

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. VERICA TRSTENJAK

presentadas el 13 de septiembre de 2007<sup>1</sup>

Índice

I.	Introducción .....	I - 4331
II.	Marco jurídico .....	I - 4331
	A. Derecho comunitario .....	I - 4331
	B. Derecho nacional .....	I - 4333
III.	Procedimiento administrativo previo .....	I - 4337
IV.	Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y alegaciones de las partes .....	I - 4338
V.	Principales alegaciones de las partes .....	I - 4339
	A. Sobre la primera imputación: adaptación incorrecta del ordenamiento jurídico interno al artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71 .....	I - 4340
	— Exigencia de contrato de trabajo escrito o de un documento equivalente según lo dispuesto en la Directiva 91/533 (artículo 1, apartado 1, punto 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002) .....	I - 4340
	— Adaptación automática de la retribución a la evolución del coste de la vida (artículo 1, apartado 1, punto 2, de la Ley de 20 de diciembre de 2002) .....	I - 4340
	— Observancia de la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado (artículo 1, apartado 1, punto 8, de la Ley de 20 de diciembre de 2002) ..	I - 4340
	— Observancia de los convenios colectivos de trabajo (artículo 1, apartado 1, punto 11, de la Ley de 20 de diciembre de 2002) .....	I - 4341
	B. Sobre la segunda imputación: adaptación incompleta del ordenamiento jurídico luxemburgués al artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 96/71 .....	I - 4341
	C. Sobre la tercera imputación: falta de claridad respecto a las medidas de control ...	I - 4341

1 — Lengua original: alemán.

D.	Sobre la cuarta imputación: exigencia de un mandatario <i>ad hoc</i> .....	I - 4342
VI.	Apreciación jurídica .....	I - 4342
A.	Observaciones preliminares .....	I - 4342
1.	Teleología de la Directiva 96/71 .....	I - 4342
2.	Marco jurídico .....	I - 4343
B.	Examen de los motivos del recurso .....	I - 4345
	Sobre la primera imputación .....	I - 4345
1.	Concepto de orden público en el artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71 .....	I - 4345
2.	Las disposiciones del artículo 1, apartado 1, puntos 1, 2, 8 y 11, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 .....	I - 4348
	— Exigencia de un contrato de trabajo escrito o de documento equivalente según lo dispuesto en la Directiva 91/533 .....	I - 4348
	— Adaptación automática de la retribución a la evolución del coste de la vida .....	I - 4350
	— Observancia de la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado .....	I - 4350
	— Observancia de los convenios colectivos de trabajo .....	I - 4352
	Sobre la segunda imputación .....	I - 4354
	Sobre la tercera imputación .....	I - 4355
	Sobre la cuarta imputación .....	I - 4359
VII.	Sobre las costas del asunto .....	I - 4362
VIII.	Conclusión .....	I - 4362

## I. Introducción

1. 16 de diciembre de 1996<sup>2</sup>El presente asunto se desarrolla en el contexto de un procedimiento por incumplimiento incoado por la Comisión de las Comunidades Europeas al amparo del artículo 226 CE en el que ésta solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de , sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, así como en virtud de los artículos 49 CE y 50 CE, debido a las condiciones que impone a las empresas establecidas en otro Estado miembro que desplazan a sus trabajadores a Luxemburgo para que presten allí sus servicios.

de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

3. El artículo 50 CE, párrafo primero, define como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas, en particular, a la libre circulación de capitales y personas. En virtud del último párrafo de dicha disposición, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales.

4. Bajo el epígrafe «condiciones de trabajo y empleo», el artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71 dispone lo siguiente:

## II. Marco jurídico

### A. Derecho comunitario

2. En virtud del artículo 49 CE, párrafo primero, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales

«1. Los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el apartado 1 del artículo 1 garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias siguientes que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas:

— por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o

2 — DO 1997, L 18, p. 1.

- por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general con arreglo al apartado 8 en la medida en que se refieran a las actividades contempladas en el Anexo:
  - f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes;
- a) los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso;
- g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;

A los fines de la presente Directiva, la noción de cuantías de salario mínimo mencionada en la letra c) del párrafo primero se definirá mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado.

c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional;

[...]

d) las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino;

10. La presente Directiva no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual:

e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo;

— condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público,

- condiciones de trabajo y empleo fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales de acuerdo con el apartado 8 que se refieran a actividades distintas de las contempladas en el Anexo.»

5. Con motivo de la adopción de la Directiva se emitió una declaración (Declaración nº 10) según la cual, «debería considerarse que la expresión “disposiciones de orden público” abarca las disposiciones obligatorias a las que no puede hacerse excepción y que, por su naturaleza y objetivo, responden a exigencias imperativas del interés público. Estas disposiciones pueden incluir, en concreto, la prohibición del trabajo forzado o la implicación de las autoridades públicas en la vigilancia del respeto de la legislación en relación con las condiciones de trabajo».<sup>3</sup>

#### B. Derecho nacional

6. El artículo 1 de la ley luxemburguesa de 20 de diciembre de 2002, sobre adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 96/71 y el control de la aplicación del Derecho del Trabajo (en lo sucesivo, «Ley de 20 de diciembre de 2002»)<sup>4</sup> dispone lo siguiente:

«(1) Constituyen disposiciones de orden público nacional, especialmente en lo que se refiere a las disposiciones contenidas en convenios y contratos según la Ley de 27 de marzo de 1986, de ratificación del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, y serán aplicables en cuanto tales a todos los trabajadores que ejerzan una actividad en el territorio del Gran Ducado de Luxemburgo, incluidos aquellos que hayan sido desplazados temporalmente, cualquiera que sea la duración o la finalidad del desplazamiento: todas las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, así como todas aquellas derivadas de convenios colectivos declarados de aplicación general, laudos arbitrales de ámbito de aplicación semejante a la de los convenios colectivos de aplicación general, y que tengan como objeto:

1. el contrato de trabajo escrito o al documento elaborado en virtud de la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral;
2. el salario mínimo y la adaptación automática de la retribución a la evolución del coste de la vida;
3. la jornada de trabajo y el descanso semanal;

3 — La Declaración nº 10 no está publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. No obstante, su contenido se reproduce en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 25 de abril de 2003, COM(2003) 458 final, p. 13.

4 — Ley de 20 de diciembre de 2002 relativa a la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 96/71 y al control de la aplicación del Derecho del Trabajo (*Mémorial A* nº 154, de 31 de diciembre de 2002, p. 3722).

4. las vacaciones retribuidas;
  5. las vacaciones colectivas de empresa;
  6. los días festivos establecidos legalmente;
  7. la regulación del trabajo interino y de la cesión de trabajadores;
  8. la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado;
  9. las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y empleo de niños, jóvenes y de mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente;
  10. la no discriminación;
  11. los convenios colectivos de trabajo;
  12. la inactividad obligatoria derivada de los preceptos relativos al paro ocasionado por condiciones metereológicas o técnicas;
  13. el trabajo clandestino o ilegal, incluidas las disposiciones sobre el permiso de trabajo para trabajadores que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo;
  14. la seguridad y la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo en general, y en especial, las normas sobre prevención de accidentes laborales establecidas por la cooperativa del seguro industrial de accidentes (Association d'assurance contre les accidents) en virtud del artículo 154 del Código sobre seguros sociales, así como las ordenanzas mínimas relativas a la seguridad y a la protección de la salud, establecidas por Reglamento granducal tras el dictamen obligatorio del Consejo de Estado y la aprobación de la Conferencia de presidentes del Congreso de diputados sobre la base del artículo 14 de la Ley de 17 de junio de 1994, en su versión modificada, sobre la seguridad y la protección de la salud de los trabajadores en el trabajo.
- (2) Las disposiciones del apartado 1 del presente artículo se aplicarán a todos los trabajadores, con independencia de su nacionalidad, que se encuentren al servicio de cualquier empresa, con independencia de la nacionalidad y de la ubicación jurídica o efectiva del domicilio social de aquélla.»
7. El artículo 2 de esta misma ley dispone:
- «(1) Las disposiciones del artículo 1 de la presente ley se aplicarán igualmente a las

empresas, exceptuando el personal de navegación de la marina mercante, que en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen sus trabajadores al territorio del Gran Ducado de Luxemburgo.

(2) Se entenderá por desplazamiento en el sentido del apartado anterior las actividades siguientes efectuadas por las empresas afectadas siempre que exista una relación laboral entre la empresa que desplaza y el trabajador, durante el tiempo que dure el desplazamiento:

1. el desplazamiento de un trabajador, incluso por un período de tiempo corto o predeterminado, por cuenta y bajo la dirección de una de las empresas mencionadas en el apartado 1 de este artículo, al territorio del Gran Ducado de Luxemburgo, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa que desplaza y el destinatario de los servicios residente o que ejerza su actividad en Luxemburgo;

2. el desplazamiento de un trabajador, incluso por un período de tiempo corto o predeterminado, al territorio del Gran Ducado de Luxemburgo, dentro de un establecimiento de la empresa que desplaza o de una empresa perteneciente al mismo grupo de empresas que la empresa que desplaza;

3. el desplazamiento de un trabajador, incluso por un período de tiempo corto o predeterminado, por parte de una agencia de trabajo interino o en el marco de la cesión de trabajadores a una empresa cesionaria que resida o ejerza su actividad en el territorio del Gran Ducado de Luxemburgo, sin perjuicio de la aplicación de la Ley de 19 de mayo de 1994 sobre trabajo interino y cesión temporal de trabajadores.

(3) Se entenderá por trabajador desplazado todo trabajador que trabaje habitualmente en el extranjero y que preste sus servicios durante un período de tiempo limitado en el territorio del Gran Ducado de Luxemburgo.

(4) La noción de relación laboral se determinará según el Derecho luxemburgués.»

8. El tenor del artículo 7 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 es el siguiente:

«(1) A los efectos de aplicación de la presente ley, toda empresa, incluso si está establecida o presta habitualmente sus servicios fuera del territorio del Gran Ducado de Luxemburgo, de la cual uno o varios trabajadores, incluidos aquellos que hayan sido desplazados temporalmente a Luxemburgo según lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la presente ley, ejerzan su actividad en Luxemburgo, deberá poner a disposición de las autoridades de inspección de trabajo y de minas, antes de

que comience el trabajo, mediando un simple requerimiento y lo antes posible, la información esencial indispensable para proceder al control, y en particular:

— el apellido, nombre, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, nacionalidad y profesión de los trabajadores;

— la cualificación exacta de los trabajadores;

— la calidad en la que se les contrató en la empresa y la actividad que regularmente desempeñan en ésta;

— el domicilio, y, en su caso, la residencia habitual de los trabajadores;

— el permiso de residencia y de trabajo, si ha lugar;

— el lugar o lugares de trabajo en Luxemburgo y la duración del trabajo;

— una copia del formulario E 101, o, en su caso, los datos exactos del organismo de seguridad social en el que el traba-

jador está afiliado durante su estancia en territorio luxemburgués;

— una copia del contrato de trabajo escrito o de documento elaborado en virtud de la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

(2) Un Reglamento granducal podrá precisar la aplicación del presente artículo.»

9. El artículo 8 de la misma ley establece lo siguiente:

«Toda empresa establecida en el extranjero y que tenga allí su domicilio social o que carezca de establecimiento permanente en Luxemburgo según la ley fiscal, de la que uno o varios trabajadores ejerzan una actividad de cualquier tipo en Luxemburgo deberá conservar en manos de un mandatario *ad hoc*, residente en Luxemburgo, los documentos necesarios para el control de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente Ley, y, especialmente, del artículo 7 precedente.

