

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Directores Científicos*

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)  
Michele Tiraboschi (*Italia*)

*Comité de Redacción*

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

# El factor trabajo en el Acuerdo General del Comercio de Servicios (AGCS): paralelismos en el Derecho de la Unión Europea

Mireia LLOBERA VILA\*

---

**RESUMEN:** La necesidad de procurar más oferta para los pujantes mercados internacionales de mano de obra hace que la movilidad temporal de trabajadores que regula el Acuerdo General del Comercio de Servicios (AGCS), y la Directiva 96/71/CE se profile así como una alternativa cada vez de mayor peso frente a la emigración típica. En ambos espacios normativos, OMC y Unión Europea, el principal efecto de dicha regulación ha consistido en disociar el estatuto jurídico del trabajador desplazado del ámbito jurídico de la emigración. Dicho proceso de desmembración del concepto de trabajador desplazado de la noción de migrante, para su incardinación en el ámbito del derecho del comercio, no sólo ha permitido excluir a estos trabajadores ámbito de la protección jurídica del Tratado asociada a la libre circulación de trabajadores, sino que también significa desprenderse del estatuto jurídico internacional del trabajador migrante y del amplio bagaje jurídico que para la protección de los trabajadores migrantes desarrollado por los Convenios de la OIT.

**Palabras clave:** Acuerdo General del Comercio de Servicios, OMC, Unión Europea, Modo 4 de Servicios, desplazamiento transnacional de trabajadores, dumping social, emigración.

**SUMARIO:** 1. Nacimiento de una nueva categoría laboral en la regulación del comercio de servicios de la Organización Mundial del Comercio (OMC). 2. Escisión conceptual de la noción de trabajador migrante. 3. El trabajador desplazado en los instrumentos internacionales. 3.1. El acceso al mercado: la noción de integración permanente. 3.2. El retorno al país de origen y la garantía de la paridad de trato. 4. A modo de conclusión: Límites a la intervención estatal en la prevención del “dumping social”. 5. Bibliografía.

---

\* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia. Abogado. Ex funcionaria de la OIT.

## 1. Nacimiento de una nueva categoría laboral en la regulación del comercio de servicios de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Con la llegada del tercer milenio, la sociedad industrial ha dado paso a una nueva sociedad de servicios surgida de una revolución económica y tecnológica, en la que los vínculos entre la integración económica internacional y la desintegración vertical de la producción son cada día más estrechos. El comercio de mercancías pierde espacio frente a los frenéticos intercambios de información, servicios y factores productivos – capital y trabajo –, los cuales, en el contexto de una producción fragmentada se convierten en un poderoso aglutinante del proceso de integración económica mundial. De hecho, la economía europea bien puede calificarse economía terciaria, al absorber este sector un 70% del PIB y del empleo de la UE, lo que pone de relieve la omnipresencia económica y laboral de los servicios<sup>1</sup>.

Este auge del libre comercio de servicios, a nivel europeo suscitó un “terremoto social”<sup>2</sup> en torno a la denominada “Directiva Bolkestein”<sup>3</sup>, mientras que en ámbito de la OMC se tradujo en la adopción del primer acuerdo comercial multilateral dedicado plenamente al comercio internacional de servicios: el Acuerdo General de Comercio relativo a los Servicios (AGCS)<sup>4</sup>.

Producto de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales (1986-1993), el AGCS se logró casi medio siglo después de la entrada en vigor del Acuerdo análogo para el comercio de mercancías<sup>5</sup>, iniciándose con él un proceso de apertura progresiva de los mercados mundiales del sector terciario. Todos los miembros de la OMC son signatarios del AGCS, y el objetivo fundamental del mismo es el de eliminar las barreras al comercio internacional de servicios mediante la liberalización económica de los

---

<sup>1</sup> Vid. Dictamen de iniciativa del Comité Económico y Social Europeo núm. CCMI/035: “Las interacciones entre los servicios y la industria manufacturera europea y su impacto en el empleo, la competitividad y la productividad”, 13 de septiembre de 2006.

<sup>2</sup> A esta polémica se refiere entre otros, Pellegrino, P., “Directive sur les "services dans le marche interieur " - Un accouchement dans la douleur”, *Revue du marche commun et de l'Union Europeenne* n. 504, 2007, pp.14-21; Román Vaca, E., “La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior: la propuesta Bolkestein”, *Temas Laborales*, n. 84, 2006, pp. 25-44. Haciéndose también eco de la misma la doctrina estadounidense, vid. Birkby, W., “Welcome to castle Bolkestein”, *Building*, n. 18, 2005, pp. 64-65.

<sup>3</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, D.O. n.º L 376 de 27-12-2006, p. 36.

<sup>4</sup> El texto del Acuerdo en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/serv\\_s/gatsintr\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsintr_s.htm)

<sup>5</sup> Esto es, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947.

mercados lo que implica la remoción de obstáculos nacionales al comercio; así como la regulación del acceso del capital privado a este sector, que tradicionalmente se ha restringido, sobre todo en lo tocante a servicios públicos.

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios establece cuatro modalidades de prestación de los servicios (art. 1):

- a) El “modo 1”, consistente en la prestación de servicios transfronterizo: el servicio se presta en otro país, pero sin presencia en el mismo (fundamentalmente, a través de las nuevas tecnologías).
- b) El “modo 2”, en la que se presta los servicios a un consumidor extranjero, de forma que el consumidor se desplaza de un país a otro para recibir el servicio (este sería el caso del traslado de un paciente a otro país para recibir allí el tratamiento médico).
- c) El “modo 3”, a través del establecimiento de una filial en otro país.
- d) El “modo 4”, a través del desplazamiento de personal de una empresa a otro país.

En efecto, dicho acuerdo regula la circulación temporal de personas (asalariados o no) en el marco de una prestación de servicios, al igual que el Derecho de la Unión regula el desplazamiento transnacional de trabajadores (asalariados o autónomos) para la hacer efectiva la libre prestación de servicios en otro país comunitario.

