

Contratas transnacionales y límites en la aplicación de las normas del Estado de ejecución: la penetración de la libre prestación de servicios en el Derecho Social (Pereira Félix). Comentario a la STJCE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-60/03)

Dr. Daniel Martínez Fons

1. Hechos

El Sr. Pereira Félix, de nacionalidad portuguesa, trabajó de albañil en una obra en Berlín del 21 de febrero al 15 de mayo de 2000, en calidad de trabajador de una empresa constructora con domicilio social en Portugal. Esta empresa efectuó en dicha obra trabajos de hormigón y de hormigón armado por cuenta de la empresa principal llamada “Wolff & Müller”. Mediante demanda presentada el 4 de septiembre de 2000 ante el Arbeitsgericht Berlin (órgano jurisdiccional social), el Sr. Pereira Félix reclamó de su empresario y de “Wolff & Müller”, en calidad de deudores solidarios, el pago de determinados salarios que no le habían sido abonados. Alegaba que esta última, como fiadora, era responsable, con arreglo al artículo 1 bis de la AEntG, de las cantidades correspondientes al salario que no había percibido.

En este punto es oportuno señalar que el artículo 1 del *Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe* (Reglamento sobre las condiciones de trabajo obligatoriamente aplicables en el sector de la construcción), de 25 de agosto de 1999 (BGBl. 1999 I, p.1894), dispone que “las normas de los convenios colectivos que establezcan un salario mínimo en el sector de la construcción en el territorio de la República Federal de Alemania (Convenio sobre el salario mínimo) de 26 de mayo de 1999, que figuran en el anexo 1 del presente reglamento, [...] se aplicarán a todos los empresarios y a los trabajadores que no estén sujetos a dicho convenio y que estén comprendidos en su ámbito de aplicación el 1 de septiembre de 1999, cuando la empresa se dedique principalmente a la construcción en el sentido del artículo 211, apartado 1, del libro III del *Sozialgesetzbuch* (Código de seguridad social alemana; SGB III). Las normas del convenio colectivo se aplicarán asimismo a los empresarios que tengan su domicilio social en el extranjero y a sus trabajadores empleados en el ámbito de aplicación del reglamento”.

Asimismo, reténgase que a tenor del artículo 1 bis de la *Arbeitnehmer-Entsendegesetz* (Ley sobre el desplazamiento de trabajadores; AEntG, que deriva de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores) “toda empresa que le encargue a otra la realización de obras de construcción en el sentido del artículo 211, apartado 1, del SGB III, será responsable, en calidad de fiador que ha renunciado al

beneficio de excusión, de las deudas de dicha empresa, de una empresa subcontratista o de una empresa que ceda mano de obra por alquiler a la empresa o a la empresa subcontratista, del pago del salario mínimo a un trabajador o del pago de las cotizaciones a un organismo común de las partes del convenio colectivo, con arreglo al artículo 1, apartado 1, segunda y tercera frases, apartado 2 bis, apartado 3, segunda y tercera frases, o apartado 3 bis, cuarta y quinta frases. El salario mínimo, en el sentido de la primera frase, estará constituido por el importe adeudado al trabajador una vez deducidos los impuestos y las cotizaciones sociales y de fomento del empleo o de las cotizaciones correspondientes de la seguridad social (salario neto)”.

La empresa “Wolff & Müller” se opuso a la reclamación del Sr. Pereira sosteniendo, en particular, que no se le podía considerar responsable debido a que el artículo 1 bis de la AEntG vulneraba su derecho a ejercer una profesión consagrado en el artículo 12 de la *Grundgesetz* (Constitución Alemana) e infringía la libre prestación de servicios establecida por el Tratado CE.

Indica el *Arbeitsgericht* de Berlín que la responsabilidad para la empresa principal establecida en el artículo 1 bis de la AEntG puede estar sujeta a controles exhaustivos y obligaciones de prueba que afectan particularmente a los subcontratistas extranjeros. En opinión del órgano jurisdiccional ello provoca gastos y cargas administrativas adicionales, no solamente para la empresa contratista, sino también para los subcontratistas; cargas que constituyen un obstáculo a la libre prestación de servicios de obras de construcción en Alemania para las empresas constructoras de los demás Estados miembros puesto que reducen el interés de prestar tales servicios. Asimismo, según el órgano jurisdiccional, refuerza tal conclusión el hecho que, según la exposición de motivos de la AEntG, el objetivo de la responsabilidad como fiador consiste en dificultar la concesión de contratos a empresas subcontratistas de países en los que se considera que los salarios son bajos y, por consiguiente, en estimular el mercado de trabajo alemán, proteger la existencia económica de las pequeñas y medianas empresas en Alemania, así como en luchar contra el paro en dicho Estado miembro. A su juicio, estas consideraciones constituyen la esencia de la normativa, lo que no solamente se deduce de su exposición de motivos sino también, en mayor medida incluso, de un examen objetivo de ésta. De este modo, la garantía que se concede a los trabajadores extranjeros, por motivos sociales, y que consiste en el doble o, en algunos casos, hasta el triple del salario cuando trabajan en obras en Alemania, no figuraba entre los objetivos expresamente mencionados en el artículo 1 bis de la AEntG. Finalmente, se añade un argumento de índole práctico: la efectividad de la norma, dada la dificultad del trabajador afectado de hacer valer la garantía establecida en la legislación alemana.