Estos documentos deberán presentarse a la mayor brevedad posible, mediando un simple requerimiento, ante la inspección de trabajo y de minas. Antes de que comience el trabajo retribuido que pretende realizarse, la empresa o el representante anteriormente mencionado informará previamente a la inspección de trabajo y de minas lo antes posible, mediante carta certificada con acuse



de recibo, sobre el lugar donde se conservan los documentos.»

### III. Procedimiento administrativo previo

10. Mediante escrito de requerimiento de 1 de abril de 2004, la Comisión llamó la atención del Gobierno luxemburgués sobre la existencia de varias irregularidades en la adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 96/71 efectuada a través de la Ley de 20 de diciembre de 2002. A la vista de un posible incumplimiento de la Directiva 96/71 así como de los artículos 49 CE y 50 CE, la Comisión hizo las siguientes imputaciones:

- La Ley de 20 de diciembre de 2002 obliga a las empresas establecidas en otro Estado miembro y que desplazan a sus trabajadores a Luxemburgo para que presten en este Estado sus servicios, a respetar condiciones de trabajo y empleo que sobrepasan las previstas en el artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71;
- La Ley de 20 de diciembre de 2002 ha adaptado de forma incompleta el ordenamiento jurídico interno a la Directiva 96/71, dado que el Derecho nacional limita el concepto de «períodos mínimos de descanso» al descanso semanal, excluyendo otros períodos de descanso como el descanso diario y las pausas;

— El artículo 7 de la Ley de 20 de diciembre de 2002, que impone a las empresas que tengan al menos un trabajador que ejerza una actividad permanente o temporal en Luxemburgo la obligación de entregar a la Inspection du travail et des mines (Inspección de trabajo y de minas) «antes de que comience el trabajo» «mediando un simple requerimiento» y «lo antes posible» la información esencial indispensable para proceder al control, carece de la claridad necesaria para garantizar la seguridad jurídica;

— El artículo 8 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 restringe la libre prestación de servicios al imponer a las citadas empresas la obligación de designar un mandatario *ad hoc*, residente en Luxemburgo, que se encargue de la conservación de los documentos necesarios para el control de las obligaciones que incumben a dichas empresas.

11. En su respuesta de 30 de agosto de 2004 el Gobierno luxemburgués alegó que las disposiciones legales censuradas por la Comisión y relativas a la aplicación de las condiciones de trabajo y empleo constituyen disposiciones de orden público en el sentido del artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71.

12. Respecto a la segunda imputación, el Gobierno luxemburgués reconoció haber adaptado de forma incompleta su Derecho interno a la Directiva 96/71.

13. En lo que se refiere a la tercera y cuarta imputación de la Comisión, el Gobierno luxemburgués considera que las disposiciones contenidas en el artículo 7 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 son conformes con la normativa comunitaria, dado que la obligación de nombrar un mandatario *ad hoc*, residente en Luxemburgo, que se encargue de la conservación de los documentos necesarios para el control de las obligaciones que incumben a dichas empresas, no impone la obligación de emitir una declaración previa ni constituye una exigencia discriminatoria. El Gobierno luxemburgués alega que se trata de medidas sin las cuales las autoridades nacionales competentes no podrían cumplir su función de control.

14. La Comisión no consideró satisfactoria esta respuesta y decidió en consecuencia enviar al Gobierno luxemburgués un dictamen motivado, de fecha 18 de octubre de 2005, en el que imputó al Gran Ducado de Luxemburgo haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71 y de los artículos 49 CE y 50 CE,

- al haber establecido, en el artículo 7, apartado 1, de la misma Ley, una serie de requisitos que carecen de la claridad necesaria para garantizar la seguridad jurídica;
  - al haber exigido, en el artículo 8 de la mencionada Ley, que se conserven en Luxemburgo, en manos de un mandatario *ad hoc*, los documentos necesarios para el control.
15. Asimismo, la Comisión instó al Gran Ducado de Luxemburgo a que, en un plazo de dos meses desde la notificación del dictamen motivado, tomase las medidas necesarias para atenerse a éste.
16. Mediante escrito de 22 de diciembre de 2005, el Gobierno luxemburgués solicitó una ampliación de este plazo, a fin de poder exponer su postura. Sin embargo, el dictamen motivado de la Comisión quedó incontestado. Ante esto, la Comisión interpuso recurso por incumplimiento.

#### **IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y alegaciones de las partes**

17. En su escrito de interposición de recurso, registrado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 20 de julio de 2006, la Comisión solicita que el Tribunal de Justicia que:

- Declare que el Gran Ducado de Luxemburgo,
- Condene en costas al Gran Ducado de Luxemburgo.

1) al haber declarado que lo dispuesto en los puntos 1, 2, 8 y 11 del artículo 1, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 son normas de policía que forman parte del «orden público nacional»;

2) al haber adaptado de forma incompleta su Derecho interno al artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 96/71 mediante el artículo 1, apartado 1, punto 3, de la citada Ley;

3) al haber establecido, en el artículo 7, apartado 1, de la misma Ley, una serie de requisitos que carecen de la claridad necesaria para garantizar la seguridad jurídica;

4) al haber exigido, en el artículo 8 de la mencionada Ley, que se conserven en Luxemburgo, en manos de un mandatario *ad hoc*, los documentos necesarios para el control;

ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71 así como de los artículos 49 CE y 50 CE.

18. En su contestación a la demanda, presentada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 5 de octubre de 2006, el Gobierno luxemburgués solicita la desestimación del recurso por infundado y la imposición de las costas a la Comisión.

19. Con el trámite de réplica de la Comisión, de 10 de noviembre de 2006, y de dúplica del Gobierno luxemburgués, de 12 de enero de 2007, se cerró la fase escrita del procedimiento. No se celebró vista oral.

## V. Principales alegaciones de las partes

20. La Comisión apoya su recurso en cuatro imputaciones hechas contra la normativa adoptada por el Gran Ducado de Luxemburgo para adaptar su Derecho interno a la Directiva 96/71.

A. *Sobre la primera imputación: adaptación incorrecta del ordenamiento jurídico interno al artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71*

21. La *Comisión* imputa al Gran Ducado de Luxemburgo haber adaptado de forma incorrecta su ordenamiento jurídico a la Directiva 96/71 y censura con esta primera imputación cuatro disposiciones contenidas en la Ley de 20 de diciembre de 2002. En su opinión, el Gran Ducado de Luxemburgo, al declarar, de forma contraria a Derecho, todos los preceptos nacionales como disposiciones de orden público, impone a las empresas que desplazan trabajadores a Luxemburgo obligaciones que sobrepasan lo previsto en la Directiva 96/71. En su opinión, la adaptación del Derecho interno se basa en una interpretación demasiado amplia del concepto de «disposiciones de orden público» contenido en el artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71. La *Comisión* alega que tales disposiciones deben interpretarse de acuerdo con la Declaración n° 10 sobre la Directiva 96/71, que viene a precisar este concepto.

— Exigencia de contrato de trabajo escrito o de un documento equivalente según lo dispuesto en la Directiva 91/533 (artículo 1, apartado 1, punto 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002)

22. Esta imputación se refiere, en primer lugar, a la obligación que establece el legislador nacional de desplazar únicamente trabajadores que estén vinculadas a las empresas por un contrato de trabajo escrito o por un documento equivalente en virtud de lo dispuesto en la Directiva 91/533. La *Comisión* opina que, en caso de desplazamiento

de trabajadores, el control del cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Directiva 91/533 no incumbe al Estado de acogida, sino sólo a las autoridades del Estado de establecimiento, que deberá adaptar su ordenamiento jurídico a la Directiva.

— Adaptación automática de la retribución a la evolución del coste de la vida (artículo 1, apartado 1, punto 2, de la Ley de 20 de diciembre de 2002)

23. La *Comisión* defiende la tesis de que la exigencia del legislador nacional luxemburgués de adaptar automáticamente la retribución a la evolución del coste de la vida contradice la Directiva 96/71, en la que sólo se prevé una regulación de las cantidades del salario mínimo por parte del Estado desde el que se desplaza el trabajador.

— Observancia de la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado (artículo 1, apartado 1, punto 8, de la Ley de 20 de diciembre de 2002)

24. En opinión de la *Comisión*, la Directiva 96/71 no permite al Estado de origen imponer a las empresas que desplazan trabajadores su regulación legislativa en materia de trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado.

— Observancia de los convenios colectivos de trabajo (artículo 1, apartado 1, punto 11, de la Ley de 20 de diciembre de 2002)

25. La *Comisión* alega que los convenios colectivos de trabajo, independientemente de su contenido material, no pueden erigirse en disposiciones de «orden público nacional».

26. El *Gobierno luxemburgués* se remite en gran medida a las alegaciones expuestas en su respuesta al escrito de requerimiento, emitida el de 30 de agosto de 2004, según las cuales las normas contenidas en el artículo 1 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 constituyen disposiciones de orden público, dado que tienen como finalidad la protección de los trabajadores. Si bien el *Gobierno luxemburgués* considera en el fondo acertada la remisión hecha por la *Comisión* a la Declaración nº 10 sobre la Directiva 96/71, recuerda que la mencionada declaración no fue publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, por lo que, en su opinión, no puede invocarse como criterio de interpretación. En cualquier caso, el *Gobierno luxemburgués* ve justificadas las disposiciones del artículo 1 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 por razones imperiosas de interés general. Por último, el *Gobierno luxemburgués*, en apoyo de su argumentación, se remite al procedimiento legislativo que condujo a la *Comisión* a la Propuesta de Directiva sobre la prestación de servicios en el mercado interior.<sup>5</sup>

5 — Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, de 4 de abril de 2006, COM(2006) 160 final.

B. *Sobre la segunda imputación: adaptación incompleta del ordenamiento jurídico luxemburgués al artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 96/71*

27. El *Gobierno luxemburgués* reconoce haber adaptado de forma incompleta su ordenamiento jurídico a la Directiva 96/71 y alude a una reforma legislativa de 19 de mayo de 2006.

28. La *Comisión* alega no haber recibido ninguna información al respecto.

C. *Sobre la tercera imputación: falta de claridad respecto a las medidas de control*

29. En opinión de la *Comisión*, el artículo 7, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 carece de una formulación suficientemente clara que garantice a las empresas que deseen desplazar trabajadores a Luxemburgo la necesaria seguridad jurídica. Al incrementar el riesgo de estas empresas de incumplir la ley, este régimen supone una restricción injustificada a la libre prestación de servicios. En cualquier caso, la obligación de poner a disposición de las autoridades de inspección de trabajo y de minas, antes de que comience el trabajo, mediando un simple requerimiento y lo antes posible, la información esencial indispensable para proceder al control, equivale a un deber de notificación previa, incompatible con el artículo 49 CE.

30. Por su parte, el *Gobierno luxemburgués* considera que el texto legal es suficientemente claro. Alega que, en cualquier caso, la formulación del artículo 7, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 no lleva aparejada la exigencia de una notificación previa.

el domicilio de un mandatario sólo se exige para el día en que comiencen a prestarse los servicios.