En la Unión Europea, la libre prestación de servicios es una de las libertades fundamentales comunitarias que delimitan un mercado interior como un espacio sin fronteras, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada. Originariamente, las libertades fundamentales no tuvieron la finalidad de atribuir a los operadores transnacionales derechos subjetivos protegidos al mismo nivel que los derechos fundamentales. Sin embargo, esta “constitucionalización” de las libertades comunitarias ha demostrado ser extremadamente útil para el progreso de integración económica comunitaria, y sin la cual los logros liberalizadores de las últimas décadas hubieran sido impensables

Pese a que durante décadas ambas “Comunidades de principios”, la comunitaria y la estatal, han cohabitado pacíficamente, el tipo de obstáculos a los que se enfrenta el comercio de servicios (puesto que éstos están sometidos a un control estatal regulatorio con connotaciones sociales muy intensas), difieren considerablemente de las barreras que tuvo que superar el exitoso proceso de liberalización del comercio de mercancías. Así, la Directiva 123/2006/UE de Servicios, denominada popularmente Directiva Bolkestein y también Directiva “Frankenstein”, fue un icono del “no” a la Constitución Europea en los plebiscitos de Francia

y Holanda.

Además del tema de la liberalización de los servicios públicos (muy contestada socialmente) una de las cuestiones más controvertidas entorno al dicho proceso de liberalización concierne al problema del *dumping social* asociado al desplazamiento transnacional de trabajadores. En este sentido, el *dumping social* en el sector terciario ocasiona un efecto invertido al de la deslocalización industrial, pues en estos casos lo que se “importa” del extranjero son las condiciones de trabajo, ya que los servicios deben habitualmente prestarse en el mismo lugar dónde se encuentra la demanda.

Conviene recordar que este tipo de movilidad transnacional se diferencia de la emigración típica básicamente por tres cuestiones:

a) Estos trabajadores son desplazados por sus empleadores temporalmente al país de prestación de servicios, de manera que, a menos que encuentren otro trabajo, volverán, a la finalización de la obra o servicio a sus países de origen. Los autores que defienden los beneficios de este tipo de mano de obra “retornable” argumentan que ésta permite movilizar fuerza de trabajo extranjera evitando a los Estados los costes públicos habitualmente asociados a la emigración tradicional, tales como prestaciones o beneficios sociales. Tales autores vienen considerando tal integración permanente como un “efecto colateral” negativo a efectos macroeconómicos<sup>6</sup>.

b) El recurso a la mano de obra desplazada se inserta en fórmulas de descentralización productiva (en términos del AGCS, en el “modo 4”, la subcontratación y las empresas de trabajo temporal; y en el “modo 3”, la movilidad intragrupo) que tienen especial aplicación en el sector servicios<sup>7</sup>.

c) Y la cuestión más importante en el ámbito de la Unión Europea, es que a efectos macroeconómicos, estos trabajadores no se insertan en plano de igualdad, en materia de condiciones de trabajo en los mercados laborales a los que acceden, lo que dota a esta oferta de mano de obra de un gran atractivo económico.

En efecto, el Derecho de la Unión Europea, este tipo de movilidad laboral se regula en la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores

---

<sup>6</sup> Vid. International Organization for Migration, *World migration 2005: costs and benefits of international migration*, Geneva, IOM, pp. 109-201 y 210-218. Para una crítica a estas posturas vid. López López, J., “Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad, derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes”, *Estudios de Derecho Judicial*, n. 76, 2005, p. 23.

<sup>7</sup> Un temprano estudio sobre la situación del derecho comunitario en materia de subcontratación puede consultarse en Martínez Murillo, J. J., “La subcontratación en la Comunidad”, *Gaceta Jurídica CEE*, n. B-67, 1991, pp. 13-21.

efectuado en el marco de una prestación de servicios<sup>8</sup>, definiéndose el concepto de trabajador desplazado en el apartado 1º de su artículo 2 como “todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio trabaje habitualmente”.

La exigibilidad atenuada de la legislación laboral a los operadores externos – pues no están obligados a garantizar a sus trabajadores las mismas condiciones de trabajo que a los trabajadores locales – opera como revulsivo para la incorporación a los mercados laborales, de “un número cada vez mayor” de contratistas y subcontratistas radicadas en el extranjero<sup>9</sup> en función del incentivo de una inferior carga administrativa y punitiva, así como por la posibilidad de aplicar exclusivamente los estándares laborales previstos en la Directiva 96/71/CE<sup>10</sup> (en este caso, estándares máximos que los Estados miembros no tienen permitido mejorar, puesto que ello se considera legalmente un “obstáculo” a la libre prestación de servicios).

Ello permite que las empresas puedan acceder, a través de contratistas y subcontratistas establecidos en otros países comunitarios, a mano de obra extranjera contractualmente sometida a la legislación laboral de sus países de origen, que tampoco requerirá de permiso de trabajo, lo que dota a esta oferta de mano de obra de un gran atractivo económico; siendo probablemente en estos contextos donde la exclusión del principio comunitario de no discriminación (entre trabajadores locales y emigrantes), tan arraigado históricamente en el derecho de la Unión, tenga menos sentido.

El derecho de la Unión sitúa por tanto a las empresas nacionales que prestan sus servicios mediante personal propio en una posición de discriminación inversa, al quedar sujetas a estándares más rigurosos que los aplicados a los prestadores transnacionales de servicios. La imposibilidad de imponer a los operadores externos el orden público laboral genera una presión interna hacia la equiparación de estándares sociales a la baja, pues el legislador nacional tratará de evitar que éstos últimos puedan servirse de dicha ventaja competitiva en perjuicio de las empresas nacionales. De manera que el auge de este tipo de movilidad trasciende la situación jurídica del trabajador desplazado individualmente

---

<sup>8</sup> Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (en adelante, la Directiva 96/71/CE), D.O. nº L 18, 21 de enero 1997, p.1.

<sup>9</sup> Tal como reza el Preámbulo de la Directiva 96/71/CE.

<sup>10</sup> Básicamente referidas a tiempo de trabajo y remuneración, protección de las mujeres embarazadas y periodo de lactancia, niños y jóvenes e igualdad de trato.

considerado, alcanzando de pleno el marco de regulación de los sistemas de relaciones laborales a nivel estatal.

