contra Luxemburgo* (C-445/03) la legitimidad de la intervención estatal en la prevención de la cesión ilegal de trabajadores desplazados, admitiendo expresamente la potestad de los Estados miembros de comprobar si los prestadores de servicios que envían a su territorio trabajadores desplazados “utilizan la libre prestación de servicios con un fin que no sea la ejecución de la prestación de que se trate, como, por ejemplo, transferir a su personal para facilitar su colocación o garantizar su disponibilidad”, aunque tales controles deben respetar los límites establecidos por el Derecho de la Unión, “en particular, los derivados de la libre prestación de servicios, que no puede reducirse a límites iluso-

<sup>61</sup> En línea con lo expresado, en materia de libre prestación de servicios, por el Abogado General Pieter Verloren Van Themaat en su Conclusiones presentadas el 16 de diciembre de 1981, (asuntos 62 y 63/81, Seco y Desquenne) [p.45].

<sup>62</sup> Perrone, A. (2001), “Della liberta di stabilimento alla competizione fra ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros”, *Rivista delle società* 2001, [pp. 1293-1307].

<sup>63</sup> Así, en primer lugar, la Directiva 96/71/CE se refiere a las empresas que desplazan tales trabajadores 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 “siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento [letra a) del apartado 3 del artículo 1)]. También el requisito del mantenimiento del vínculo laboral se exige en el caso de desplazamientos intragrupo [letra a) del apartado 3 del artículo 1)]. Y por último, en el caso del desplazamiento por parte de una empresa de trabajo temporal [letra a) del apartado 3 del artículo 1)], siempre que “exista una relación laboral entre ésta y el trabajador desplazado”, aunque en este caso no se hace referencia, lógicamente, al poder de dirección.

rios y cuyo ejercicio no puede dejarse a la discreción de la administración”<sup>64</sup>. Debe destacarse la importancia de esta jurisprudencia, pues como ya se dijo, permite expulsar los supuestos de cesión ilegal de trabajadores desplazados del ámbito de protección del artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios. Concretamente, en *Rush Portuguesa* se rechaza la cesión ilegal en tanto que negocio jurídico en fraude de las libertades comunitarias, pues no existiendo derecho a acceder al mercado del personal extracomunitario, se contraviene el Acta de Adhesión si las empresas “se sirven” del artículo 56 TFUE para lograrlo. En consecuencia, a menos que la empresa que desplaza trabajadores se encuentre prestando servicios actuando directamente como empresario no se reconoce el derecho a introducir personal en el mercado de otro Estado miembro<sup>65</sup>. Esta doctrina se ha sintetizado por las Orientaciones de la Comisión (2006) del modo siguiente: “El Tribunal, en su jurisprudencia, ha admitido que los Estados miembros pueden comprobar si las empresas realizan un uso indebido de la libre prestación de servicios [mediante la colocación] de trabajadores de terceros países en el mercado laboral del Estado miembro de acogida”<sup>66</sup>.

También las posibilidades ofrecidas por el primer apartado del artículo 12 del Reglamento 883/2004 de acogerse a la ley del país de origen están sujetas a similares garantías, a fin de evitar su utilización para la cesión ilícita de trabajadores. Para comenzar, de conformidad con el apartado 4 de la mencionada Decisión nº 181 de la Comisión la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, el derecho de la Unión deja de aplicarse, por falta de vínculo laboral, si la empresa a la que el trabajador por cuenta ajena está destinado pone este trabajador a disposición de otra empresa. En este sentido, no se considera aceptable que el desplazamiento que implique la concatenación de distintas cesiones de trabajadores, y en particular en los siguientes casos:

—si la empresa a la que se destaca el trabajador pone a éste a disposición de otra empresa del Estado miembro donde se encuentra;

—si la empresa a la que se destaca el trabajador pone al trabajador destacado a disposición de una empresa situada en otro Estado miembro;

—o si el trabajador es contratado en un Estado miembro para ser enviado por una empresa situada en un segundo Estado miembro a una empresa de un tercer Estado miembro.

<sup>64</sup> STJUE de 27 de marzo de 1990, (asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*) [parágrafo 17]; STJUE 21 octubre 2004 (asunto C-445/03, *Comisión/ Luxemburgo*) [parágrafo 39].

<sup>65</sup> Sobre la posibilidad de que la libre prestación de servicios pueda amparar la cesión ilegal vid. Lyon-Caen, G. / Lyon-Caen, A. (1991), *Droit social international et européen*, Paris, Dalloz, [pp. 199-200].

<sup>66</sup> COM (2006) 159 final, op.cit., [sección 2].