A la vista de las consideraciones anteriores, el Arbeitsgericht de Berlín plantea la compatibilidad de la regulación alemana con el principio de libre prestación de servicios recogida en el Tratado UE.

2. Fundamentos jurídicos

Indica el TJCE que se desprende del tenor del artículo 5 de la Directiva 96/71/CE que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para definir la forma y la configuración de los procedimientos adecuados en el sentido del segundo guión de dicha disposición. Sin embargo, al ejercer este margen de apreciación, los Estados miembros deben respetar en todo caso las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. En este sentido, es preciso recordar en primer lugar que el artículo 49 CE no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos.

Sobre dicha base, y respondiendo a la cuestión planteada por el Arbeitsgericht de Berlín, el TJCE indica que es preciso comprobar si dicha normativa supone, para los trabajadores afectados, una ventaja real que contribuya, de manera significativa, a su protección social. En tal contexto, la intención declarada del legislador puede suscitar un examen más detallado de las ventajas que supuestamente ofrecen a los trabajadores las medidas que éste adoptó.

Ahora bien, la Corte Comunitaria añade que aun suponiendo que una regulación como la alemana constituya una restricción a la libre prestación de servicios, podrá llegar a considerarse justificada siempre que concurren ciertos elementos. En primer lugar, deberá observarse si se aplica a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida; y, en segundo lugar, si responde a razones imperiosas de interés general en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido y en que las referidas normativas sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo. En este sentido, entre las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia figura la protección de los trabajadores. En definitiva, concluye el TJCE, que en la medida en que uno de los objetivos perseguidos por el legislador nacional consiste en evitar la competencia desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo,

extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional remitente, puede considerarse que un objetivo de esa índole constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios siempre que se cumplan los requisitos acabados de referir.

3. Valoración

La Sentencia ahora comentada resuelve acerca de los límites de la aplicación de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores. Sin embargo, ya sabrá el lector que la relación entre libre prestación de servicios y la aplicación de las normas laborales en el ámbito de las prestaciones temporales de servicios no es un tema que zanjado como lo demuestra la reciente controversia acerca de la propuesta de Directiva de prestación de servicios en las que se limita la aplicación de las normas del Estado miembro donde se desplaza el trabajador.

Como se ha señalado en alguna ocasión (DAVIS, P.: “Posted workers Directive and EC Treaty”, *Industrial Law Journal*, 2002, p. 299), de aplicarse los criterios elaborados por el TJCE a propósito de la libre prestación de servicios a la Directiva 96/71/CE, buena parte de su contenido debería declararse contrario al art. 49 TCE, puesto que difícilmente superaría los complejos requisitos de justificación y proporcionalidad que exigidos para limitar la aplicación de dicho precepto. Sin embargo, la Sentencia ahora comentada ha venido a confirmar que la meritada Directiva, en cuanto norma de derecho derivado, que exige la aplicación de normas mínimas de derecho nacional a los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación nacional no se opone al principio de libre prestación de servicios. Es más, se advierte con claridad como el Tribunal hace suya de forma expresa la tesis según la cual dicha normativa pretende asegurar la competencia no falseada por los costes laborales en el seno del mercado intracomunitario. El Tribunal admite expresamente que la imposición legal de una responsabilidad solidaria de los empresarios principal y contratista en los procesos de contratación para la realización de una obra, a pesar de las dificultades prácticas que limitan en la práctica la efectividad de la medida, resulta plenamente justificada en la medida en que beneficia a los trabajadores desplazados debido a que añade al primer deudor del salario mínimo, un deudor adicional, el empresario que está solidariamente obligado con éste y que, generalmente, es más solvente. A ello añade un segundo argumento que termina por convertirse en el determinante para el Tribunal: cabrá justificar la procedencia de una normativa como la ahora indicada si, tal y como expresamente recoge la Directiva 96/71/CE, puede inferirse que la eventual restricción de la norma nacional tiene precisamente por finalidad garantizar que dicha libre prestación se ejerza en igualdad de condiciones, en la medida en que uno de los objetivos perseguidos por el legislador nacional consista en evitar la competencia

desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo. En todo caso, será el órgano jurisdiccional nacional el encargo de enjuiciar si las restricciones impuestas son suficientes y proporcionales al referido objetivo.