La necesidad de procurar más oferta para los pujantes mercados internacionales de mano de obra hace que la movilidad temporal de trabajadores que regula el Acuerdo General del Comercio de Servicios (AGCS), y la Directiva 96/71/CE se perfile así como una alternativa cada vez de mayor peso frente a la emigración típica. A nivel europeo, alrededor de un millón de trabajadores son desplazados por sus empleadores de un Estado miembro a otro cada año, representando el número de desplazamientos entono a una cuarta parte de la población activa de otros Estados miembros (EU-27). El fenómeno se extiende cada vez más, afectando hoy en día a todos los Estados miembros, sean de envío o de acogida. La importancia económica del desplazamiento también supera con creces su aspecto meramente cuantitativo, ya que puede desempeñar un papel económico crucial atenuando escaseces temporales de mano de obra en algunas profesiones o sectores económicos en determinados países.

En ambos espacios normativos, OMC y Unión Europea, el principal efecto de dicha regulación ha consistido en disociar el estatuto jurídico del trabajador desplazado del ámbito jurídico de la emigración. Dicho proceso de desmembración del concepto de trabajador desplazado de la noción de migrante, para su incardinación en el ámbito del derecho del comercio, no sólo ha permitido excluir a estos trabajadores ámbito la protección jurídica del Tratado asociada a la libre circulación de trabajadores, sino que también significa desprenderse del estatuto jurídico internacional del trabajador migrante y del amplio bagaje jurídico que para la protección de los trabajadores migrantes desarrollado por los Convenios de la OIT.

En definitiva, la articulación jurídica de una noción jurídica de trabajador anclada en el derecho mercantil internacional, ha supuesto el abandono del espacio jurídico de instrumentos propiamente sociales, para pasar a formar parte de la regulación del comercio de servicios.

## **2. Escisión conceptual de la noción de trabajador migrante**

En este trabajo se estudiarán los distintos contenidos jurídicos asignados al objeto normado por la Directiva 96/71/CE y el AGCS – al que nos referiremos para abreviar como “desplazamiento” o “desplazamiento de trabajadores”. Todo ello nos permitirá mostrar la confluencia normativa entre la Directiva 96/71/CE y el AGCS, así como el correlativo distanciamiento de la técnica jurídica propia de las normas sociales

internacionales. Esta evolución en la relación de fuerzas e influencia de los instrumentos internacionales en materia mercantil y laboral es fiel reflejo del proceso de deslaborización de esta categoría jurídica.

En efecto, la incorporación de categorías mercantiles en esta norma constituye una novedosa forma de intervención en el ámbito laboral. Se produce así la absorción de categorías del Derecho del Trabajo por parte del derecho económico comunitario, ofreciendo un paradigma de reforma económica sostenida en el tiempo a través del Derecho.

En este sentido, el artículo 45 TFUE, que trata de garantizar la libre circulación de trabajadores en el territorio de la Unión, aunque continúa respondiendo a la “noción compartida de libre circulación de factores de producción”<sup>11</sup>, ya no constituye una plataforma jurídica adecuada para impulsar el proyecto comunitario de integración del sector terciario en lo concerniente al factor trabajo.

Ni el proyecto comunitario ni los instrumentos jurídicos de los que éste se sirve para su desarrollo son inmutables, antes bien, se encuentran en constante evolución para adaptarse a las nuevas realidades político-económicas europeas y globales. En efecto, el desarrollo alcanzado por el mercado interior llevará a que la libertad de prestación de servicios entre claramente en oposición con la vertiente de ejercicio de la libre circulación de trabajadores, por la imposibilidad de aplicar simultáneamente la paridad de trato a empresas y trabajadores prestadores de servicios.

Así, el tránsito hacia la refundación de esta institución por parte de la Directiva 96/71/CE hunde sus raíces en la significativa transformación de uno de los pilares del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE o “el Tratado”), esto es, del artículo 56 TFUE, relativo al comercio de servicios. A raíz del espectacular desarrollo de las libertades empresariales relacionadas con los servicios, se ha dado paso a nuevos instrumentos jurídicos, ajenos al artículo 45 TFUE (relativo a la libre circulación de trabajadores), para la provisión de mano de obra a los mercados europeos. Este es el caso de la Directiva 96/71/CE, que a juicio de la doctrina, no estaba destinada a garantizar la paridad entre trabajadores locales y desplazados, sino a asegurar ciertas condiciones de paridad entre empresas prestatarias de servicios<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Revilla Esteve, E., *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003, pp. 214-1-212 integra conceptualmente la libre circulación de trabajadores en el contexto de libre movilidad de factores productivos.

<sup>12</sup> Carabelli, U. (2007), “Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* n. 1, 2007, p. 37.

Por otra parte, el recurso a la mano de obra desplazada se inserta en fórmulas de descentralización productiva que tienen especial aplicación en el sector servicios, que lidera en estos momentos la conformación de un nuevo modelo de producción y de gestión del proceso de trabajo en forma de “super-organización en red de las actividades de todo tipo de empresas, que de un lado, individualiza la relación de la fuerza de trabajo con el empleador, y de otro colectiviza o desintegra este factor en el proceso de trabajo”<sup>13</sup>. Al situar esta nueva forma de movilidad laboral en un marco jurídico diferenciado, el proceso de deslaborización comunitaria se aborda a través de la flexibilidad que ofrece la diversidad de regímenes jurídicos<sup>14</sup>.

Ciertamente, la articulación comunitaria del desplazamiento de trabajadores en el seno del derecho mercantil requiere de nuevas herramientas metodológicas para abordar una realidad jurídica que ha abandonado el espacio jurídico de instrumentos sociales – reguladores de los fenómenos migratorios en el ámbito nacional e internacional, particularmente en el seno de la OIT y Naciones Unidas – para pasar a formar parte de la regulación del comercio de servicios.

Las normas internacionales en materia de inmigración salvo, como veremos, las más recientes, no están pensadas para la regulación de esta forma de movilidad laboral y su “relectura” desde una perspectiva social se ve crecientemente dificultada por la influencia creciente de los pujantes principios de la OMC. Así, los albores de los años noventa alumbraron la legislación y los pronunciamientos judiciales que sentarían las bases de la regulación comunitaria actual en materia de libertad de prestación de servicios, cuyos paralelismos con las normas de la OMC no son una novedad, en particular con los procedimientos y principios liberalizadores contenidos en el AGCS.