Esta interpretación afecta fundamentalmente a las empresas de trabajo temporal y a la subcontratación en cadena. La figura del desplazamiento en estos casos consiste en poner trabajadores a disposición de otra empresa o subcontratarlos, y si la empresa receptora, a su vez, pone estos trabajadores a disposición de una tercera empresa, el vínculo entre estos trabajadores y la primera empresa se quiebra, y por tanto el apartado 1 artículo del 12 del Reglamento 883/2004 no resultará aplicable.

En relación a esta cuestión, el Tribunal de Justicia ya en su primera Sentencia concerniente al desplazamiento de trabajadores, en interpretación del artículo 13 del Reglamento nº 3 (1958), imposibilita la aplicación de los beneficios que otorga dicha norma en los supuestos en los que no existe un genuino vínculo laboral<sup>67</sup>. La Sentencia *Van der Vecht* considera así esencial deducir del conjunto de las circunstancias de empleo si el trabajador sigue estando bajo la “autoridad” de dicho empresario a lo largo de todo el período por el que ha sido destacado. Por otra parte, según los términos de la Sentencia *Manpower*<sup>68</sup>, el trabajo se considerará efectuado por cuenta de la empresa del Estado de envío cuando dicho trabajo se efectúe para dicha empresa y siempre que subsista un vínculo orgánico entre el trabajador y la empresa que lo ha destacado. Para determinar si existe dicho vínculo con la empresa de envío, el TJUE se refiere a varios elementos de calificación jurídica, y en particular a si la empresa de envío ostenta “la responsabilidad en materia de contratación, contrato de trabajo y despido, y la posibilidad de determinar la naturaleza del trabajo”. Con esto se considera suficiente para probar la existencia de dicho vínculo, pese a que en el contrato de trabajo de los trabajadores desplazados se establecía que las condiciones de trabajo y normas disciplinarias serían las establecidas en el Reglamento interno de la empresa usuaria<sup>69</sup>. Ciertamente esta jurisprudencia

<sup>67</sup> STJUE de 5 de diciembre de 1967 (asunto 19/67, *Van der Vecht*) [p. 354]. Esta doctrina es revisitada por la Sentencia FTS en los siguientes términos: “A este respecto, basta destacar, como se deduce de todas las observaciones presentadas, que este concepto exige, de conformidad con la Decisión núm. 128, el mantenimiento de un vínculo orgánico entre la empresa establecida en un Estado miembro y los trabajadores por ella desplazados en el territorio de otro Estado miembro durante el tiempo de su desplazamiento. Para establecer la existencia de dicho vínculo orgánico, es esencial deducir del conjunto de circunstancias de la ocupación que el trabajador se halla subordinado a dicha empresa”.

<sup>68</sup> STJUE de 17 de diciembre de 1970, (asunto 35/70, *Manpower*) [parágrafos 14 a 20]. La doctrina contenida en *Manpower* ha sido posteriormente revisitada por la Sentencia FTS que también concierne un desplazamiento por ETT, y que establece como prerrequisito de la aplicación del artículo 14.1 “el mantenimiento de un vínculo orgánico entre la empresa establecida en un Estado miembro y los trabajadores por ella desplazados en el territorio de otro Estado miembro durante el tiempo de su desplazamiento. Para establecer la existencia de dicho vínculo orgánico, es esencial deducir del conjunto de circunstancias de la ocupación que el trabajador se halla subordinado a dicha empresa”. STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, FTS), [parágrafo 21-25].

<sup>69</sup> STJUE de 17 de diciembre de 1970, (asunto 35/70, *Manpower*), [parágrafo 5].

se sirve de elementos de carácter predominantemente formal para establecer la existencia de un vínculo laboral, pues al tratarse de desplazamientos empresas de trabajo temporal el poder de dirección se atribuye a la empresa usuaria. De modo que estos criterios no resultarán de especial utilidad en el caso de contrata y subcontratas<sup>70</sup>.

En este sentido, es relevante acudir a las tesis de Molero Marañón (2006) cuando señala que no todos los criterios que determinan la laboralidad de una prestación de servicios tienen la misma importancia a la hora de distinguir la contrata de la cesión ilegal, destacándose la dependencia o subordinación como el criterio determinante frente a todos los demás, mientras que son “criterios menores para la identificación del empresario” en relaciones triangulares, la titularidad del contrato de trabajo, el poder sancionador y el requisito de ajenidad, ya que tanto el contratista o subcontratista como el comitente reciben el “beneficio o utilidad patrimonial” del trabajo. Considera por tanto esta autora que “las nuevas formas de organización del trabajo alteran el juego de la calificación de la laboralidad de una relación contractual, pudiendo crearse incluso un conflicto entre ellas cuando el que dirige la prestación no es el que retribuye o cuando el que se apropia del trabajo no es el que tiene el poder de dirección”, insistiendo por tanto en la nota de la dependencia a fin de reconocer el verdadero empresario frente al resto de criterios<sup>71</sup>. Así lo prueba la doctrina del Tribunal Supremo basada en la teoría del empresario efectivo<sup>72</sup>, donde la actuación empresarial en el marco de la contrata constituye el elemento clave de calificación jurídica<sup>73</sup>.