No obstante, ni la promulgación de la Directiva 96/71/CE ni la continua labor del TJCE han alcanzado el objetivo de ofrecer la seguridad jurídica exigible, dado el amplio margen de discrecionalidad en la determinación de las normas laborales nacionales que eventualmente puedan limitar la libre prestación de servicios como prueba la Sentencia Pereira Félix ahora comentada.

El grado de insatisfacción que produce el amplio margen de discrecionalidad resulta aún más elevado cuando se trata de la eventual aplicación de normas colectivas que, por su propia definición, tienen un ámbito de aplicación subjetivamente limitado, de manera que cualquier exigencia legal o convencional derivada de la inclusión en el convenio de referencia puede eventualmente llegar a considerarse un obstáculo desproporcionado a la libre prestación de servicios.

Efectivamente, el TJCE ha impedido la aplicación de normas colectivas cuando, en virtud de las reglas de concurrencia reguladas legalmente o de la delimitación del ámbito subjetivo del propio convenio colectivo, se producía un tratamiento que podía resultar distinto según el Estado donde estuviere domiciliada la empresa. Así ha sucedido en los distintos asuntos - significativamente todos en el sector de la construcción - en los que el TJCE ha abordado la eventual extensión del convenio colectivo de referencia a los trabajadores desplazados temporalmente. En este sentido, en las STJCE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte Sociedade de Construcao Civil Ltda.*, asuntos acumulados C-49/98, 50/98, 52/98, 54/98 y C-68/98 a C-71/98; de 25 de octubre de 2001, *Comisión vs. República Federal de Alemania*, Asunto C-493/99 puede comprobarse como, en opinión de la Corte Comunitaria, se conculca la libre prestación de servicios cuando, en atención la regulación legal del sistema de negociación colectiva, se permite que las empresas domiciliadas en el Estado de destino de los trabajadores desplazados puedan regirse, gracias a la técnica del descuelgue o la negociación de condiciones en distintos niveles, por normas colectivas diferentes de las que se aplicarán a las empresas contratistas domiciliadas en otros Estados miembros. Así pues, se infiere de la posición del TJCE que la estructura de la negociación colectiva puede significar un obstáculo indirecto para la libre circulación de los trabajadores y para libre prestación de servicios y, como tal, impedir la aplicación de las normas convencionales a los trabajadores temporalmente desplazados.

El TJCE parece olvidar que la aplicación de un convenio colectivo temporalmente a empresarios y trabajadores que no forman parte del mercado nacional, conlleva inevitablemente la elección de una norma aplicable en un momento determinado. En la medida en que se trata de aplicar de forma excepcional la norma colectiva, y no el sistema de negociación colectiva regulado en la legislación del Estado miembro donde se realiza la prestación temporalmente, resulta contradictorio con dicha finalidad predicar el carácter discriminatorio de su aplicación como consecuencia del propio sistema de negociación colectiva. Asimismo, de seguirse la posición mantenida por la Corte Comunitaria hasta sus últimas consecuencias quedaría vacía de contenido la propia garantía de aplicación de la norma colectiva del Estado de destino, por cuanto que la sola y eventual posibilidad de que los ordenamientos nacionales reconozcan fórmulas de “descuelgue” de las condiciones contempladas en el convenio colectivo de referencia para los trabajadores desplazados temporalmente. Ello, además de las dificultades en determinar a ciencia cierta los criterios sobre los que enjuiciar la legitimidad o no de la extensión subjetiva y temporal del convenio colectivo sobre el criterio de la territorialidad de la prestación, pone de manifiesto la realización de una interpretación *ad casum* funcionalizada a asegurar el objetivo perseguido en cada uno de los supuestos. Así, sin tomar en consideración las eventuales consecuencias que pudieran derivar de su posición, el TJCE declara ilegítimas todas las normas que pudieran perjudicar la competitividad en los costes de las empresas que desplazan sus trabajadores temporalmente a otros Estados miembros.

En definitiva, a pesar del contenido de la Sentencia ahora comentada, los términos de la cuestión continúan inalterados: la tutela de los trabajadores desplazados no se sitúa en un plano de interpretación “constitucional”, en otras palabras, no existe una interpretación de “balancing” entre principios de libre prestación de servicios y protección de los trabajadores. La protección de los trabajadores constituye, simplemente, una excepción a la aplicación del principio de aplicación de libre prestación, que prohíbe tanto las discriminaciones directas basadas en la nacionalidad del prestador de servicios como las indirectas o encubiertas, y como tal es tratada. Es de esperar que la eficacia jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales, que reconoce, entre otros derechos sociales, la autonomía colectiva, incluida en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, imponga una reinterpretación de la relación entre libre prestación de servicios y tutela de los trabajadores desplazados.