En este sentido, el proceso de desmembración del concepto de trabajador desplazado de la noción de migrante, no sólo ha permitido excluir en este ámbito la protección jurídica del Tratado asociada a la libre circulación de trabajadores. También significa desprenderse del estatuto jurídico

---

<sup>13</sup> Bericat Alastuey, E., *Fragments de la realidad social postmoderna*, Sevilla, Fundación Centro de Estudios Andaluces, 2002, pp. 14-16.

<sup>14</sup> En el contexto de la “Estrategia de Essen”, que marca la pauta de una creciente influencia del derecho comunitario en los sistemas laborales, que ya no proviene de la armonización material, sino de la creciente incidencia de los procesos diseñados desde la cooperación intergubernamental de la era post-Maastrich, para fomentar la “modernización” de los sistemas jurídico-laborales de los Estados Miembros Vid. Szymszcak, E., “The new paradigm for social policy: a virtuous circle?”, *Common Market Law Review* 38, 2001, pp. 1125-1170.

internacional del trabajador migrante<sup>15</sup> y del amplio bagaje jurídico para la protección de los trabajadores migrantes desarrollado por los Convenios de la OIT, cuyo eje central es la paridad de trato<sup>16</sup> – que inspiró, en su día, la inclusión del principio de no discriminación de los trabajadores migrantes en el Tratado de la Comunidad Económica Europea.

La regulación comunitaria en este ámbito ha superado así con creces, en cuanto a capacidad liberalizadora, al AGCS, especialmente si tenemos en cuenta que la apertura de los mercados a los trabajadores desplazados con independencia de su especialización o posición en la empresa continua siendo una cuestión candente en el ámbito del AGCS. Es significativo en este sentido que el Consejo Económico y Social europeo haya alertado sobre el riesgo de cosificación del factor trabajo a resultas de la extensión subjetiva del modo 4 a fin de incorporar el desplazamiento de trabajadores no cualificados:

“El CESE insta a la UE y a los Estados miembros a que, por el momento, no acepten la ampliación del Modo 4 a trabajadores no cualificados o semicualificados. De lo contrario, se pondría en peligro el principio básico de la Organización Internacional del Trabajo de que «el trabajo no es una mercancía». Los trabajadores no cualificados y semicualificados casi siempre están en una posición débil en el mercado de trabajo, mientras que los directivos, expertos y profesionales autónomos altamente cualificados procedentes del extranjero suelen estar en una posición fuerte y bien protegidos. El CESE no puede aceptar que la circulación temporal de trabajadores, que de hecho constituye una migración temporal, se rija principalmente por la OMC y el acuerdo AGCS, sin garantías en lo que se refiere a los derechos humanos y el respeto de las normas laborales fundamentales, como la no discriminación”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> En particular en lo concerniente a los derechos de igualdad de trato reconocidos en el marco del Consejo de Europa, esto es la Carta Social Europea de 18 octubre 1961, la Carta Social Europea modificada de 1996 y el Convenio Europeo sobre el estatus jurídico de los trabajadores de migrantes de 1977, así como a los contenidos sociolaborales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976.

<sup>16</sup> Vid. particularmente el artículo 6 del Convenio 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949; artículos 8, 9 y 10 del Convenio 143 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975; Recomendación 61 sobre los trabajadores migrantes, 1939; Recomendación 62 sobre los trabajadores migrantes (colaboración entre Estados), 1939; Recomendación 86 sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949; Recomendación 100 sobre la protección de los trabajadores migrantes, 1955; Recomendación 151 sobre los trabajadores migrantes, 1975.

<sup>17</sup> CESE, Dictamen n. 695/2005, de 8 de junio de 2005, párrafos 6.5. y 6.6.

En efecto, de los compromisos contraídos por los miembros de la OMC en relación con el Modo 4 más del 90% se refieren únicamente a los trabajadores altamente cualificados<sup>18</sup>. En relación a estos trabajadores – no en cambio para los desplazados intracomunitarios – el Parlamento Europeo ha instado la aplicación del principio de paridad de trato en materia de condiciones de trabajo, establecidas legal o convencionalmente: “[El Consejo Económico y Social] acoge con satisfacción la oferta de conceder a los países en desarrollo, en particular, mejores oportunidades de suministro de servicios al mercado de la UE a través de la circulación transfronteriza temporal de personal cualificado, pero insiste en que las negociaciones deben garantizar la protección de los trabajadores transfronterizos contra toda forma de discriminación; recuerda que, en todos estos casos, las condiciones de trabajo nacionales y de la Unión Europea, las disposiciones relativas al salario mínimo y todos los convenios colectivos relativos a salarios deben seguir siendo de aplicación, independientemente del hecho de que el empresario esté o no registrado dentro de la UE”<sup>19</sup>.

Además, la mayoría de los compromisos asumidos por los Estados sólo se aplican si el proveedor de servicios tiene presencia comercial en el país de acogida<sup>20</sup>, que en el ámbito del AGCS se denomina “Modo 3 de suministro de servicios”, y que a nivel comunitario se regula por medio de las disposiciones de desarrollo de la libertad de establecimiento en el sector terciario. Se trata por tanto de los “traslados dentro de la empresa” que recoge la Directiva 96/71/CE en la letra b) del artículo 3.1.

De hecho, el desplazamiento de trabajadores extracomunitarios, en particular en las filiales extranjeras de las empresas transnacionales es uno de los recursos más en alza, especialmente en el caso de los trabajadores cualificados. Este tipo de desplazamientos se contemplan en la Estrategia Europea de Empleo, junto con los propósitos de mejora de la formación de los nacionales comunitarios, como una de las vías para atenuar la escasez de mano de obra cualificada<sup>21</sup>.

En efecto, el desplazamiento de trabajadores es una forma de movilidad

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, párrafo 2.3.2.

<sup>19</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) en el marco de la OMC, incluida la diversidad cultural, 12 de marzo de 2003, Estrasburgo, expediente n. P5\_TA(2003)0087, párrafo 10.

<sup>20</sup> CESE, Dictamen n. 695/2005, *óp.cit.*, párrafo 2.3.2.