## 5. LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA CON EL EMPRESARIO DEL PAÍS DE ORIGEN

El requisito de la subordinación como criterio para deslindar la contrata de la cesión ilegal por el momento no ha obtenido particular desarrollo en la ju-

<sup>70</sup> Nótese que la Decisión n° 181 de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes hace extensivos estos criterios, de carácter formal, para determinar la existencia de la relación laboral a cualquier tipo de desplazamiento cubierto por el artículo 14.1 del Reglamento 1408/71 [apartado 1], incluida la subcontratación. Sobre la naturaleza no vinculante de las Decisiones de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, puede consultarse la Sentencia de 5 de diciembre de 1967 (asunto 19/67, Van der Vecht), [p. 355].

<sup>71</sup> Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *op.cit.*, [pp. 589-625].

<sup>72</sup> Vid. Valdés Dal-Ré, F. (2007), “La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia”, *op.cit.*, pp. 157-167.

<sup>73</sup> STS de 31 de octubre de 1996 (Ar. 8186), STS 19 de noviembre de 1996 (Ar. 8666) y STS 20 de julio de 1999 (Ar. 6839).

risprudencia comunitaria en materia de desplazamiento de trabajadores<sup>74</sup>. Bien es conocido que ésta es una tarea plagada de dificultades, ya que los indicios de dependencia que sirven para establecer la existencia de una relación de trabajo en relaciones puramente bilaterales no se adaptan bien en el caso de relaciones triangulares<sup>75</sup>. A estas dificultades se ha tratado de enfrentar la jurisprudencia española, que según describe Molero Marañón (2006) ha acabado otorgando un margen de dirección *de facto* al empresario principal, atendiendo a que “el modo de configuración de la prestación laboral va necesariamente ligado al proceso productivo en el que se inserta”, resultando por tanto difícil discriminar el límite entre el margen de dirección permitido y el prohibido, siendo éste, de acuerdo con esta autora, el reto teórico en el que descansa la delimitación entre una cesión ilícita y la contrata a fin de esclarecer “el reparto de deberes y facultades [...] entre las entidades que pactan el proceso de subcontratación, fundamentalmente cuando la contrata afecta a los servicios que se desarrollan en la sede física del principal, siendo lo esencial la prestación laboral que lleva a cabo el personal contratado”<sup>76</sup>.

Esta labor de clarificación de los elementos definidores del vínculo laboral en el marco de una contrata se revela particularmente necesaria en el caso de los trabajadores desplazados, pues éstos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad jurídica frente al prestamismo laboral. En este sentido debe recordarse que en *Webb*<sup>77</sup> la actividad empresarial de puesta a disposición de trabajadores se contempla como una actividad de “especial naturaleza”<sup>78</sup>, que merece un tratamiento prudente en tanto que cuestión “sensible” socialmente<sup>79</sup>, admitiéndose en este momento incluso la posibilidad de que el Estado

<sup>74</sup> Sobre la aplicación de este criterio a las relaciones laborales de carácter internacional vid. Lyon-Caen, G. (1991), *Les relations de travail internationales*, Paris, Liaisons, [pp. 40 y ss.].

<sup>75</sup> Vid. sobre este particular Rodríguez Ramos, M.J. (1995), *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Madrid, Tecnos, cuyo estudio se funda en la propuesta de Directiva de 17 de junio 1993, del Consejo de la Unión Europea, relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, [p. 97].

<sup>76</sup> Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *op.cit.*, [pp. 589-625].

<sup>77</sup> STJUE de 17 de diciembre de 1981, (asunto *Webb*, 279/80) [parágrafo 10].

<sup>78</sup> Como se recordará, aún no se había aprobado en la OIT el convenio sobre agencias privadas de empleo Convenio n. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949. Ratificado por España el 05/05/1971, aunque denunciado posteriormente el 15/06/1999 al ratificar el Convenio n. 181, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convidisp1.htm> [consulta 04/01/2008].