## VI. Apreciación jurídica

### D. Sobre la cuarta imputación: exigencia de un mandatario *ad hoc*

31. La *Comisión* entiende que el nombramiento de un mandatario *ad hoc*, residente en Luxemburgo, cuya función consiste en conservar, durante un tiempo, incluso más allá del de la prestación de los servicios propiamente dicha, los documentos necesarios para el control de las obligaciones que incumben a estas empresas, previsto en el artículo 8 de la Ley de 20 de diciembre de 2002, constituye una restricción a la libre prestación de servicios. En opinión de la *Comisión*, este deber no es sólo superfluo habida cuenta de la cooperación en materia de información prevista en el artículo 4 de la Directiva 96/71, sino que además ocasiona costes a las empresas afectadas.

32. El *Gobierno luxemburgués* opone que el sistema de cooperación en materia de información alegado por la *Comisión* no permite a las autoridades administrativas competentes llevar a cabo los controles con la eficiencia necesaria. Por otra parte, la Ley de 20 de diciembre de 2002 no impone ninguna forma jurídica determinada para el ejercicio de la función de mandatario. Asimismo, con independencia de la fecha del desplazamiento, el depósito de los documentos necesarios en

### A. Observaciones preliminares

#### 1. Teleología de la Directiva 96/71

33. La Directiva 96/71 establece la aplicación a los trabajadores desplazados de determinadas condiciones de trabajo y empleo imperativas en el Estado de acogida. Mediante la fijación de estas condiciones mínimas de trabajo y empleo se pretende la consecución de tres objetivos muy diferentes: evitar distorsiones de la competencia, defender los derechos de los trabajadores desplazados y eliminar los obstáculos e imprecisiones que dificulten la libre prestación de los servicios.

34. El punto de partida de las reflexiones de la *Comisión* y del Consejo era la libre prestación de servicios reconocida en el artículo 49 CE, la cual incita a un número cada vez mayor de empresas a desplazar sus trabajadores temporalmente para trabajar en el territorio de un Estado miembro distinto

del Estado en el que trabajan habitualmente. Según las reflexiones del legislador comunitario que aprobó la Directiva, el fomento de la libre prestación de servicios requiere un clima de competencia leal y la adopción de medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores.<sup>6</sup> Debido a las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de condiciones de trabajo establecidas por disposiciones legislativas imperativas, puede darse la situación de que para los trabajadores desplazados resulten aplicables salarios más bajos y otras condiciones laborales diferentes a las del Estado de acogida. Esto repercute sobre la competencia leal entre las empresas y sobre el principio de la igualdad de trato entre las empresas nacionales y extranjeras, lo cual resulta inaceptable desde un punto de vista social. Aplicando un «núcleo duro» del Derecho del trabajo del Estado de acogida indistintamente a las empresas nacionales y extranjeras se pretende evitar semejantes distorsiones de la competencia.

35. Al mismo tiempo se pretende solucionar los problemas relativos al Derecho aplicable a la relación individual de trabajo planteados por la transnacionalización de dicha relación.<sup>7</sup> En la medida en que determina qué disposiciones nacionales deben regir en el marco del desplazamiento de trabajadores como normas de policía en el sentido del artículo 7 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, la Directiva 96/71 pretende fijar de ante-

mano las condiciones de trabajo aplicables y aumentar así la seguridad jurídica.<sup>8</sup>

## 2. Marco jurídico

36. En relación con el marco sustantivo a la luz del cual el Tribunal de Justicia debe apreciar la compatibilidad de las disposiciones controvertidas del Derecho nacional luxemburgués con la normativa comunitaria, quisiera precisar que la Directiva 96/71 sólo da lugar a una armonización parcial en materia de desplazamiento de trabajadores.<sup>9</sup> Dicha Directiva debe considerarse en

8 — En los considerandos séptimo a undécimo de la Directiva 96/71 se alude a la relación con el Convenio de Roma, cuyo artículo 6 regula los contratos y las relaciones individuales de trabajo. Determinante según este artículo es —sea como límite a la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable, sea como ley objetivamente aplicable al contrato— «la ley del país en el que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país» [artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma]. Este precepto se ve modificado por la Directiva 96/71 en el sentido de que las condiciones de trabajo y empleo determinantes serán las del Estado en el que se realiza el trabajo, siempre que la ley objetivamente aplicable al contrato de trabajo en virtud del artículo 6 del Convenio de Roma no prevea condiciones más ventajosas. En opinión de Jayme, E./Kohler, C., «Europäisches Kollisionsrecht 1997 — Vergemeinschaftung durch "Säulenwechsel"», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, año 17, n.º 6, 1997, p. 400, la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores puede entenderse como una normativa de concreción de las «leyes de policía» en el sentido del artículo 7 del Convenio de Roma, dado que el décimo considerando de esta directiva se remite expresamente al mismo.

9 — Véanse las conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 23 de febrero de 2006 en el asunto Comisión/Austria (sentencia de 21 de septiembre de 2006, C-168/04, Rec. I-9041), punto 28. El desplazamiento de trabajadores no está sometido aún a ninguna armonización. Según el octogésimo sexto considerando 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 (DO L 376, p. 36), queda expresamente excluido de su ámbito de aplicación. Una propuesta de la Comisión relativa a la eliminación de barreras burocráticas y a la obligación de los Estados miembros de colaborar en el marco del desplazamiento de trabajadores nacionales de los Estados miembros y nacionales de Estados terceros, fue eliminada del anterior borrador de Directiva por iniciativa del Parlamento Europeo y del Consejo. A este respecto, véase la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2006, COM(2006) final, pp. 15 y 16.

6 — Véase el quinto considerando.

7 — Véase el sexto considerando.

primera línea como una norma de conflicto del Derecho del trabajo comunitario, relativa a las características y condiciones de la relación laboral de los trabajadores desplazados.<sup>10</sup> La Directiva 96/71 no regula por el contrario los aspectos relacionados con la entrada y residencia en el territorio del Estado miembro de acogida,<sup>11</sup> de manera que las restricciones a la libre prestación de servicios en el marco del desplazamiento transfronterizo de trabajadores también deben medirse de acuerdo con los preceptos pertinentes del Tratado, y especialmente, con el artículo 49 CE.

10 — Schmidt, M., *Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 2001, p. 254, 259, defiende la tesis de que la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores no armoniza las condiciones de trabajo sino que sólo limita la libertad de elección del Derecho aplicable. Däubler, W., «Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, p. 614, señala que la Directiva 96/71 se basa especialmente en el artículo 57, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 47 CE, apartado 2, tras su modificación) y en el artículo 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE). El artículo 66 del Tratado de CE remite a las posibilidades de configuración y restricción existentes en materia de libertad de establecimiento y dispone que éstas deberán aplicarse en materia de libre prestación de servicios. Según el artículo 57, apartado 2, del Tratado CE, el Consejo podrá aprobar directivas con el fin de coordinar la normativa material y las normas de policía para facilitar el ejercicio de las libertades fundamentales (establecimiento y prestación de servicios). Desde un punto de vista objetivo, mantiene, esto ha tenido lugar. La Directiva coordina los requisitos laborales que deben respetar los prestadores de servicios. Forgó, K., «Aktuelles zur Entsenderichtlinie», *ecolex* 1996, p. 818, explica que la Directiva 96/71 elimina las diferencias que originan las divergentes normas de conflicto. Sin embargo, las diferencias originadas por las distintas regulaciones materiales del Derecho del trabajo en los Derechos nacionales persisten tras la entrada en vigor de la Directiva 96/71, ya que ésta no prevé ninguna armonización material. Borgmann, B., «Kollisionsrechtliche Aspekte des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1996, p. 319, ve en la Directiva 96/71 una coordinación de las normas imperativas internacionales del Derecho del trabajo. En el punto 58 de sus conclusiones de 23 de mayo de 2007, presentadas en el asunto Laval un Partneri (C-341/05), actualmente pendiente ante el Tribunal de Justicia, el Abogado General Mengozzi declara que la Directiva 96/71 tiene por objeto coordinar las normas de conflicto de los Estados miembros para determinar el Derecho nacional aplicable a una prestación de servicios transfronteriza en un supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores dentro de la Comunidad, sin armonizar las normas materiales de los Estados miembros relativas al Derecho laboral y a las condiciones de trabajo y empleo que afectan, en particular, a la cuantía del salario, o el derecho a recurrir a las medidas de conflicto colectivo.

11 — Véanse las conclusiones del Abogado General Geelhoed, presentadas el 15 de septiembre de 2005 en el asunto Comisión/Alemania (sentencia de 19 de enero de 2006, C-244/04, Rec. p. I-885), punto 6.

37. Respecto al control judicial de la compatibilidad con el Derecho comunitario de una medida nacional en el marco de un procedimiento por incumplimiento a tenor del artículo 226 CE, lo expuesto implica en el asunto de autos que debe analizarse en cada caso concreto si el incumplimiento alegado afecta únicamente a la Directiva 96/71 o, si por el contrario, afecta directamente al artículo 49 CE. Si las regulaciones estatales sobre prestaciones laborales transnacionales infringen la Directiva, se descarta la aplicación del Tratado, aunque, al ser su base jurídica, toda infracción de la Directiva implica, por ende, la del Tratado. Pero, si contravienen directamente el Tratado, escapando al detalle de la Directiva que lo desarrolla, la única referencia posible radica en el propio Tratado.<sup>12</sup>

38. En lo que atañe al reparto procesal de la carga expositiva de los hechos y de la prueba, debe indicarse que en el marco de un recurso por incumplimiento a tenor del artículo 226 CE, incumbe a la Comisión probar que se produjo este incumplimiento. La Comisión debe, además, facilitar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin que la Comisión pueda basarse en ninguna presunción<sup>13</sup>. El Estado miembro contra el que se

12 — En este sentido, véanse también las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 14 de diciembre de 2006 en el asunto Comisión/Alemania (sentencia de 18 de julio de 2007, C-490/04), punto 28, así como las conclusiones presentadas en el asunto Laval un Partneri, citadas en la nota 10 *supra*, puntos 144 a 163.

13 — Sentencias de 12 de mayo de 2005, Comisión/Bélgica (C-287/03, Rec. p. I-3761), apartado 27; de 14 de abril de 2005, Comisión/Alemania (C-341/02, Rec. p. I-2733), apartado 35; de 29 de mayo de 2001, Comisión/Italia (C-263/99, Rec. p. I-4195), apartado 27; de 8 de marzo de 2001, Comisión/Alemania (C-68/99, Rec. p. I-1865), apartado 38; de 23 de octubre de 1997, Comisión/Francia (C-159/94, Rec. p. I-5815), apartado 102, y de 25 de mayo de 1982, Comisión/Países Bajos (96/81, Rec. p. 1791), apartado 6.



interpuso un recurso por incumplimiento debe impugnar de forma sustancial y detallada los datos presentados y las consecuencias derivadas de los mismos<sup>14</sup>.

## B. Examen de los motivos del recurso

### Sobre la primera imputación

39. En la medida en que la Comisión imputa una adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71, esta imputación tiene como objeto, en primera línea, una violación de una norma de Derecho derivado.

### 1. Concepto de orden público en el artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71

40. El Gobierno luxemburgués alega haber hecho uso de la facultad reconocida en el artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71 al declarar como normas imperativas de Derecho interno todas las disposiciones relativas a las materias enumeradas en el artículo 1, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002. El mencionado artículo de la Directiva permite a los Estados miembros ampliar el catálogo de regulación a otras

condiciones de trabajo y empleo cuando las condiciones añadidas constituyan disposiciones de orden público.<sup>15</sup> Este artículo también posibilita extrapolar los preceptos relativos a las condiciones de trabajo y empleo reguladas en los convenios colectivos y laudos arbitrales de aplicación general a otras actividades distintas a los trabajos de construcción enumerados en el anexo.