<sup>21</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones: La competitividad de los servicios relacionados con la empresa y su contribución al buen funcionamiento de las empresas europeas COM (2003) 747 final de 04 de diciembre 2003, p. 23 y 43.

de mano de obra estrechamente relacionada con la actividad transfronteriza de las corporaciones de dimensión internacional. La disociación del estatuto jurídico del trabajador desplazado del ámbito jurídico de la emigración, otorga un alto grado de libertad a empresas transnacionales para abastecerse de mano de obra a través de las fronteras, sin verse sometidas al orden público laboral del país de destino, y en el caso de desplazamiento de trabajadores extracomunitarios, sin sujetarse a los límites estatales impuestos a la emigración típica, basados en la situación nacional del empleo. Lo que posibilita, en el caso de la movilidad intragrupo, seleccionar trabajadores en origen para desplazarlos el tiempo que requiera la prestación de servicios, y el caso de no existir filial en el país de origen o de destino, recurrir a la subcontratación o las empresas de trabajo temporal<sup>22</sup>.

Ciertamente, a menos que exista la posibilidad de competir a partir de los costes sociales, pierde sentido “importar” trabajadores desde otro país al mismo coste que los trabajadores locales. Sólo las diferencias salariales hacen que resulte rentable desplazar mano de obra, si además incluimos los costes añadidos que puede suponer en dietas y traslado del trabajador. Se ofrece así la radiografía de una subcontratación basada en costes sociales, que poco tiene que ver con la alegada mayor eficacia de los procesos descentralizadores en la consecución de los objetivos empresariales a partir de una mayor especialización funcional.

### **3. El trabajador desplazado en los instrumentos internacionales**

#### **3.1. El acceso al mercado: la noción de integración permanente**

El AGCS establece “obligaciones esenciales de liberalización” que conllevan, de un lado, la obligación de paridad de trato de los operadores económicos foráneos, y de otro, el compromiso de “reducción de barreras reguladoras”<sup>23</sup>. En este sentido, el contenido del AGCS – cuando en su artículo XVI recoge las disposiciones de acceso a los mercados y, en sus artículos II y XVII, la interdicción de la discriminación a suministradores extranjeros de servicios en el ejercicio de sus actividades económicas – refleja la doble estructura que la libre prestación de servicios despliega en

<sup>22</sup> Vid. en este sentido, Chaudhuri, S., Mattoo, A. y Self, R., “Moving people to deliver services: how can the WTO help?”, *Journal of World Trade* n. 38(3), 2004, pp. 378 y ss.

<sup>23</sup> Segura Serrano, A., *El interés general y el comercio de servicios*, Madrid, Tecnos, 2003 p. 41.

el ámbito comunitario.

Las conexiones entre la normativa comunitaria e internacional en materia de desplazamiento de trabajadores son en este caso particularmente reveladoras, pues arrojan luz sobre algunos elementos que conforman en la actualidad la jurisprudencia comunitaria, que fundamenta la inaplicación de la paridad de trato en el hecho de que estos trabajadores “no acceden” a los mercados laborales en los que se insertan.

El “Anexo sobre el movimiento de personas físicas proveedoras de servicios en el marco del Acuerdo” es dónde se recogen los aspectos laborales del comercio de servicios, (en adelante, “el Anexo”). En el mismo se comienza diferenciando el estatuto aplicable a emigrantes y a desplazados (“suministradores de modo 4”), a fin de establecer su propio ámbito aplicativo, pues la emigración está excluida de sus previsiones. A continuación, para establecer la distinción entre el trabajador emigrante y el trabajador desplazado (“suministrador de modo 4”) acude a un factor macroeconómico, jurídicamente de difícil de determinación, pero que no permite descartar una valoración empírica: el acceso al mercado de trabajo<sup>24</sup>, estableciéndose estrechas similitudes con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE):

“El presente Anexo se aplica a las medidas que afecten a personas físicas que sean proveedoras de servicios de un Miembro, y a personas físicas de un Miembro que estén empleadas por un proveedor de servicios de un Miembro, en relación con el suministro de un servicio. El Acuerdo no será aplicable a las medidas que afecten a personas físicas que traten de acceder al mercado de trabajo de un Miembro ni a las medidas en materia de ciudadanía, residencia o empleo con carácter permanente”<sup>25</sup>.

Así, el acuerdo AGCS excluye la emigración de su ámbito aplicativo sirviéndose del mismo criterio que utiliza la jurisprudencia comunitaria para detraer el desplazamiento transnacional del ámbito de la libre circulación de trabajadores, esto es, la falta de acceso al mercado laboral, lo que apunta a una raigambre común de los instrumentos de la OMC y de la UE<sup>26</sup>.

La diferencia entre el AGCS y el derecho comunitario, radica en que en el Derecho de la Unión la valoración fáctica sobre la concurrencia de dicho

---

<sup>24</sup> Las disposiciones generales sobre acceso al mercado se contienen, en cambio, en el artículo XVI del cuerpo del Acuerdo.

<sup>25</sup> Parágrafos 1 y 2.

<sup>26</sup> Vid. CHAUDHURI, S. *et altri*, *óp.cit.*, pp. 370 y ss., ponen de relieve que salvo por la exclusión de la migración permanente el resto de los elementos que conforman la definición del modo 4 de prestación de servicios no quedan claramente conformados en la norma, de modo que no es posible establecer con exactitud el alcance de la misma.

elemento resulta superflua, pues mediante la presunción jurídica de no afectación de los mercados laborales se ha producido una cristalización jurídica del elemento económico, que hasta ahora no ha admitido valoración probatoria. En el mercado interior de servicios la premisa no es por tanto la existencia de un mercado laboral único – atendiendo a la inaplicación del principio de paridad de trato – sino una pluralidad de mercados de trabajo en los cuales este tipo de movilidad no tiene incidencia alguna.

Para más abundamiento, cuando el AGCS excluye de su aplicación “las medidas que afecten a personas físicas que traten de acceder al mercado” asimila, a igual que la jurisprudencia comunitaria, el acceso a mercado a la integración permanente. Por una parte, es cierto que las empresas transnacionales no movilizan mano de obra a través de las fronteras pretendiendo su integración en el mercado de destino, y desde esa óptica podría considerarse excesivo exigir el cumplimiento del orden público laboral del país de prestación de servicios, así como la aplicación de los estrictos controles gubernativos aplicados a la emigración. Resulta coherente el planteamiento de que tales empresas cuando introducen su personal en otro Estado no pretenden su integración, pues como cuestión de principio las condiciones de movilidad están sujetas a las necesidades productivas, que no a las del emigrante, ya que como elemento diferencial respecto de la emigración típica, la voluntad individual de emigrar ha quedado sustituida por la iniciativa empresarial de desplazar<sup>27</sup>.