<sup>79</sup> Vid. en el mismo sentido STJUE de 18 Enero 1979 (asuntos 110 y 111/78 *Wesemael*). Nótese que en este pronunciamiento la prestataria sólo ejercía de «agencia retribuida de ocupación» (en los términos del Convenio 96 de la OIT), es decir de intermediaria, pero no asume la posición de empleador, de modo que no produce propiamente un desplazamiento de trabajadores. En cambio, en *Webb* la empresa está constituida como una ETT, que asume la posición de empresario, pero pone a disposición de un tercero en otro país comunitario los servicios de sus empleados, que en este caso sí son desplazados en el sentido del *Rush Portuguesa* y posteriormente de la Directiva 96/71/CE.

de acogida sometiese a estrecho control las empresas que realizan este tipo de actividad<sup>80</sup>.

Así, en el desplazamiento de trabajadores esta relación triangular se establece en términos de “dislocación territorial”<sup>81</sup>, en palabras de Cruz Villalón (2000), por la intervención de un tercer sujeto, que recibe directamente la prestación del trabajador en otro país. De modo que la distancia entre el empresario y el trabajador, por una parte, y la cercanía del contratista o subcontratista, de otra, facilita considerablemente una disociación de las facultades empresariales entre el titular real y el titular formal de la relación de trabajo. Esto puede ciertamente conducir a situaciones de mera intermediación para la aportación de la mano de obra a otra empresa en el país de destino, que gestiona, organiza y dirige la actividad laboral desarrollada por el trabajador desplazado, obteniendo rendimiento lucrativo de la misma, pero sin asumir las consecuencias derivadas del contrato de trabajo<sup>82</sup>.

La empresa contratista o subcontratista tendrá por tanto dificultades para el ejercicio de sus facultades de dirección desde su país de origen, especialmente cuando se subcontratan tareas de escasa cualificación que no admitan un cierto nivel de autonomía por parte del empleado. Quedando ciertamente restringida, al encontrarse en otro país, la posibilidad de emitir órdenes generales o particulares en cuanto a la organización del trabajo, la distribución del horario, así como para llevar un control *in situ* del trabajo realizado, por lo que a menos que exista un representante del empresario en el país de destino existe un riesgo elevado de cesión de tales poderes directivos a la empresa que lo contrata o subcontrata. En este sentido, si bien puede resultar útil la práctica empresarial de designar de entre los trabajadores algún responsable “que permite suplir la distancia física entre los trabajadores de la auxiliar y su empresa, sirviendo simultáneamente de intermediario entre la empresa subcontratada y la principal”, cuando los tribunales examinan en nuestro país dicha práctica proceden habitualmente a comprobar si dicho responsable tiene poder de decisión real o si se limita a transmitir a dichos trabajadores las órdenes del empresario principal<sup>83</sup>.

El requisito de una genuina vinculación laboral en la Directiva 96/71/CE

<sup>80</sup> STJUE de 17 de diciembre de 1981, asunto Webb, 279/80) [apartado 18].

<sup>81</sup> Cruz Villalón, J. (2000), “Outsourcing y relaciones laborales”, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTAS [p. 314] apunta a las dificultades procesales y de ejecución de las obligaciones contenidas en el artículo 42 ET, así como a los “efectos negativos de dumping social asociados a las formas transnacionales de externalización de la producción”.

<sup>82</sup> Vid. Gómez Abelleira, F.J./ Madamé Martín, A. (2007), “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, op.cit., [p. 30 y ss]

<sup>83</sup> Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, op.cit., [pp. 589-625].

sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, constituye por tanto un elemento de eficacia práctica limitada, en primer lugar, por la ausencia de una concreción jurisprudencial por parte del TJUE del requisito dependencia en este ámbito material<sup>84</sup> y, en segundo lugar, por el necesario sometimiento en la interpretación de este requisito a la consecución de la finalidad económica del artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios. Realmente, la exigencia de vínculo auténtico en la Directiva 96/71/CE sólo tiene utilidad en la evitación de fenómenos empresariales interpositivos<sup>85</sup> cuando, en virtud del apartado 2º del artículo 2 de la Directiva 96/71/CE, los Estados desarrollan el contenido jurídico que cabe atribuir al vínculo laboral desde presupuestos jurídicos nacionales.

Así, aplicando a los trabajadores desplazados los criterios desarrollados a nivel interno por el Tribunal Supremo se logra un adecuado tratamiento del elemento de dependencia —ya que la Directiva en su artículo 1, apartado 3º, se refiere expresamente a que el desplazado esté sometido al poder de dirección de su empleador. De este modo, las actividades desarrolladas por “falsas contratas” transnacionales quedarían situadas en el extrarradio de aplicación de la Directiva 96/71/CE, lo que comportaría la aplicación de la legislación laboral de carácter imperativo del país en donde se presten dichos servicios, evitando de este modo el efecto de *dumping social* derivado de tales actividades. En este sentido, ha señalado la doctrina que “la única forma efectiva de evitar este efecto es asegurar la aplicación de las normas laborales del Estado en el que se vayan a prestar los servicios”<sup>86</sup>.