41. No obstante, los Estados miembros no pueden hacer uso ilimitado de esta autorización, debiendo respetar especialmente las libertades fundamentales afectadas y la finalidad perseguida con la Directiva.<sup>16</sup> Esto se explica tanto por la primacía de la libre prestación de servicios, a cuya realización pretende contribuir la Directiva 96/71, tal como se infiere de su quinto considerando, como con el principio de interpretación restrictiva de las excepciones a las libertades

15 — Durante las negociaciones en el Consejo, especialmente el Reino Unido, Irlanda y Portugal se pronunciaron en contra de una lista abierta argumentado que una lista de esta naturaleza contradice el objetivo de la Directiva de conseguir claridad y aumentar la seguridad jurídica. (Agence Europe, año 43, n° 6449, de 27 y 28 de marzo de 1995).

16 — En este sentido, véase Fuchs, M./Marhold, F., *Europäisches Arbeitsrecht*, 2ª ed., Viena 2006, p. 322. Borgmann, B., «Kollisionsrechtliche Aspekte des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes», nota 10 *supra*, p. 316, admite la tesis de que los Estados miembros pueden debilitar la impopular competencia ejercida por empresas establecidas en Estados con bajos costes de mano de obra a través del «endurecimiento» de sus normas internacionales imperativas. Eso sí, deben hacerlo respetando las prescripciones del Derecho comunitario. Görres, S., *Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung in der EU*, Viena/Graz 2003, p. 122, considera que un recurso al artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71 exige que las condiciones de trabajo y empleo controvertidas del Estado miembro sean normas de orden público que no incumplan los preceptos del Tratado. Los autores admiten, por lo tanto, que a la hora de recurrir al artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71 deben respetarse ciertos límites, entre los que necesariamente se encuentran no sólo la libre prestación de servicios deseada sino también los objetivos propuestos por el legislador comunitario al aprobar la Directiva. En el punto 212 de sus conclusiones presentadas el 23 de mayo de 2007 en el asunto Laval un Partneri (ciudadanas en la nota 10 *supra*) el Abogado General Mengozzi defiende la tesis de que la pertenencia de las normas nacionales a la categoría de disposiciones de orden público o de leyes de policía y de seguridad no las exime del respeto a las disposiciones del Tratado, tal como se desprende del artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71 y de la jurisprudencia relativa al artículo 49 CE.

14 — Sentencia de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Grecia (272/86, Rec. p. 4875), apartado 21.

fundamentales.<sup>17</sup> Esto último ha sido destacado expresamente en reiteradas ocasiones por el Tribunal de Justicia respecto a la reserva de orden público.<sup>18</sup>

42. En lo que al concepto de orden público se refiere, se trata de un concepto autónomo del Derecho comunitario que codetermina el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales y, por lo tanto, debe definirse de forma autónoma y no inspirándose en un ordenamiento jurídico nacional o en varios de ellos.<sup>19</sup> Como tal, está sometido a la interpretación por parte del Tribunal de Justicia, de manera que los Estados miembros no podrán determinar su alcance

unilateralmente sin sujeción al control de las instituciones de la Comunidad.<sup>20</sup> Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que circunstancias especiales justifiquen la invocación del concepto del orden público, de manera, que, bajo ciertas condiciones, debe concederse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado.<sup>21</sup>

43. No obstante, sin perjuicio de estos principios generales comunes, es posible atribuir al concepto de orden público diferentes significados, que dependen de su ubicación sistemática en el Derecho comunitario y de la función de la respectiva norma.<sup>22</sup> En el asunto de autos el concepto de orden público, según se perfila en el artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71, despliega la eficacia de una cláusula de excepción, dado que sólo permite una ampliación del núcleo de normas de protección mínima garantizado por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71 bajo determinadas condiciones.

17 — Véase, en relación con las limitaciones de la libertad de prestación de servicios y de establecimiento el punto 143 de las conclusiones presentadas el 16 de mayo de 2006 por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en los asuntos acumulados Placanica, Palazzese y Sorricchio (sentencia de 6 de marzo de 2007, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891). Georgiadis, N., *Derogation clauses: the protection of national interests in EC law*, Bruselas 2006, p. 72, señala que todas las cláusulas de excepción, especialmente la cláusula de orden público quedan sometidas al principio de interpretación restrictiva. En opinión de Wichmann, J., *Dienstleistungsfreiheit und grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern*, Francfort del Meno 1998, pp. 104 y 105, pueden argumentarse consideraciones sistemáticas en contra de la interpretación extensiva. En efecto, de su condición de norma de excepción contractual ya se infiere que la cláusula de orden público debe interpretarse restrictivamente. La invocación del orden público presupone que se vean afectados intereses soberanos esenciales del Estado miembro.

18 — Por su parte, el Tribunal de Justicia siempre ha destacado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de libre circulación de personas, que, como todas las excepciones a un principio del Tratado, debe entenderse en sentido estricto y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente. Véanse las sentencias de 26 de febrero de 1975, Bonsignore (67/74, Rec. p. 297), apartado 6; de 28 de octubre de 1975, Rutili (36/75, Rec. p. 1219), apartado 27; de 27 de octubre de 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999), apartado 33; de 19 de enero de 1999, Calfa (C-348/96, Rec. p. I-11), apartado 23; de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri (C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257), apartados 64 y 65; de 31 de enero de 2006, Comisión/España (C-503/03, Rec. p. I-1097), apartado 45; de 27 de abril de 2006, Comisión/Alemania (C-441/02, Rec. p. I-3449), apartado 34, y de 7 de junio de 2007, Comisión/Países Bajos (C-50/06, Rec. p. I-4383), apartado 42.

19 — Sentencias de 2 de abril de 1998, EMU Tabac y otros (C-296/95, Rec. p. I-1605), apartado 30, y de 23 de marzo de 1982 (53/81, Rec. p. 1035), apartados 10 a 12.

20 — Según una jurisprudencia reiterada, la utilización por una autoridad nacional del concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse las sentencias citadas en la nota 18 *supra*, Rutili, apartado 28; Bouchereau, apartado 35; Orfanopoulos y Oliveri, apartado 66; Comisión/España, apartado 46; Comisión/Alemania, apartado 35, y Comisión/Países Bajos, apartado 43).

21 — Véase la sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, Rec. p. 1337), apartados 18 y 19.

22 — Este concepto se encuentra en numerosas disposiciones comunitarias, entre las que, en el plano del Derecho primario, han adquirido especial relevancia el artículo 30 CE, el artículo 39 CE, apartado 3, el artículo 46 CE, el artículo 55 CE y el artículo 58 CE, apartado 1, letra b), concebidos como «límites a las libertades fundamentales» que, bajo ciertas condiciones, permiten restricciones a las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales garantizadas por el Derecho primario. Asimismo, el concepto de orden público es utilizado en el Derecho derivado bien como cláusula de excepción, bien como criterio interpretativo y de concreción (véase al respecto Schneider, H., *Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag*, Baden-Baden 1998, p. 53).

44. Respecto a los requisitos exactos exigidos para recurrir a esta autorización, el concepto de orden público fue objeto de una precisión mediante la Declaración nº 10 del Consejo y de la Comisión emitida con motivo de la adopción de la Directiva 96/71, en el sentido de que «debería considerarse que la expresión “disposiciones de orden público” abarca las disposiciones obligatorias a las que no puede hacerse excepción y que, por su naturaleza y objetivo, responden a exigencias imperativas del interés público.»

45. En mi opinión, nada se opone a una interpretación del artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71 a la luz de esta Declaración. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una declaración que figure en el acta del Consejo en el momento de adoptarse una norma de Derecho derivado puede ser tomada en cuenta para su interpretación excepto cuando el contenido de la declaración no figure de modo alguno en el texto de la disposición de que se trata y por lo tanto carezca de relevancia jurídica alguna<sup>23</sup>. A tal respecto, debe indicarse que la Declaración nº 10 no contradice el concepto de orden público, sino más bien contribuye a determinar el contenido de la cláusula de excepción. Con su remisión a las «exigencias imperativas de interés general» es asimismo conforme con la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia, aplicable también a los supuestos de desplazamiento transfronterizo de trabajadores, relativa a las barreras intrínsecas de las libertades fundamentales. En contra de las alegaciones hechas por el

Gobierno luxemburgués, el hecho de que la Declaración nº 10 no haya sido publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* no merma su relevancia jurídica, toda vez que el Gobierno luxemburgués, en calidad de representante constitucional de un Estado miembro representado a su vez en el Consejo debe admitir haber tenido conocimiento de las declaraciones interpretativas emitidas por este órgano<sup>24</sup> en el marco del procedimiento legislativo. Por consiguiente, debe admitirse el recurso a la Declaración nº 10 como criterio de interpretación.

46. Sobre la base de las consideraciones precedentes soy de la opinión de que no debe permitirse a los Estados miembros exigir a las empresas establecidas en otros Estados miembros la observancia de todas las disposiciones vinculantes de su Derecho del trabajo.<sup>25</sup> En aras de la más amplia realización posible de la libre prestación de servicios debe afirmarse, de acuerdo con la Comisión, que las únicas disposiciones que pueden considerarse como tales son las condiciones de trabajo y empleo establecidas mediante ley que resulten irrenunciables para el ordena-

23 — Sentencias de 23 de febrero de 1988, Comisión/Italia (429/85, Rec. p. 843), apartado 9; de 26 de febrero de 1991, Antonissen (C-292/89, Rec. p. I-745), apartado 18; de 29 de mayo de 1997, VAG Sverige (C-329/95, Rec. p. I-2675), apartado 23; de 3 de diciembre de 1998, Generics (UK) y otros (C-368/96, Rec. p. I-7967), apartados 25 a 28.

24 — Una reticencia frente a la Declaración nº 10, a pesar de ser ésta atribuible al Consejo como órgano y por ende, entre otros, también al Gobierno luxemburgués, atentaría contra el principio de *venire contra factum proprium nemini licet*, según el cual nadie puede ir contra sus propios actos.

25 — Véanse, en particular, las sentencias de 24 de enero de 2002, Portuguesa Construções (C-164/99, Rec. p. I-787), apartado 17 y de 15 de marzo de 2001, Mazzoleni e ISA (C-165/98, Rec. p. I-2189), apartado 23, en las que el Tribunal de Justicia declara que un Estado miembro no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento, so pena de privar de eficacia a las disposiciones del Tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios.

miento jurídico de los Estados miembros.<sup>26</sup> Habrá de examinarse en cada caso concreto si los preceptos controvertidos cumplen o no con este requisito.

2. Las disposiciones del artículo 1, apartado 1, puntos 1, 2, 8 y 11, de la Ley de 20 de diciembre de 2002

— Exigencia de un contrato de trabajo escrito o de documento equivalente según lo dispuesto en la Directiva 91/533

47. Respecto a la exigencia de un contrato de trabajo escrito o de documento equivalente según lo dispuesto en la Directiva 91/533 que

26 — Wolfsgruber, C., *Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern*, Viena 2001, p. 42, no menciona la Declaración nº 10. Sin embargo, la autora mantiene que el concepto de orden público en el artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 46 CE, apartado 1, debe interpretarse restrictivamente. Una ampliación de las condiciones de trabajo y empleo del Estado de acogida sólo es, pues, posible si «existe una amenaza grave, real y suficiente para los intereses fundamentales de la sociedad». Däubler, W., «Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht», citado en la nota 10 *supra*, p. 615, señala que de ninguna manera se extienden a prestadores de servicios procedentes de otros Estados miembros todas las condiciones de trabajo derivadas de convenios colectivos que rigen para las empresas nacionales. Al contrario, dice, de lo que se trata es del salario mínimo y del período mínimo de vacaciones, de manera que otros conceptos, como, por ejemplo, el salario más alto de un trabajador especializado, los complementos habituales, un plan de pensiones de empleo etc., no son tenidos en cuenta. De ello se infiere que si bien la Directiva 96/71 pretende fijar un núcleo de normas mínimas de protección, al mismo tiempo quiere evitar en la medida de lo posible restricciones a la libre prestación de servicios basadas en consideraciones de orden público.

establece el artículo 1, apartado 1, punto 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, procede dar la razón a la Comisión cuando afirma que, en principio, no incube al Estado de recepción el control de la observancia de las disposiciones de la Directiva 91/533.