A este respecto, si bien la doctrina de “no acceso” se ajusta plenamente a las finalidades empresariales perseguidas con el desplazamiento, desde la perspectiva laboral, las necesidades de protección de los desplazados y de los mercados laborales de destino, aun con particularidades específicas, no difieren sustancialmente de las exigidas para la emigración típica, especialmente por lo que respecta a la función desempeñada por el principio de igualdad de trato en la prevención del “dumping social”.

---

<sup>27</sup> En relación al poder empresarial de movilidad geográfica forzosa vid. Béraud, J. M., “Le départ pour l'étranger su salarié détache ou expatrié”, *Droit Social*, n. 11, 1991, pp. 832-835. Nótese en este sentido que el proyecto de Acta de aprobación de la Directiva 96/71/CE recogía la siguiente declaración: “El Consejo y la Comisión declaran que la presente Directiva no afectará a la facultad exclusiva del Estado en cuyo territorio esté establecida la empresa que contemple desplazar a un trabajador, de supeditar dicho desplazamiento al consentimiento del trabajador de que se trate”. Vid. Consejo de la Unión Europea, addendum del proyecto de acta de la sesión n.º 1948 del Consejo (Trabajo y Asuntos Sociales) celebrada en Bruselas el 24 de septiembre de 1996, n.º expediente institucional 9916/96, para la adopción en las lenguas de las Comunidades, de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios [punto 14, apartado 24, p. 8].

Por otra parte, no existe en derecho de la Unión una noción de integración laboral permanente, paralela al derecho de establecimiento en el nivel empresarial. La configuración de tal criterio diferencial – a partir de elementos, como un domicilio estable, u otras circunstancias que permitan establecer la voluntad de permanencia por parte del trabajador – no está exenta de dificultades técnicas especialmente a la hora de establecer la frontera, en lo que respecta a la falta de integración permanente, entre la emigración temporal y el desplazamiento temporal. De hecho, previamente a la 2004/38/CE y durante más de veinte años ambos tipos de movilidad laboral temporal han estado sujetos indistintamente al régimen jurídico de estancia temporal, tal como, en el marco del artículo 6, apartado 3º la antigua Directiva 64/220/CE. Cuestión que desarrollaremos seguidamente.

### **3.2. El retorno al país de origen y la garantía de la paridad de trato**

En efecto, a la hora de delimitar la integración permanente respecto de la temporal, el aspecto clave a considerar es la cuestión del retorno de los trabajadores desplazados, que se incorpora en la jurisprudencia comunitaria como elemento de la propia noción de desplazamiento, incluso en aquellos casos en los que se produce una contratación expresa para el desplazamiento y en la que no hay necesariamente un puesto trabajo en el país de origen al que volver<sup>28</sup>.

Resulta especialmente interesante en este sentido la garantía de paridad de trato reconocida tanto la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990, que entró en vigor el 1 julio 2003<sup>29</sup>, cuando regula en su texto una institución análoga al desplazamiento de trabajadores. Así, la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,

---

<sup>28</sup> Vid. STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, Comisión contra Austria). La doctrina apunta a la “tendencia al retorno” como un elemento definitorio que distingue el desplazamiento de la emigración clásica, vid. Palao Moreno, G., “La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal”, *Cuadernos de derecho judicial*, n. 9, 2001, p. 553 y Couturier, G., “La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail”, *Droit Social*, n. 11, 1991, p. 844.

<sup>29</sup> [http://www.migrantsrights.org/Int\\_Conv\\_Prot\\_Rights\\_MigWorkers\\_Fam\\_1990\\_Sp.htm](http://www.migrantsrights.org/Int_Conv_Prot_Rights_MigWorkers_Fam_1990_Sp.htm), 7/12/2008.

en su artículo 2 recoge un amplio abanico de formas de emigración, entre ellas la emigración “en el empleo” en los siguientes términos: “A los efectos de la presente Convención: [...] f) Se entenderá por “trabajador vinculado a un proyecto” todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador; g) Se entenderá por «trabajador con empleo concreto» todo trabajador migratorio: i) Que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta; [...] y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia”.

En contraste – al tratarse de un instrumento más antiguo – el Convenio de la OIT nº 143 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, en el apartado e) del párrafo 2º de su artículo 11, se refiere a “las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que estén obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones”, excluyéndolos del principio de paridad de trato contenida en el párrafo 1º del mismo artículo. Esta exclusión marca una diferencia fundamental entre ambos instrumentos, pues el principio de igualdad de trato contenido en la Convención de Naciones Unidas se aplica a todo su ámbito subjetivo de forma incondicionada. Con todo, para que la exclusión del Convenio de la OIT nº 143 resulte aplicable, tales trabajadores deben “abandonar el país al término de sus trabajos o funciones”.

De modo que aquí el elemento diferencial también coincide la jurisprudencia comunitaria de “no acceso” al mercado. Con todo, en el caso de desplazados de nacionalidad comunitaria, la obligación de volver al país de origen no puede ni presuponerse ni lógicamente imponerse desde el momento en que el derecho de la Unión no prohíbe a tales trabajadores la búsqueda de empleo en el país al que han sido desplazados. Precisamente en la vista del asunto Finalarte, el Gobierno alemán alegó que el 22% de los trabajadores desplazados, una vez acabada la obra, trabajaban para otro empresario extranjero que también ejecuta obras en Alemania, sin que dicho porcentaje incluya, según dicho Gobierno, “a los trabajadores desplazados que pasan a trabajar para una empresa

establecida en Alemania, que también son muy numerosos<sup>30</sup>.

Puesto que como desplazados comunitarios no se ven amparados por la igualdad de trato en materia de condiciones laborales, sólo cuando acceden a otro empleo como migrantes comunitarios pueden disfrutar de todas las mejoras del país de origen. Paradójicamente, dicho cambio de situación jurídica es un claro incentivo económico en favor de la incorporación en el mercado laboral de acogida. Asimismo, la imposibilidad de que los Estados de destino puedan exigir, según ha establecido la jurisprudencia comunitaria, la existencia de un vínculo laboral estable con el empleador que desplaza, favorece que aquel trabajador que no tenga un empleo en el país de origen al que volver, trate de integrarse de manera permanente en el mercado laboral país de destino, tal como se puso de relieve en el asunto Comisión contra Luxemburgo<sup>31</sup>.