En efecto, como apunta Casas Bahamonde (2002), cuando la Directiva 96/71/CE se aparta de una caracterización comunitaria del concepto de traba-

<sup>84</sup> Nótese que los trabajadores desplazados comunitarios no se encuentran protegidos por las disposiciones contenidas en el artículo 45 TFUE, ni les resulta de aplicación la jurisprudencia que interpreta este requisito en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. Vid., entre otras, STJUE de 21-10-2004, (asunto C-445/03, Comisión c. Luxemburgo), [parágrafo 38]; STJUE de 25-10-2001, (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-54/98, C-68/98 y C-71/98, Finalarte), [parágrafo 22]. En el ámbito de los acuerdos de asociación véase STJUE 21 octubre 2003 (asuntos acumulados C-317/01 y C-369/01, Abatay y Sahin), [parágrafo 115].

<sup>85</sup> Pese a que la Comisión durante la tramitación de las propuestas que llevaron a la aprobación de la Directiva 96/71/CE insistió en la importancia del ejercicio efectivo del poder de dirección, este requisito finalmente no quedó explicitado en la norma. Vid. en este sentido, Martínez Murillo, J.J. (1991), “Cesión de trabajadores, subcontratación y dumping social”, Gaceta Jurídica CEE n. B-61/1991, [p. 19]. En contra de la aplicación de la ley destino a fin de evitar el dumping social, vid. Gutiérrez-Solar Calvo, B. (2000), El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea, Pamplona, Aranzadi, [p. 134].

<sup>86</sup> Carrascosa González, J. / Rodríguez Piñero Royo, M. (1996), “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español”, Relaciones Laborales n. 10/1996, [p. 1356].

jador<sup>87</sup> y se remite, en su artículo 2, apartado 2º, a las legislaciones nacionales para la determinación de la existencia de una relación laboral, en nuestro ordenamiento nos conduce a la noción contenida en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>88</sup>. Le corresponde por tanto al país de acogida definir lo que es un trabajador<sup>89</sup>, lo cual constituye un reducto de control estatal esencial, que se escapa del principio del país de origen<sup>90</sup>.

Baste señalar en este sentido que la posibilidad de acotar en el nivel estatal este concepto comunitario permite establecer ciertas limitaciones —desde los criterios desarrollados por la jurisprudencia española en materia de dependencia— a la cesión ilegal y al desplazamiento de “falsos autónomos”. Estos criterios sin duda resultan eficaces en la identificación de los fenómenos interpositivos, aunque como ha advertido la doctrina, sería más adecuado que el punto de partida de la conformación legal y jurisprudencial de este instituto jurídico no exigiera “la obligada selección dentro de la relación triangular de único y exclusivo empresario, cuando realmente la posición empresarial es asumida por un sujeto plural”<sup>91</sup>.

Así pues, la aplicación del derecho del mercado interior produce *de facto* una “ruptura de la relación triangular y la vinculación, ya no fáctica, sino jurídica entre el cesionario y los trabajadores”<sup>92</sup> que hace bueno el principio, con-

<sup>87</sup> En el ámbito de la Unión debe distinguirse el concepto laboral de trabajador conforme al artículo 39 TCE [actual 45 TFUE] del concepto en materia de Seguridad Social del artículo 42 TCE [actual 48 TFUE]. Vid. en este sentido Sánchez-Rodas Navarro, C. (2002), “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales n. 37/2002, [p. 55 y ss.].

<sup>88</sup> Casas Baamonde, M. E. (2002), “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”, en Casas Bahamonde, M.E./ Del Rey Guanter, S. (Dirs.), Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, Madrid, CES, [p. 11]. En el mismo sentido, Gutiérrez-Solar Calvo, B. (2000), “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, Actualidad Laboral n. 2/2000, [p. 18].

<sup>89</sup> 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, parágrafo C.]

<sup>90</sup> Esto no es valorado positivamente por la Comisión, por entender que las “distintas definiciones de trabajador han planteado dificultades, especialmente en el marco de la aplicación de las directivas sobre el desplazamiento de los trabajadores y las transferencias de empresas”. COM(2006) 708 final, op.cit., [p.16].

<sup>91</sup> Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, Relaciones Laborales n. 2/2006, [pp. 589-625]. También en este sentido Seoane García, A. (2006), “Régimen Jurídico del contrato de trabajo en las empresas contratistas: modalidades de contratación, sucesión empresarial y extinción del contrato de trabajo”, ponencia presentada a las Jornadas de Estudio “Problemas jurídicos de la descentralización productiva: contratas y subcontratas”, CCOO/Jueces para la Democracia/ Fraternidad-Muprespa, 26-27 enero 2006, [pp. 3-5].