48. La Directiva 91/533 tiene como objeto la armonización de las normas relativas a la forma de las relaciones de trabajo aprobadas por algunos Estados miembros ante la creciente diversificación de éstas y con el fin de proteger a los trabajadores del desconocimiento de sus derechos, así como en aras de una configuración transparente de estas relaciones de trabajo.<sup>27</sup> Entre las mencionadas normas se encuentra la evocada por las partes, relativa a la prueba de haber cumplido con la obligación de informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral que el artículo 2, apartado 1, en relación con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 91/533 impone al empresario, así como con el deber de informarle de las condiciones de su desplazamiento al extranjero de acuerdo con el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 91/533. El empresario cumple con su obligación cuando expide los documentos

27 — La Directiva 91/533 tiene al mismo tiempo como objetivo la implantación del punto 9 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, según el cual todo asalariado de la Comunidad Europea tiene derecho a que se definan sus condiciones de trabajo por ley, por un convenio colectivo o por un contrato de trabajo según las modalidades propias de cada país.

con las informaciones necesarias y se los entrega al trabajador antes de su partida.<sup>28</sup>

49. Según el último considerando de la mencionada Directiva, «los Estados miembros deberán adoptar las disposiciones legales reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva o cerciorarse de que los interlocutores sociales establezcan por vía convencional las disposiciones necesarias, debiendo adoptar el Estado miembro todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados impuestos por la presente Directiva». Tal como se desprende del tenor literal del citado considerando, la obligación de los Estados miembros de adaptar su Derecho interno a la Directiva va más allá de una mera actividad legislativa y se extiende a la imposición del cumplimiento de estas disposiciones, incluido el control de su observancia. La misma obligación incumbe al Estado miembro en caso de desplazamiento de trabajadores, en el que, en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 91/533, debe garantizarse que el trabajador recibe previamente información adicional sobre las condiciones de su desplazamiento. Si el Estado desde el que se desplaza

el trabajador ya ha hecho uso de sus facultades de control, no queda margen, en virtud de la armonización que conlleva la Directiva 91/533, para una eventual competencia del Estado de acogida.

50. Tal competencia no se infiere tampoco de la Directiva 91/533. Como tampoco puede fundarse en el hecho de que el Gran Ducado de Luxemburgo haya declarado como normas de protección del orden público la observancia de las mencionadas obligaciones de información. Una exigencia como la prevista en el artículo 1, apartado 1, punto 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, no es susceptible de enmarcarse en el núcleo de condiciones de trabajo y empleo del ordenamiento jurídico comunitario fijado por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71. Debe respetarse la decisión legislativa de no incluir estas obligaciones de información previstas en la Directiva 91/533 en el catálogo del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71.<sup>29</sup>

28 — Según lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, en relación con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 91/533 el empresario deberá informar al trabajador por escrito, en un plazo de dos meses desde el comienzo del trabajo, sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral. El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 91/533 fija un contenido mínimo de la obligación de información. Adicionalmente, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 91/533 dispone que en caso de que el trabajador tenga que ejercer normalmente su trabajo en uno o varios países distintos del Estado miembro a cuya legislación o práctica estén sujetos el contrato o la relación laboral, el documento escrito deberá indicar a) la duración del trabajo ejercido en el extranjero, b) la divisa en que se pagará la retribución, c) en su caso, las ventajas en metálico y en especie ligadas a la expatriación y d) en su caso, las condiciones de repatriación del trabajador, siendo posible también en estos casos que la información sobre la divisa en que se pagará la retribución así como sobre las ventajas en metálico y en especie ligadas a la expatriación pueda derivarse, en su caso, de una referencia a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulen las materias correspondientes. Estos documentos deberán estar en posesión del trabajador antes de su partida. Véase al respecto, Fuchs, M./Marhold, F., *Europäisches Arbeitsrecht*, nota 16 *supra*, pp. 76 y ss.

51. Finalmente, deben desestimarse como irrelevantes para el estudio de esta imputación las alegaciones hechas por el Gobierno luxemburgués relativas al procedimiento legislativo que condujo a la adopción de la Directiva 2006/123. La ley luxemburguesa controvertida, Ley de 20 de diciembre de 2002, no presenta ningún vínculo material ni temporal con la Directiva 2006/123. La mencionada ley se limita a adaptar el Derecho interno luxemburgués a la Directiva 96/71.

29 — Sobre la relación jurídica entre la Directiva 96/71 y la Directiva 2006/123 véase la nota 9 *supra*.

— Adaptación automática de la retribución a la evolución del coste de la vida

52. En lo que respecta a la adaptación automática de la «retribución» a la evolución del coste de la vida, prevista en el artículo 1, apartado 1, punto 2, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, el Gobierno luxemburgués alega que ésta tiene como finalidad la protección de los trabajadores y que contribuye al mantenimiento de la paz social en Luxemburgo. Argumenta asimismo que tal adaptación automática está implícitamente prevista en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71.

53. Con todo, la imputación hecha por la Comisión no se dirige contra el carácter automático de este mecanismo, sino contra el hecho indiscutido de que según el Derecho interno luxemburgués se produce una adaptación general de la «retribución», la cual comprende tanto los salarios reales como las cuantías de salario mínimo. En su escrito de 30 de agosto de 2004 el Gobierno luxemburgués ya había alegado que, según el Derecho interno luxemburgués, el salario mínimo también queda sometido al mecanismo de adaptación general. En opinión de la Comisión, esto no se corresponde con las prescripciones del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 96/71, donde sólo se alude a las «cuantías de salario mínimo».

54. Debe darse la razón a la Comisión cuando afirma que el tenor literal de la norma luxemburguesa de adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Directiva 96/71 difiere del de esta última. Para analizar si una disposición del Derecho interno contradice la normativa comunitaria debe tenerse en cuenta la interpretación que de aquella

realizan los órganos jurisdiccionales nacionales.<sup>30</sup> Sin embargo, el tenor literal del artículo 1, apartado 1, punto 2, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 no es ambiguo ni admite una interpretación contraria al Derecho comunitario. En la medida en que atendiendo a criterios de interpretación objetiva la Ley de 20 de diciembre de 2002 debe interpretarse en el sentido de que tiene lugar una adaptación general de la retribución a la evolución del coste de la vida, que asimismo redundará en beneficio de los salarios mínimos, el artículo 1, apartado 1, punto 2, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 cumple las prescripciones comunitarias previstas en el artículo 3, apartado 1, letra c) de la Directiva 96/71. Por lo tanto, la alegación hecha por la Comisión debe desestimarse por infundada.

— Observancia de la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado

55. La exigencia de observancia de la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado definida en el artículo 1, apartado 1, punto 8, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, no es susceptible de clasificación en

30 — Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2ª ed., Londres 2006, apartado 5-056, p. 162, señalan que el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales debe apreciarse a la luz de la interpretación que de las mismas realizan los órganos jurisdiccionales nacionales. Si una disposición nacional admite diferentes interpretaciones —una contraria a la normativa comunitaria y otra conforme con la misma—, incumbe a la Comisión probar que los órganos jurisdiccionales nacionales no interpretan la disposición en cuestión en consonancia con la normativa comunitaria. En el presente asunto el tenor del artículo 1, apartado 1, punto 2, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, es, sin embargo, inequívoco y no admite ninguna otra interpretación que pudiera sugerir un incumplimiento del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 91/533.

ninguna de las categorías enumeradas en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71, sino que va más allá del núcleo de condiciones de trabajo y empleo comunitarias. Dado que se apoya en la autorización recogida en el artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71, debe someterse a un examen del concepto de orden público en el sentido de la Declaración nº 10, cuyo contenido refleja, en esencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 49 CE.<sup>31</sup>

56. Según reiterada jurisprudencia, 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 también suprimir 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.<sup>32</sup> De acuerdo con esta definición, para calificar la regulación luxemburguesa del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado de restrictiva de la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE, es suficiente que esta regulación sea más estricta que la aplicable en el Estado desde el que se desplazan los trabajadores, y, por lo tanto, haga menos interesante la pres-

tación de servicios en Luxemburgo para las empresas extranjeras.

57. El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado de destino, 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.<sup>33</sup>

58. En opinión del Gobierno luxemburgués, el artículo 1, apartado 1, punto 8, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 persigue la igualdad de trato y de retribución de los trabajadores, es decir, el objetivo legítimo comunitario de la protección de los trabajadores. Según declara el Gobierno luxemburgués, esta regulación pretende proteger determinados derechos de los trabajadores, que ya están garantizados en el ordenamiento jurídico

31 — Véase el punto 45 de las presentes conclusiones.

32 — Sentencias de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221), apartado 12; de 9 de agosto de 1994, Vander Elst (C-43/93, Rec. p. I-3803), apartado 14; de 28 de marzo de 1996, Guiot (C-272/94, Rec. p. I-1905), apartado 10; de 12 de diciembre de 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Rec. p. I-6511), apartado 25; de 9 de julio de 1997, Parodi (C-222/95, Rec. p. I-3899), apartado 18; Portugalia Construções, citada en la nota 25 *supra*, apartado 16, y de 19 de enero de 2006, Comisión/Alemania (C-244/04, Rec. p. I-885), apartado 30.

33 — Sentencias de 25 de octubre de 2001, Finalarte y otros (C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, Rec. p. I-7831), apartado 31; y de 23 de noviembre de 1999, Arblade (C-369/96 y C-376/96, Rec. p. I-8453), apartado 34.

comunitario por las Directivas 97/81/CE<sup>34</sup> y 99/70/CE.<sup>35</sup> El Gobierno luxemburgués alega además que la referida regulación sólo implementa principios que tienen su origen en el orden público comunitario.

ordenamientos jurídicos.<sup>36</sup> Esto quiere decir que los intereses recogidos en dichas regulaciones ya están protegidos mediante preceptos a los que queda sometido el prestador de servicios en el Estado miembro en el que está establecido. Por consiguiente, el Gobierno luxemburgués no puede alegar razones imperiosas de interés general para declarar como preceptos de orden público las disposiciones controvertidas.