Cabe puntualizar, por lo que respecta a la garantía de paridad de trato, que existen algunas particularidades a nivel sectorial en el ámbito regulador de la OIT. Así, en cuanto a los desplazamientos efectuados en el marco de un contrato de puesta a disposición, como los contemplados en el artículo 1, apartado 3, letra c) de la Directiva 96/71/CE, debe señalarse que el artículo 8 del Convenio nº 181 Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997, incluye en la categoría de migrante a los trabajadores colocados en su territorio por agencias de empleo privadas, – en cuya definición se integran a las empresas de trabajo temporal, de acuerdo con su artículo 1, apartado 1, letra b) –, o incluso trabajadores que hayan sido reclutados en un país para trabajar en otro. Este Convenio no establece la paridad de trato con los trabajadores del país de destino sino la necesidad de una «protección adecuada» en materias recogidas en su artículo 11 que coinciden en gran medida con las protegidas por la Directiva 96/71/CE.

En cambio, el Convenio de la OIT núm. 94 relativo a las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) de 1949<sup>32</sup> establece una cláusula muy amplia de paridad de trato en lo referente a desplazamiento de trabajadores destinados a obras ejecutadas por subcontratistas o cesionarios de contratos de la Administración Pública. En concreto, exige que los pliegos de condiciones se contemplen cláusulas que garanticen salarios (comprendidas las asignaciones), horas de trabajo y

---

<sup>30</sup> Tal como recoge en sus Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo presentadas el 13 de julio de 2000, (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, Finalarte).

<sup>31</sup> STJUE de 21 de octubre de 2004, (asunto C-445/03, Comisión c. Luxemburgo) [parágrafo 18].

<sup>32</sup> Dicho Convenio ha sido ratificado por nueve países comunitarios, entre ellos España, [vid. <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm> (17/06/2008)].

demás condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria interesada de la misma región reconocidos legal o convencionalmente, o por medio de un laudo arbitral, tal como exigía, cabe recordar, la norma la Ley del Land de Baja Sajonia, en lo concerniente a las condiciones salariales, sometida a control jurisdiccional en la Sentencia Rüffert y declarada contraria a derecho de la Unión<sup>33</sup>.

Así, pese a que la doctrina ha instado a interpretar la Directiva 96/71/CE a la luz del Convenio de la OIT núm. 94<sup>34</sup>, el TJUE, en el marco de la jurisprudencia comunitaria sobre los principios generales de derecho, no suele acudir a los Convenios de la OIT como fuente de inspiración para la fijación del contenido de los derechos sociales fundamentales, habiendo declarado expresamente que los estándares de la OIT no permiten excepcionar las libertades comunitarias<sup>35</sup>. En este sentido, la labor codificadora de la OIT no sirve de escudo jurídico frente a la primacía del derecho de la Unión y la aplicación del artículo 56 TFUE que garantiza la libre prestación de servicios, que tiene efecto directo y debe “aplicarse incondicionalmente”<sup>36</sup>.

#### **4. A modo de conclusión: Límites a la intervención estatal en la prevención del “dumping social”**

Como hemos visto, en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 96/71/CE juega un papel fundamental a la hora de disciplinar la regulación laboral “desproporcionada” de los Estados miembros. Éstos no podrán establecer normas protectoras que superen los estándares máximos establecidos por la Directiva, a fin de guardar el debido respeto los principios ordenadores del comercio intracomunitario de servicios contenidos en el Tratado, estableciéndose en este punto una considerable diferencia respecto de la regulación contenida en el AGCS.

En efecto, el AGCS permite un considerable espacio de acción en materia laboral a los Estados miembros de la OMC, pudiendo estos aplicar las

---

<sup>33</sup> STJUE de 3 abril 2008 (asunto C- 346/06, Dirk Rüffert) [parágrafos 5 a 8].

<sup>34</sup> Szyszczak, E. M., *EC Labour Law*, Harlow (England), Longman, 2000, p. 65.

<sup>35</sup> Así, en la STJUE de 18 Enero 1979 (asuntos 110 y 111/78 Wesemael) el TJUE establece que el cumplimiento de las condiciones establecidas por la OIT no es por sí mismo un motivo suficiente para no cumplir el art. 59 TCEE (actual 56 TFUE) [apartado 26].

<sup>36</sup> *Ibid.*

cauteladas que consideren necesarias en áreas sensibles, como la protección de los trabajadores. De modo que los derechos de los trabajadores desplazados pueden ser objeto de regulación por el país de acogida, un punto en el que el AGCS difiere del acervo comunitario en cuanto a su capacidad de incidencia, puesto que tal prerrogativa en el caso de los países comunitarios está sometida a los estrictos imperativos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que ostenta el máximo rango en la cúspide de los ordenamientos nacionales, en virtud del principio de primacía comunitario.

De otro lado, atendiendo a que el AGCS se encuentra en un estadio de desarrollo más incipiente que la regulación comunitaria, en su objetivo común de liberalización de los mercados de servicios, algunas de sus normas no son de aplicabilidad general para todos los Estados Miembros. Por lo tanto, éstos mantienen la posibilidad de sustraerse de ciertas obligaciones dependiendo de los compromisos específicos que haya asumido cada Estado para cada concreto sector<sup>37</sup>. En cambio, en el orden comunitario el principio de primacía impide a los Estados “blindar” determinados espacios nacionales de regulación, puesto que las competencias estatales se encuentran constreñidas en razón de la cesión de soberanía en favor de la UE.

Con todo, esta novedosa forma de legislar aspectos laborales en el seno de instrumentos reguladores del comercio puede considerarse una conquista del libre comercio compartida por ambas normas, el AGCS y la Directiva 96/71/CE, cuya capacidad de influencia recíproca es creciente. A modo de *tertium genus* entre el derecho laboral y el derecho mercantil, esta nueva regulación ocupa actualmente el territorio jurídico de las normas que históricamente han ordenado los movimientos transnacionales de trabajadores, cuyo ámbito natural *ratione materiae* y *ratione personae* tradicionalmente ha correspondido a la libre circulación de trabajadores, en el derecho de la Unión, y al derecho internacional de la emigración.