<sup>92</sup> Rodríguez Ramos, M.J. (1995), La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994, Madrid, Tecnos, [pp. 95-96].

tenido en nuestro artículo 6.4 del Código Civil, en virtud del cual la constatación de los elementos definitorios de fraude acarrea la aplicación precisamente de la norma que se hubiera tratado de eludir. En efecto, en caso de empresario aparente o de inexistencia de vínculo laboral no nos encontraríamos ante una prestación de servicios amparada por el artículo 56 TFUE, puesto que esta disposición, conforme a *Rush Portuguesa*, sólo se permite a los operadores transnacionales a desplazarse con *su* personal. De esta forma, los trabajadores que se encuentren desplazados en un Estado Miembro sin la cobertura del artículo 56 TFUE quedarán integrados en el mercado laboral de destino. De tratarse de trabajadores extracomunitarios éstos quedarán sometidos al orden público laboral; mientras que los trabajadores comunitarios, en virtud de la aplicación el artículo 45 TFUE (ex artículo 39 TCE), relativo la libre circulación de trabajadores, tendrán derecho a trabajar en dicho mercado en las mismas condiciones que los nacionales.

No obstante, esta potestad de intervención estatal en la determinación del concepto de trabajador puede verse alterada si las propuestas de actuación de la Comisión finalmente derivan en la adopción de una medida comunitaria<sup>93</sup>, pues en la última Resolución sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo se “pide a la Comisión que inicie negociaciones con carácter de urgencia con los Estados miembros, con el objetivo de instaurar criterios transparentes y coherentes para determinar el estatuto de los «trabajadores» y los «autónomos» según el derecho laboral”<sup>94</sup>.

## 6. CONCEPTO DE TRABAJADOR: PROCESOS ABIERTOS DE REFORMA

Según el parecer de la Comisión persisten importantes barreras legislativas, además de los dispositivos nacionales de control, frente a la subcontratación transnacional de mano de obra. Fundamentalmente, la Comisión considera que las disposiciones nacionales que establecen (a) la responsabilidad solidaria de contratistas y subcontratistas, (b) la prohibición de cesión ilegal de trabajadores y (c) la presunción de laboralidad pueden obstaculizar la plena realización del mercado interior<sup>95</sup>. También la mencionada Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE subraya “las dificultades de aplicar la Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores

<sup>93</sup> Vid. pregunta escrita E-4931/09 de Alan Kelly (S-D) a la Comisión sobre la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores de 13/10/2009 [P7\_QE(2009)4931].

<sup>94</sup> 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. 4-5, párrafos 7, 8, 9 y 10].

<sup>95</sup> COM (2006) 708 final, op.cit., [p. 14].

a causa de las diferencias de interpretación de determinados conceptos clave, como «trabajador», «salario mínimo», [o] «subcontratación»<sup>96</sup>. De ahí que la Comisión haya planteado dos frentes de posible reforma legislativa: el primero apunta a los sistemas de responsabilidad solidaria, mientras que el segundo incide en la necesidad de establecer un concepto comunitario de trabajador desplazado o una cierta armonización de las nociones existentes a nivel nacional<sup>97</sup>, cuestión, ésta última, que guarda una estrecha relación con el sustento teórico de la noción de la cesión ilegal de trabajadores.

Como se recordará, la Recomendación de la OIT núm. 198 sobre la relación de trabajo (2006), cuya aprobación coincidió con los últimos estertores de la tramitación de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios (conocida como “Directiva Bolkestein”), contextualizó el problema de la determinación de la relación de trabajo en el marco de las prestaciones de servicios transnacionales<sup>98</sup>. En dicha Recomendación se establece como mecanismo importante en la determinación de una relación laboral la consagración de una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios de laboralidad<sup>99</sup>. Sin embargo, a nivel comunitario estos mecanismos pueden resultar difíciles de conciliar con la protección de la libre prestación de servicios, que exige que las normas nacionales que establezcan presunciones de laboralidad no se erijan en un obstáculo al comercio de servicios<sup>100</sup>.

No sólo el Parlamento Europeo ha señalado la necesidad de hacer converger las definiciones nacionales de «trabajador», la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC) también se ha mostrado favorable “al establecimiento de un marco jurídico de apoyo a escala comunitaria, consistente en una combinación de «reglas del juego» y de algunas normas mínimas de la UE para sentar una «base de derechos», a la vez que se respetan las políticas sociales y las relaciones laborales nacionales”<sup>101</sup>. De modo análogo, las ONG sociales han

<sup>96</sup> 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. 4, párrafo 2].

<sup>97</sup> Vid. COM (2006) 708 final, op. cit. [p. 14, apartado (c) y p. 16, apartado (e)].