59. No puedo adherirme a esta tesis jurídica. Del hecho de que el legislador comunitario no haya incluido el objeto de regulación de las mencionadas directivas, es decir, la regulación del trabajo a tiempo parcial y por tiempo determinado, en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71, se infiere precisamente que este ámbito del Derecho del trabajo comunitario no forma parte del orden público de la Comunidad. Además, se trata de regulaciones que, como el mismo Gobierno luxemburgués reconoce, ya son objeto de las Directivas 97/81 y 99/70 a las que, por consiguiente, todos los Estados miembros deben adaptar sus respectivos

— Observancia de los convenios colectivos de trabajo

60. En relación con la remisión hecha en el artículo 1, apartado 1, punto 11, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 a las «disposiciones de orden público nacional relativas a los convenios colectivos de trabajo», la primera cuestión que se suscita es la de la conformidad de esta regulación con el artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71. La Comisión alberga dudas sobre la correcta adaptación del Derecho interno a esta Directiva y reprocha al Gran Ducado de Luxemburgo esencialmente pretender elevar una categoría de actos al rango de disposiciones

34 — Directiva del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 14, p. 9). La Directiva garantiza a los trabajadores afectados por formas de trabajo flexibles el mismo trato que a los trabajadores a tiempo completo y empleados por tiempo indefinido. Con ello se pretende flexibilizar el acceso al trabajo a tiempo parcial; al mismo tiempo, se hacen recomendaciones a los empresarios sobre cómo pueden responder a los deseos de los trabajadores en el marco de formas de trabajo flexibles.

35 — Directiva del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO L 175, p. 43). La Directiva contiene unas condiciones mínimas aplicables al trabajo de duración determinada a fin de asegurar la igualdad de trato de los trabajadores y prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. La Directiva requiere a los Estados miembros la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de estas condiciones mínimas. Asimismo prevé cláusulas especiales para limitar los trámites administrativos que para las pequeñas y medianas empresas pudieran derivarse de la aplicación de estas nuevas disposiciones.

36 — Las organizaciones intersectoriales de ámbito general, es decir, la Unión de Confederaciones de la Industria y de Organizaciones Empresariales de Europa (UNICE), Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) y Confederación Europea de Sindicatos (CES), celebraron el 6 de junio de 1997 un Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial y el 18 de marzo de 1999 un Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, que hubieron de ser desarrollados por las Directivas 97/81 y 99/70 respectivamente. Tal como se desprende del decimocuarto considerando de la Directiva 97/81 y del decimosexto considerando de la Directiva 99/70, el acto adecuado para la aplicación de dicho Acuerdo marco es una directiva con arreglo al artículo 249 CE (anteriormente, artículo 189 del Tratado CE), al obligar ésta a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.



imperativas, independientemente de su naturaleza jurídica y de su contenido material, incumpliendo con ello lo dispuesto en el artículo 3, apartado 10, de la Directiva 96/71.

61. La Comisión critica, pues, dos aspectos de esta regulación, que deberán ser analizados separadamente. En primer lugar, procede dar la razón a la Comisión cuando afirma que el concepto de «convenios colectivos de trabajo» en la frase introductoria del artículo 1, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, por un lado, y en el punto 11 de esta disposición, por otro, tienen significados diferentes. Mientras que en el primer caso se habla de «convenios colectivos declarados de aplicación general», en el punto 11 la referencia se hace, con carácter general, a «convenios colectivos de trabajo». En este último caso, sin embargo, sólo puede tratarse de aquellos convenios colectivos que no hayan sido declarados de aplicación general. Como tales, y habida cuenta del inequívoco tenor literal del artículo 3, apartado 1, segundo guión, de la Directiva 96/71, que únicamente se refiere a los «convenios colectivos declarados de aplicación general», los mencionados en segundo lugar no pueden caer dentro del ámbito de aplicación de este artículo de la Directiva, lo que a su vez implica que no pueden entenderse comprendidos en el núcleo de condiciones de trabajo y empleo comunitarias.<sup>37</sup>

37 — Sin emprender una precisa valoración jurídica sobre la base de la Directiva 96/71, Däubler, W., «Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht», citado en la nota 10 *supra*, p. 615, y Borgmann, B., «Entsendung dritts-taatsangehöriger Arbeitnehmer durch EU-Unternehmen nach Deutschland», *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 1993, p. 122, defienden la tesis de que no todas las condiciones de trabajo de naturaleza colectiva aplicables a las empresas nacionales pueden aplicarse asimismo a prestadores de servicios procedentes de otros Estados miembros. El segundo de los autores ve incluso una clara discriminación de las empresas extranjeras en la aplicación imperativa a los contratos de trabajo extranjeros de convenios colectivos internos no declarados de aplicación general.

62. Otro aspecto es el relativo a la elevación de una categoría determinada de actos al rango de disposiciones de orden público, con independencia de su naturaleza jurídica y de su contenido material. Para poder apreciar si determinada regulación colectiva debe ser considerada imperativa en el sentido de la Declaración nº 10, es necesario, a mi entender, que el respectivo Estado miembro indique exactamente la regulación colectiva de la que se trata.<sup>38</sup> Por su parte, la referencia general a los «convenios colectivos de trabajo» hecha en el artículo 1, apartado 1, punto 11, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, pone de manifiesto el carácter de norma en blanco carente de la concreción y claridad mínimas necesarias. Estos mínimos son necesariamente obligatorios al no poder descartarse la concurrencia de circunstancias que hagan que la aplicación de una regulación colectiva a los trabajadores desplazados sea incompatible con la libre prestación de servicios.<sup>39</sup> Por consiguiente, deberá comprobarse en cada caso concreto si la regulación controvertida garantiza objetivamente la protección de los trabajadores desplazados y si supone para los trabajadores afectados una ventaja real que contribuya, de manera significativa, a su protección social.

38 — Esto mismo ya se desprende del deber esencial de los Estados miembros de dar a las directivas una ejecución que se ajuste plenamente a las exigencias de claridad y certeza de las situaciones jurídicas queridas por las directivas. Véanse las sentencias de 1 de marzo de 1983, Comisión/Italia (300/81, Rec. p. 449), apartado 10, y de 2 de diciembre de 1986, Comisión/Bélgica (239/85, Rec. p. 3645), apartado 7.

39 — Así lo declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Portuguesa Construções, citada en la nota 25 *supra*, apartados 28 y 29, en relación con la aplicación de los preceptos sobre los salarios mínimos a los prestadores de servicios. Por lo tanto, las autoridades, y, en su caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben examinar si la regulación controvertida garantiza objetivamente la protección de los trabajadores desplazados y si supone para los trabajadores afectados una ventaja real que contribuya, de manera significativa, a su protección social. De esta forma, el Tribunal de Justicia puso de manifiesto claramente que regulaciones nacionales de las condiciones de trabajo y empleo aparentemente ventajosas para los trabajadores desplazados, como la relativa al salario mínimo, no necesariamente repercuten en beneficio de los trabajadores desplazados. A mi juicio, esto mismo debe regir también para las regulaciones de carácter colectivo. En este sentido, véanse también las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto Laval un Partneri, citadas en la nota 16 *supra*, punto 237, donde se remite a la sentencia Portuguesa Construções.

Sin embargo, con la referencia general a los «convenios colectivos de trabajo» se impide al Tribunal de Justicia precisamente llevar a cabo este análisis detallado.

63. Desde un punto de vista procesal, con la remisión hecha en su contestación a la demanda a los convenios colectivos de trabajo adjuntos a su escrito de 30 de agosto de 2004, el Gobierno luxemburgués no ha cumplido con su deber de negar de forma sustancial y detallada los datos presentados.<sup>40</sup> En el caso de los allí mencionados se trata, tal como la Comisión acertadamente señala, de convenios colectivos declarados de aplicación general por Reglamento granducal, en los términos de la frase introductoria del artículo 1, apartado 1, y no de los demás «contratos colectivos de trabajo» controvertidos a los que se refiere el artículo 1, apartado 1, punto 11, de la Ley de 20 de diciembre de 2002.

64. Por lo tanto, el artículo 1, apartado 1, punto 11, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 no está en consonancia con el artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71.

40 — Se trata de la «Convention collective de travail pour le métier de plafonneur-façadier» (Reglamento granducal de 31 de enero de 1996 — *Mémorial A*, n.º 14), de la «Convention collective de travail pour les métiers d'installateur sanitaire et d'installateur de chauffage et de climatisation» (Reglamento granducal de 23 de septiembre de 1996, *Mémorial A*, n.º 72), y del «Contrat collectif pour le bâtiment» (Reglamento granducal de 18 de febrero de 1997, *Mémorial A*, n.º 14).

Sobre la segunda imputación

65. En su escrito de requerimiento la Comisión recordó por primera vez al Gobierno luxemburgués que el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 96/71 obliga a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que las empresas establecidas en otro Estado miembro respeten los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso. La Comisión advirtió que el artículo 1, apartado 1, punto 3, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 limita la protección de los períodos mínimos de descanso al descanso semanal. Al mismo tiempo señaló que, sin embargo, el concepto de «períodos mínimos de descanso» no abarca sólo el descanso semanal, sino también otros descansos, como, por ejemplo, el descanso diario y las pausas, de acuerdo con los artículos 3 y 4, de la Directiva 2003/88/CE.<sup>41</sup>

66. Ya en su respuesta al escrito de requerimiento, emitida el 30 de agosto de 2004, el Gobierno luxemburgués reconoció no haber adaptado plenamente su Derecho interno a la Directiva 96/71.<sup>42</sup>

41 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 299, p. 9).

42 — En este escrito, el Gobierno luxemburgués anunció la preparación de un proyecto de ley, con el que estaba previsto introducir en el artículo 1, apartado 1, punto 3, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 una referencia al descanso diario y a las pausas. Según el escrito de contestación a la demanda esto tuvo lugar mediante el artículo 4 de la Ley de 19 de mayo de 2006, de adaptación del ordenamiento jurídico interno a las Directivas 2003/88 y 96/71 [Loi du 19 mai 2006, 1) transposant la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail; 2) modifiant la loi modifiée du 7 juin 1937 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de services des employés privés; 3) modifiant la loi modifiée du 9 décembre 1970 portant réduction et réglementation de la durée de travail des ouvriers occupés dans les secteurs public et privé de l'économie; 4) modifiant la loi modifiée du 17 juin 1994 concernant les services de santé au travail 5) modifiant la loi du 20 décembre 2002 portant 1. transposition de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service; 2. réglementation du contrôle de l'application du droit du travail (*Mémorial A*, n.º 97, de 31 de mayo de 2006, p. 1806)].

67. Por lo tanto, en cualquier caso, el Gobierno luxemburgués no cumplió con la obligación que le incumbe sino una vez transcurrido el plazo de dos meses que le había sido concedido por la Comisión en su dictamen motivado de 12 de octubre de 2005. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un incumplimiento debe ser apreciada en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado.<sup>43</sup> El mismo hecho de que el Gobierno luxemburgués no discuta la tardía adaptación de su Derecho interno fundamenta esta imputación.

#### Sobre la tercera imputación

68. Por el contrario, la imputación de la Comisión referida a una restricción injustificada a la libre prestación de servicios ocasionada por la obligación de «poner a disposición de las autoridades de inspección de trabajo y de minas, antes de que comience el trabajo, mediando un simple requerimiento y lo antes posible, la información esencial indispensable para proceder al control», impuesta por el artículo 7, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 a las empresas

extranjeras, no afecta a la adaptación del ordenamiento jurídico a la Directiva 96/71, sino directamente al artículo 49 CE.