En este sentido, es preciso concluir que sólo la equiparación de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados permite asegurar que el recurso a este tipo mano de obra no está dirigido a evadir las normas que resultarían de aplicación caso de prestar tales servicios mediante trabajadores de la propia plantilla. Así lo señala el Informe sobre la relación de trabajo de la OIT (2003), que incluye entre los mayores retos del mundo del trabajo el que los trabajadores subcontratados o “suministrados” gocen del mismo nivel de protección al previsto para el

---

<sup>37</sup> Vid. García López, R., *La liberalización del comercio de servicios en la OMC: una perspectiva europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 70 y 82.

trabajador en una relación puramente bilateral<sup>38</sup>, apostando por la asimilación de las condiciones de trabajo entre trabajadores de plantilla y subcontratados al servicio de una misma empresa, ya implantada en algunos Estados, si el trabajo desempeñado es de igual valor<sup>39</sup>.

Pese a que las nuevas formas de organización de la producción están introduciendo un virus desestructurante de los mercados de trabajo por el efecto deconstructor de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo, las dificultades se multiplican a la hora de fraguar normas laborales modernizadoras, siendo especialmente sonados los fracasos de proyectos codificadores de estándares laborales internacionales dirigidos a la subcontratación. En efecto, el hecho de que hasta hoy la OIT no se haya podido adoptar un convenio internacional sobre el trabajo en régimen de subcontratación pone de manifiesto los grandes intereses que concluyen en el mantenimiento de este modelo de producción, al que únicamente son de aplicación las normas internas de cada país.

El derecho de la Unión, cuando confiere derechos fundamentales a los operadores transnacionales, ha puesto en marcha una eficaz respuesta a los intentos de control por parte de los Estados en el ámbito de la OIT o de la OCDE de sujetar a las empresas multinacionales a determinados estándares sociales o medioambientales en el desarrollo de sus actividades económicas. Cabe por tanto considerar, con la doctrina<sup>40</sup>, que el discurso en materia de derechos humanos se ha invertido. Éste se dirigía a considerar si las empresas debían o no encontrarse obligadas al cumplimiento de los derechos humanos, ya que el ejercicio sin cortapisas de la libre empresa por parte de éstas tradicionalmente se ha relacionado con el abuso de poder, a cuyo control se dirige precisamente las garantías jurídicas vinculadas a la protección de los derechos fundamentales.

Ahora en cambio, este discurso contempla a las empresas en tanto que titulares de derechos concebidos originariamente para la protección de las personas físicas (los derechos humanos), resultando notorio el modo en que las corporaciones instrumentan tales derechos en las jurisdicciones estadounidense y comunitaria para someter a escrutinio el ejercicio del poder estatal en materia económica<sup>41</sup>.

Significativamente, en dicha deconstrucción de instituciones laborales

---

<sup>38</sup> OIT, “El ámbito de la relación de trabajo”, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión 2006 Ginebra, Informe V, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, p. 3.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 80-81.

<sup>40</sup> Emberland, M., *The human rights of companies. Exploring the structure of ECHR protection*, Oxford, Oxford University Press, pp. 2 y ss.

<sup>41</sup> *Ibid.*

básicas se están utilizando los instrumentos jurídicos que históricamente sirvieron para apuntalar los valores esenciales de los Estados democráticos a través de la expansión del constitucionalismo. En efecto, son las herramientas jurídicas que lograron una específica protección los derechos fundamentales, como pilar fundamental de los Estados de Derecho, el andamiaje jurídico que permite la construcción del estatus constitucional de las libertades económicas de los operadores transnacionales. Arriesgándose, por otra parte, la expansión de esta deconstrucción jurídica mediante la generalización de las elaboraciones jurídicas comunitarias al ámbito de la OMC, pues las normas del AGCS contienen el principio del país de origen en su regulación, con una clara voluntad, como señala Gardeñes Santiago (1999) de “trasplantar a un contexto global o mundial soluciones que en el ámbito comunitario han demostrado una gran eficacia integradora de los mercados”<sup>42</sup>.

## 5. Bibliografía

- Béraud, J. M., “Le départ pour l'étranger du salarié détaché ou expatrié”, *Droit Social*, n. 11, 1991, pp. 832-835.
- Bericat Alastuey, E., *Fragments de la realidad social postmoderna*, Sevilla, Fundación Centro de Estudios Andaluces, 2002.
- Birkby, W., “Welcome to castle Bolkestein”, *Building* n. 18, 2005, pp. 64-65.
- Carabelli, U., “Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1, 2007, p. 37.
- Chaudhuri, S., Mattoo, A. y Self, R., “Moving people to deliver services: how can the WTO help?”, *Journal of World Trade*, n. 38, 2004, pp. 378 y ss.
- Couturier, G., “La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail”, *Droit Social*, n. 1, 1991, p. 844.
- Emberland, M., *The human rights of companies. Exploring the structure of ECHR protection*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 2 y ss.
- García López, R., *La liberalización del comercio de servicios en la OMC: una perspectiva europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

---

<sup>42</sup> Gardeñes Santiago, M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 42.

- Gardeñes Santiago, M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999.
- López López, J., “Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad, derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes”, *Estudios de Derecho Judicial*, n. 76, 2005, p. 23.
- Martínez Murillo, J. J., “La subcontratación en la Comunidad”, *Gaceta Jurídica CEE*, n. B-67/1991, pp. 13-21.
- Palao Moreno, G., “La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal”, *Cuadernos de derecho judicial*, n. 9, 2001, p. 553.
- Pellegrino, P., “Directive sur les "services dans le marche interieur " - Un accouchement dans la douleur”, *Revue du marche commun et de l'Union Europeenne*, n. 504, 2007, pp.14-21.
- Revilla Esteve, E., *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003.
- Román Vaca, E., “La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior: la propuesta Bolkestein”, *Temas Laborales*, n. 84, 2006, p. 25-44.
- Segura Serrano, A., *El interés general y el comercio de servicios*, Madrid, Tecnos, 2003.
- Szyszczac, E., “The new paradigm for social policy: a virtuos circle?”, *Common Market Law Review* 38, 2001, pp. 1125-1170.

# Red Internacional de ADAPT



**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo,



**ADAPT**Internacional.it

*Construyendo juntos el futuro del trabajo*