<sup>98</sup> Vid. considerandos 12º y 13º y apartado 6 de la Sección I de la Recomendación de la OIT núm. 108.

<sup>99</sup> Vid. apartado 11, letra b) de la Sección II y apartado 12 en relación a los indicios de laboralidad, estableciéndose también la necesidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, como es el caso de la subordinación o la dependencia.

<sup>100</sup> Cf. en cuanto a la laboralidad de los guías turísticos STS de 10 abril 1995 [RJ 1995\3040] y la STJUE de 5 de junio de 1997 (Syndesmos, C-398/95); vid. también en relación a una norma francesa que establecía el carácter laboral de las prestaciones efectuadas por artistas STJUE 15 de junio de 2006 (C-255/04, Comisión contra Francia).

<sup>101</sup> Commission staff working document - Accompanying document to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Outcome of the Public Consultation on the Commission's Green Paper “Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century” {COM(2007) 627 final}, SEC (2007) 1373 final, [apartado 9 “Uncertainty with regard to the definition of the employment relationship].

mostrado su apoyo a “la idea de un conjunto común de derechos vinculados a una definición consensuada de «trabajador» establecida conforme al Derecho de la Unión, para apoyar el principio de la libre circulación”. Mientras que algunos sectores de la patronal apostaron por un concepto uniforme de trabajador en el contexto de la movilidad transnacional<sup>102</sup>.

Ciertamente, tales posicionamientos parten de planteamientos muy diferentes. En el ámbito sindical se adopta la perspectiva de que el establecimiento de estándares mínimos constituye un avance en la protección sociolaboral garantizada a nivel de la Unión. La perspectiva patronal, lógicamente, es otra. Atendiendo a que en la mayor parte de los Estados Miembros los estándares mínimos comunitarios se sitúan por debajo de los ya existentes a nivel nacional, se contempla la uniformización de la legislación como un oportunidad de crear un marco jurídico preciso, claro y transparente, favorecedor del desenvolvimiento de las transacciones comerciales, en línea con el principio de transparencia que, al igual que el derecho de la Unión, consagra el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)<sup>103</sup> en su artículo III<sup>104</sup>. Otro efecto deseable desde la perspectiva empresarial en relación a la fijación de estándares mínimos en el ámbito del artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios, lo constituye el mecanismo de «preemption» que elimina, una vez la Comunidad ha intervenido en un determinado ámbito, la competencia concurrente de los Estados para regular dicha materia. La doctrina *Laval* constituye un claro paradigma de la «preemption» comunitaria. En efecto, una intervención legislativa a nivel de la Unión en la delimitación del concepto de trabajador, incluso con un carácter de coordinación como la que realiza la Directiva 96/71/CE, tiene posibilidad de dar entrada a una conformación de tales estándares como normas máximas, así como a una aplicación directa del principio de remoción de obstáculos al comercio en esta zona medular del Derecho del Trabajo.

No cabe soslayar la relevancia constitucional de esta tarea de “acotación” del concepto de trabajador pues, como ha escrito Baylos Grau, las “operaciones de encuadramiento y definición del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo [...]”

<sup>102</sup> Según refiere la Comisión, esta postura se defendió por determinadas asociaciones patronales de carácter commercial, y en concreto the Federal Association of Insurance Intermediaries (BVK); German Direct Selling Association (BDD); National Association of German Commercial Agencies and Distribution (CDH); German Franchise Association (DFV); German Association of Chambers of Industry and Commerce (DIHK); Verband der Privaten Bausparkassen e. V. (VdPB) (German Association of Building Societies).

<sup>103</sup> Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hecho en Marrakech el 15-4-1994, BOE 24 enero 1995, núm. 20, p. 2206, Anexo 1B.

<sup>104</sup> Segura Serrano, A. (2003), *El interés general y el comercio de servicios*, Madrid, Tecnos, [pp. 107-109].

configuran el ámbito de ejercicio de derechos reconocidos por la Constitución”<sup>105</sup>, remitiéndose para fundar tal afirmación a las conclusiones *obiter dicta* de la Sentencia del Tribunal constitucional núm. 227/1998<sup>106</sup>:

“El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto sede natural de la definición de la categoría de trabajador no se encomienda al legislador en términos de una absoluta libertad de configuración. Por el contrario, las normas que en particular delimitan dicho ámbito subjetivo, en forma de exclusión o delimitación negativa de determinadas personas en razón de su actividad profesional o laboral, dada la relevancia constitucional que dicha exclusión adquiere, habrán de evitar que, por medio de las mismas, no se lleve a cabo una restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social”.