69. Como ya se expuso, 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.<sup>44</sup> Según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, la aplicación de las normativas nacionales del Estado miembro de acogida a los prestadores de servicios puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesantes las prestaciones de servicios, en la medida en que tal aplicación genera gastos adicionales y supone un aumento de las cargas administrativas y económicas, y por ende, ser considerada una restricción a la libre prestación de servicios.<sup>45</sup>

43 — Sentencias de 18 de julio de 2006, Comisión/Italia (C-119/04, Rec. p. I-6885), apartados 27 y 28; de 7 de marzo de 2002, Comisión/España (C-29/01, Rec. p. I-2503), apartado 11; de 15 de marzo de 2001, Comisión/Francia (C-147/00, Rec. p. I-2387), apartado 26; de 21 de junio de 2001, Comisión/Luxemburgo (C-119/00, Rec. p. I-4795), apartado 14; de 30 de noviembre de 2000, Comisión/Bélgica, (C-384/99, Rec. p. I-10633), apartado 16; de 3 de julio de 1997, Comisión/Francia (C-60/96, Rec. p. I-3827), apartado 15; de 17 de septiembre de 1996, Comisión/Italia (C-289/94, Rec. p. I-4405), apartado 20, y de 12 de diciembre de 1996, Comisión/Italia (C-302/95, Rec. p. I-6765), apartado 13.

44 — Sentencias citadas en la nota 32 *supra*, Säger, apartado 12; Vander Elst, apartado 14; Guiot, apartado 10; Reisebüro Broede, apartado 25; Parodi, apartado 18; Portugaia Construções, apartado 16 y Comisión/Alemania, apartado 30.

45 — En la sentencia Arblade, citada en la nota 33 *supra*, apartado 50, el Tribunal de Justicia resolvió sobre la conformidad con el Derecho comunitario de una normativa nacional que obligaba al empresario que actuaba como prestador de servicios en el sentido del Tratado, a pagar cotizaciones patronales al Fondo del Estado miembro de acogida, además de las cotizaciones que ya hubiera pagado al Fondo del Estado miembro en el que estaba establecido. El Tribunal de Justicia declaró que tal normativa constituía una restricción a la libre prestación de servicios, ya que tal obligación llevaba consigo gastos y cargas administrativas y económicas adicionales para las empresas establecidas en otro Estado miembro, por lo que éstas no se encontraban en igualdad de condiciones con sus competidores establecidos en el Estado miembro de acogida, lo que las podía disuadir de prestar servicios en este Estado miembro. Véase también la sentencia Finalarte, citada en la nota 33 *supra*, apartado 30, que se remite a su vez a la sentencia Mazzoleni, citada en la nota 25 *supra*, apartado 24. En esta última sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que la aplicación de las normas nacionales del Estado miembro de acogida en materia de salarios mínimos a los prestadores de servicios establecidos en una región de otro Estado miembro fronteriza con el primer Estado puede dar lugar, por un lado, a cargas administrativas adicionales desproporcionadas, cuando el cálculo de la retribución de los trabajadores que sólo se desplazan por horas al Estado de acogida, debe hacerse separadamente.

70. La regulación contenida en el artículo 7, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 tiene como objetivo posibilitar a las autoridades de inspección luxemburguesas el control de la identidad y de la estancia conforme a Derecho de los trabajadores desplazados. Esta regulación somete a las empresas establecidas fuera del territorio del Gran Ducado de Luxemburgo a un procedimiento administrativo anticipado y de carácter obligatorio, exigiendo la presentación de los documentos relativos a los aspectos sociales, laborales y sobre residencia de los trabajadores desplazados antes de comenzar el trabajo, de manera que, en cualquier caso, esta regulación impone a las empresas afectadas una serie de formalidades administrativas susceptibles de hacer que el desplazamiento de trabajadores a Luxemburgo resulte menos interesante que el realizado a nivel nacional. Según la amplia definición jurisprudencial mencionada esta circunstancia es suficiente para afirmar el carácter restrictivo de esta regulación.<sup>46</sup>

71. Debe recordarse, no obstante, que el Tribunal de Justicia ha reconocido a los Estados miembros la facultad de comprobar la observancia de las disposiciones nacionales

y comunitarias en materia de prestación de servicios. Igualmente ha admitido las medidas de control que sean necesarias para comprobar el respeto de las exigencias justificadas por razones de interés general.<sup>47</sup> El Gobierno luxemburgués fundamenta la regulación del artículo 7, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 tanto en la protección de los trabajadores como en la necesidad de llevar a cabo controles para combatir el abuso y las actividades transnacionales ilegales. Tanto la protección social de los trabajadores como la lucha contra los abusos son considerados objetivos legítimos por la jurisprudencia.<sup>48</sup>

72. No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado también que esos controles por parte de las autoridades nacionales de inspec-

46 — Véanse las sentencias Finalarte, citada en la nota 33 *supra*, apartado 36, y de 21 de octubre de 2004, Comisión/Luxemburgo (C-445/03, Rec. p. I-10191), apartado 41, en las que el Tribunal de Justicia declaró que la imposición de trámites administrativos es suficiente para suponer la existencia de una restricción a la libre prestación de servicios. En sus conclusiones presentadas el 15 de julio de 2004 en el asunto Comisión/Luxemburgo (sentencia de 21 de octubre de 2004, C-445/03, Rec. p. I-10191), punto 17, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer señala, que los proveedores de servicios que pretenden ejercer su derecho de derecho a realizar la prestación en el territorio de cualquier Estado miembro mediante el desplazamiento del personal de que se disponga, se enfrentan a varias desventajas. Una deriva de la necesidad de obtener una autorización cuya concesión, además de discrecional, no se logra fácilmente e implica seguir unos trámites administrativos más o menos largos, complejos o costosos. Otra radica en soportar unos controles que se añaden a los que efectúa el Estado de establecimiento, cuando no los duplican. Todos estos trámites acarrear con frecuencia renunciar a la prestación o sufrir retrasos perjudiciales.

47 — Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Comisión/Austria (C-168/04, Rec. p. I-9041), apartado 43; sentencia Comisión/Alemania, citada en la nota 32 *supra*, apartado 36, y sentencia Arblade, citada en la nota 33 *supra*, apartado 38.

48 — Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la protección social de los trabajadores, véanse las sentencias de 17 de diciembre de 1981, Webb (279/80, Rec. p. 3305), apartado 19; de 3 de febrero de 1982, Seco (62/81 y 63/81, Rec. p. 223), apartado 10; de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa (C-113/89, Rec. p. I-1417), apartado 18; sentencia Vander Elst, citada en la nota 32 *supra*, apartado 25; sentencia Guiot, citada en la nota 32 *supra*, apartado 16; sentencia Arblade, citada en la nota 33 *supra*, apartado 36; sentencia Finalarte, citada en la nota 33 *supra*, apartados 40 y 45; sentencia de 12 de octubre de 2004, Wolf & Müller (C-60/03, Rec. p. I-9553), apartado 35, y sentencia Comisión/Austria, citada en la nota 47 *supra*, apartado 47, así como el punto 249 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Mengozzi en el asunto Laval un Partneri, citadas en la nota 16 *supra*. Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la lucha contra el abuso, véase la sentencia Comisión/Austria, citada en la nota 47 *supra*, apartado 56. Testimonio de que el Derecho comunitario no desea proteger los abusos y los comportamientos fraudulentos es además la sentencia de 2 de mayo de 1996, Paletta II (C-206/94, Rec. p. I-2357), apartado 28, en la que el Tribunal de Justicia declaró que el Derecho comunitario no prohíbe al empresario aportar los elementos de prueba que, llegado el caso, permitan al órgano jurisdiccional nacional declarar la existencia de un comportamiento abusivo o fraudulento derivado del hecho de que el trabajador no ha estado enfermo, aunque alegue una incapacidad laboral acreditada de conformidad con el artículo 18 del Reglamento (CEE) n° 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad (DO L 74, p. 1).

ción deben respetar los límites impuestos por el Derecho comunitario y no convertir en ilusoria la libertad de prestación de servicios.<sup>49</sup> Sobre todo, estos controles deben ser adecuados para garantizar la realización del objetivo que persigue y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.<sup>50</sup>

73. La regulación luxemburguesa se distingue especialmente por la obligación legal que tienen las empresas de poner a disposición de las autoridades de inspección, «antes de que comience el trabajo», los documentos necesarios, lo que da pie a suponer un control previo de posibles abusos, incompatible en principio con el Derecho comunitario. El Gobierno luxemburgués replica que esta obligación legal se ve flexibilizada con el hecho de que el empresario sólo tiene que cumplir con este deber de información si media un «requerimiento». Es decir, no lleva aparejada un deber del empresario de

emitir *motu proprio* una declaración ante las autoridades.

74. No obstante, considero que existen indicios para entender que la regulación luxemburguesa está efectivamente configurada de manera semejante a un control previo de posibles abusos. Y es que el artículo 7, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, debe entenderse en relación con los artículos 13 a 17 de la Ley de 4 de abril de 1974 de reorganización de las autoridades de inspección<sup>51</sup> (en lo sucesivo, «Ley de 4 de abril de 1974»), que autorizan a estas últimas, en caso de incumplimiento del deber de información del empresario, ordenar la paralización inmediata de la actividad laboral de los trabajadores desplazados al territorio del Gran Ducado de Luxemburgo. La autoridad de inspección sólo podrá permitir la reanudación del trabajo una vez hayan sido aportados los documentos necesarios,<sup>52</sup> sancionando con pena de privación de libertad y multa los incumplimientos de esta disposición, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley de 4 de abril de 1974. Ahora bien, si, en primer lugar, se requiere un «permiso» para reanudar el trabajo y, en segundo lugar, la inobservancia del deber de acreditación acarrea sanciones administrativas y penales, la regulación del artículo 7, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, no puede sino entenderse en el sentido de que en el marco de la prestación de servicios en Luxemburgo con

49 — Sentencias Comisión/Austria, citada en la nota 47 *supra*, apartado 43, y Rush Portuguesa, citada en la nota 48 *supra*, apartado 17.

50 — Sentencia Arblade, citada en la nota 33 *supra*, apartado 35; sentencia Mazzoleni, citada en la nota 25 *supra*, apartado 26, y sentencia Wolff & Müller, citada en la nota 48 *supra*, apartado 34. Teyssié, B., *Droit européen du travail*, 2<sup>a</sup> ed., París 2003, pp. 158, 159, entiende que la exigencia de la observancia de un trámite administrativo sólo está justificado si redundan en beneficio del trabajador afectado. La protección social del trabajador como justificante legítimo no debe servir de pretexto para la aprobación de leyes que dificultan la libre prestación de servicios.

51 — Según el artículo 11 de la Ley de 20 de diciembre de 2002, «la inspección de trabajo y la Administración aduanera, cada una en la materia que le concierne, serán las encargadas de vigilar la aplicación de las disposiciones de la presente ley». Las materias incluidas en la competencia de las autoridades de inspección de trabajo y de minas están reguladas en la Ley de 4 de abril de 1974, sobre reestructuración de las autoridades de inspección (*Mémorial A n° 27*, p. 485).

52 — Véase la resolución ejecutoria provisional de las autoridades de inspección de trabajo y de minas, de fecha 29 de abril de 2004, dirigida a una empresa determinada, prohibiendo la prestación de servicios por parte de trabajadores cuyo desplazamiento no había sido declarado («ordonnance exécutoire par provision: cessation de prestations de travail détachées non-déclarées»), cuya copia se adjuntó al anexo A-5 del escrito de interposición de recurso.

la intervención de trabajadores desplazados rige una prohibición general, salvo autorización previa.<sup>53</sup>

75. Esto se ve agravado por el hecho de que la formulación de esta disposición no satisface las exigencias de seguridad jurídica y claridad. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la necesidad de garantizar la plena aplicación del Derecho comunitario no sólo obliga a los Estados miembros a modificar sus legislaciones de manera que sean conformes con el Derecho comunitario, sino que también exige que lo hagan mediante la adopción de disposiciones jurídicas que puedan crear una situación suficientemente precisa, clara y transparente para permitir a los particulares conocer sus derechos e invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales.<sup>54</sup> Este principio

resulta *a fortiori* aplicable cuando el Derecho nacional del Estado miembro impone deberes a los particulares y amenaza con la imposición de sanciones para el caso de su transgresión.