Debe advertirse que el sentido y alcance que finalmente adquiere una intervención comunitaria en un determinado ámbito material puede ser difícil de prever, pues los parámetros “orgánicos” de interpretación jurisprudencial despliegan ramificaciones jurídicas novedosas en función del progreso del mercado interior y de las nuevas necesidades que éste plantea. En el ámbito de los servicios el derecho de la Unión tiene una fuerte impregnación constitucional dirigida al cumplimiento del contenido esencial de las libertades económicas fundamentales. Un contenido que no sólo está constituido de objetivos jurídicos sino también de *policies* de carácter dinámico<sup>107</sup>. Así, el alcance que la doctrina *Laval* ha otorgado a la Directiva 96/71/CE era posiblemente difícil de anticipar cuando fue aprobada, especialmente teniendo en cuenta que ésta formaba parte del Programa de Acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores<sup>108</sup>. Por otra parte, dicho asunto se encontraba pendiente durante la tramitación de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios, de modo que el pronunciamiento finalmente alcanzado y su posterior consolidación en *Rüffert*<sup>109</sup> y *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)*<sup>110</sup> tampoco era fácil de predecir por parte de los europarlamentarios. Es indudable que los términos del acuerdo de consenso en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores hubieran sido otros, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia

<sup>105</sup> Baylos Grau, A. (2000), “La huida del derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en Alarcón, M.R./Mirón, M.M., (coord.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid., [p. 48].

<sup>106</sup> STC 227/1998 de 26 noviembre [RTC 1998\227].

<sup>107</sup> Bengoetxea, J./Maccormick, N./Moral Soriano, L. (2001), “Integration and integrity in the legal reasoning of the European Court of Justice”, en DE BÚRCA, G. /WEILER, J.H.H., (Eds.), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, [p.45 y ss].

<sup>108</sup> Comunicación de la Comisión sobre su Programa de Acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, COM (89) 568 final, de 5-12-89.

<sup>109</sup> STJUE de 3 abril 2008 (asunto C- 346/06, Dirk Rüffert).

<sup>110</sup> STJUE de 19 junio 2008 (Comisión contra Luxemburgo, C-319/06).

ha “devuelto a la vida” las disposiciones cuyo rechazo, entre otras cuestiones, permitió el desbloqueo en el Parlamento Europeo de dicha Directiva.

Por último, hay que tener en cuenta que nuestra economía es fundamentalmente terciaria, de modo que la regulación de esta materia trasciende los concretos términos de protección de los trabajadores desplazados, para alcanzar las condiciones de oferta de mano de obra de nuestro mercado laboral y el marco de regulación de los sistemas de ordenación de las relaciones laborales a nivel estatal, como consecuencia de la discriminación inversa de las empresas nacionales. De modo que una posible intervención comunitaria en la determinación de la relación de trabajo exige una lectura desde la primacía de las libertades comunitarias, cuya protección prevalece frente las disposiciones nacionales, imponiendo una aplicación en clave “integracionista” del derecho de la Unión derivado y del derecho nacional susceptible de afectarlas, lo que a fin de cuentas redundaría en una suerte de cesión competencial. Así, desde el momento en que determinados estándares se incorporan al derecho de la Unión éstos pasan a formar parte de un sistema de ordenación ajeno al derecho interno, a sus parámetros de interpretación y a sus principios constitucionales, convirtiéndose en material jurídico que puede afectar cualquier otro ámbito del derecho interno por efecto de los mecanismos de integración negativa.

López Gandía (2002) ha insistido, a este respecto, en la necesidad de que “la subcontratación se desarrolle dentro de los estrictos márgenes que condicionan su licitud, a fin de que el prestamismo laboral se canalice exclusivamente a través de las únicas empresas facultadas legalmente para ello, pues lo contrario, sería sentar las bases para que se consolide, o permitir que se normalice, la confusión entre la cesión ilegal y la subcontratación, que privaría a los trabajadores afectados de la aplicación las reglas protectoras contenidas de las legislaciones nacionales”<sup>111</sup>. Actualmente, sin embargo, la falta de desarrollo del criterio de la dependencia, así como las dificultades de control de su concurrencia en el lugar en el que se prestan los servicios por aplicación del principio del país de origen, vienen a confirmar los augurios de Lyon Caen (1991) cuando, tras el pronunciamiento de *Rush Portuguesa*, denunció que la fórmula legal mediante la cual el prestador de servicios puede desplazarse a otro Estado de la Unión “con su propio personal”, abría la puerta para que el artículo 56 TFUE se erigiera en una plataforma jurídica desde la que legitimar la cesión transnacional de mano de obra<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> López Gandía, J., “Descentralización productiva y cooperativas de trabajo”, Derecho Social n. 20/2002, [pp. 39 y ss.].

<sup>112</sup> Lyon-Caen, G. (1991), *Les relations de travail internationales*, op.cit., [p. 43].