76. Debe declararse que el ambiguo tenor de la regulación hace depender en gran medida de la apreciación discrecional de la Administración la concesión de un permiso, además de que eleva desmesuradamente el riesgo de las empresas a verse expuestas a sanciones administrativas y penales. Así, a la luz de los medios de prueba aportados por la Comisión al Tribunal de Justicia, resulta evidente que las autoridades de inspección de trabajo y de minas interpretan de manera estricta el artículo 7 apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, al exigir la presentación de todos los documentos antes del inicio de la prestación de los servicios,<sup>55</sup> de manera que, en contra de las alegaciones hechas por el Gobierno luxemburgués, no es suficiente que se presenten los documentos el mismo día, poco antes de que comience el trabajo. La aplicación del artículo 7, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 también puede verse dificultada en la práctica por el hecho de que el deber de notificación y, con ello, el procedimiento administrativo propiamente dicho, en esencia, sólo comienza una vez se haya recibido un «requerimiento» de la autoridad de inspección, si bien no queda claro

53 — El legislador no prohíbe determinadas actividades (o determinados proyectos) porque éstos deban impedirse con carácter general, sino porque previamente se pretende comprobar por parte de las autoridades, en cada caso concreto, si contravienen ciertas normas sustantivas. En caso de que del control de un resultado positivo y resulte que la actividad es conforme al Derecho material, se concederá la autorización. Por lo tanto, la prohibición ya existe y persiste hasta que se conceda la autorización si del procedimiento pertinente se desprende que no concurre ninguna causa legal de denegación. Por eso, en caso de «autorización» se habla también de «prohibición con reserva de autorización» (véase al respecto Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ª ed., Múnich, 2004, apartado 51, p. 218). La concurrencia de esta prohibición con reserva de autorización convierte en indubitado el carácter restrictivo de la normativa luxemburguesa contenida en el artículo 7, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002. En efecto, en lo que atañe al desplazamiento de trabajadores de un Estado tercero por una empresa comunitaria de prestación de servicios, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que una normativa nacional que supedita el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio nacional, por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro, a la concesión de una autorización administrativa constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 49 CE. Véanse al respecto las sentencias Comisión/Austria, citada en la nota 47 *supra*, apartado 40; Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 46 *supra*, apartado 24 y Vander Elst, citada en la nota 32 *supra*, apartado 15.

54 — Véanse, en este sentido, respecto a las directivas, las sentencias de 28 de febrero de 1991, Comisión/Italia (C-360/87, Rec. p. I-791), apartado 12, y de 15 de junio de 1995, Comisión/Luxemburgo (C-220/94, Rec. p. I-1589), apartado 10. Véanse también las sentencias de 18 de enero de 2001, Comisión/Italia (C-162/99, Rec. p. I-541), apartados 22 a 25, y de 6 de marzo de 2003, Comisión/Luxemburgo (C-478/01, Rec. p. I-2351), apartado 20.

55 — En la resolución ejecutoria provisional de las autoridades de inspección de trabajo y de minas, de fecha 29 de abril de 2004, en la que se prohíbe la prestación de servicios por parte de trabajadores cuyo desplazamiento no había sido declarado («ordonnance exécutoire par provision: cessation de prestations de travail détachées non-déclarées»), cuya copia se adjuntó al anexo A-5 del escrito de interposición de recurso, se indica que los documentos relativos a la situación social y laboral de los trabajadores desplazados deben presentarse antes de que comience la prestación de servicios transnacional, figurando la palabra «antérieurement» escrita en mayúsculas, con la manifiesta intención de instruir a empresas que presuntamente actúan ilegalmente.

qué papel juega la empresa en la fase anterior al procedimiento y si ella misma debe instar que se le dirija ese «requerimiento». Dado que, en definitiva, sin dicho «requerimiento» una empresa no puede ejercer el derecho a la libre prestación de servicios sin correr el riesgo de que se le impongan sanciones administrativas o, en su caso, penales, este límite se convierte en una absoluta prohibición, la cual, dada la posibilidad de recurrir a medios menos restrictivos, no puede considerarse indispensable para garantizar la protección de los trabajadores.

77. Finalmente, considero esencial recordar en este sentido, que el Tribunal de Justicia, recientemente en la sentencia Comisión/Luxemburgo,<sup>56</sup> respecto a la desproporcionalidad de una autorización como requisito para la realización de un trabajo y la aplicabilidad de medios menos severos reiteró lo siguiente: «[...] imponer a la empresa de prestación de servicios la obligación de notificar previamente a las autoridades locales el desplazamiento de uno o varios trabajadores por cuenta ajena, la duración prevista para su estancia y la prestación o prestaciones de servicios que justifican tal desplazamiento constituye una medida igualmente eficaz que la exigencia controvertida, pero menos restrictiva. Permite a dichas autoridades controlar que se observa la normativa social luxemburguesa durante el desplazamiento y tener en cuenta las obligaciones que ya impone a la empresa la normativa social aplicable en el Estado miembro de origen». En estas circunstancias, resulta más adecuado que el Estado miembro de acogida limite su intervención a verificar la información preceptiva facilitada por el proveedor de servicios al iniciar sus actividades en el Estado miembro de acogida y que adopte

sanciones cuando ello sea necesario.<sup>57</sup> Al introducir de hecho una reserva de autorización en el artículo 7, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002, la normativa luxemburguesa va más allá de lo que el Tribunal de Justicia considera proporcional.

78. De todo ello se infiere que esta regulación constituye un control previo de posibles abusos incompatible con el artículo 49 CE. Por consiguiente, esta imputación también está fundada.

#### Sobre la cuarta imputación

79. Como exigencia administrativa adicional, que puede dificultar a empresas establecidas en otro Estado miembro el desplazamiento de trabajadores, la exigencia de nombramiento de un mandatario *ad hoc*, residente en Luxemburgo, prevista en el artículo 8 de la Ley de 20 de diciembre de 2002, constituye una restricción a la libre prestación de servicios reconocida en el artículo 49 CE.<sup>58</sup> En

57 — En este sentido también se pronunció el Abogado General Geelhoed en sus conclusiones presentadas en el asunto Comisión/Alemania citado en la nota 11, punto 28, respecto a una normativa alemana que supeditaba a un procedimiento de autorización previa el desplazamiento de nacionales de países terceros contratados por un proveedor de servicios establecido en otro Estado miembro para la prestación de servicios en territorio alemán. En opinión del Abogado General, una medida de control previo no es proporcional, ya que las empresas que no respeten esta normativa nacional de protección de los trabajadores deben asumir la responsabilidad de un desplazamiento efectuado en condiciones ilegales, responsabilidad que puede serles exigida en cualquier momento. Una medida de control previo no puede, pues, justificarse con la necesidad de garantizar que el desplazamiento se efectúa de manera legal.

58 — Así lo admite implícitamente el Gobierno luxemburgués en la página 5 de su respuesta al escrito de requerimiento de la Comisión. En este documento, el Gobierno luxemburgués reconoce las particulares molestias que la exigencia de nombrar un mandatario *ad hoc*, residente en Luxemburgo, ha ocasionado a las empresas extranjeras.

56 — Sentencia citada en la nota 46 *supra*, apartado 31.

estas circunstancias, debe examinarse si las restricciones a la libre prestación de servicios que impone esta normativa nacional están justificadas por perseguir un objetivo de interés general y, en su caso, si son necesarias para su consecución efectiva empleando para ello los medios adecuados.

80. El Gobierno luxemburgués invoca la protección de los trabajadores, la lucha contra el abuso y la necesidad de un control efectivo. Como queda expuesto, tanto la protección social de los trabajadores como la lucha contra los abusos son considerados objetivos legítimos,<sup>59</sup> pero los controles realizados con la finalidad de imponer medidas de protección de Derecho interno sólo son conformes con la normativa comunitaria si se llevan a cabo dentro de los límites impuestos por el Derecho comunitario.<sup>60</sup>

81. Procede recordar, en primer lugar, que un Estado miembro no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento, so pena de privar de eficacia a las disposiciones del Tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios.<sup>61</sup>

82. Consecuentemente, el Tribunal de Justicia observó en una sentencia de 7 de febrero de 2002<sup>62</sup> que la exigencia de que las empresas

de suministro de trabajo temporal que desearan ceder mano de obra a empresarios establecidos en Italia tuvieran su domicilio social o una sucursal en el territorio nacional no era compatible con la libre prestación de servicios en la medida en que hacía imposible la prestación de servicios, en el citado Estado miembro, por empresas establecidas en otros Estados miembros.

83. Por su parte, el Gobierno luxemburgués alega, en esencia, que del artículo 8 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 no pueden deducirse las características exactas de este mandatario *ad hoc* objeto del debate. Ni se exige que sea una persona física o jurídica, ni que deba ser una entidad remunerada por sus servicios. Lo único que se exige, dice, es que la autoridad de inspección de trabajo y de minas tenga conocimiento del nombre de la persona a la que se han entregado los documentos. Por lo tanto, mandatario *ad hoc* en el sentido de esta disposición pueden serlo, en el sector de la construcción, por ejemplo, tanto el contratista, el capataz, o la administración que haya encargado la realización de las obras.

84. En contra de esta argumentación debe refutarse que el artículo 8 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 no refleja, en absoluto, semejante interpretación. Ésta contradice incluso las prescripciones legales. Del tenor literal del mencionado artículo se desprende claramente, por el contrario, que el controvertido mandatario *ad hoc* debe ser «residente» en Luxemburgo, es decir, debe tener en el territorio de este Estado miembro su «centro de vida», o su «residencia habitual». Como acertadamente señala la Comisión, este requisito implica una «residencia permanente» o, en cualquier caso, una estancia de duración superior a la de la prestación de los servicios. Esto quiere decir, que no es suficiente para cumplir con las exigencias del

59 — Véase el punto 71 de las presentes conclusiones.

60 — Véase el punto 72 de las presentes conclusiones.

61 — Véanse las sentencias Säger, citada en la nota 32 *supra*, apartado 13, y Mazzoleni, citada en la nota 25 *supra*, apartado 23.

62 — Sentencia Comisión/Italia (C-279/00, Rec. p. I-1425), apartados 17 y 18.



artículo 8 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 que, por ejemplo, uno de los trabajadores desplazados custodie los documentos.

85. Esta conclusión no me parece compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En la sentencia *Arblade*,<sup>63</sup> el Tribunal de Justicia declaró que una obligación de tener disponibles y conservar determinados documentos en el domicilio de una persona física domiciliada en el Estado miembro de acogida, que los posea como mandatario o encargado del empresario que lo haya designado, incluso una vez que el empresario haya dejado de ocupar a trabajadores en dicho Estado, sólo es admisible si, de no existir tal obligación, las autoridades de ese Estado no pueden cumplir de una manera eficaz su deber de inspección.

86. Procede, por un lado, dar la razón al Gobierno luxemburgués cuando afirma que los controles *in situ* son indispensables para garantizar el cumplimiento de las disposiciones de protección del Derecho interno del Estado miembro. Por otro lado, debe oponerse en su contra que no ha alegado ni probado suficientemente que sin la intervención de un mandatario *ad hoc*, residente en Luxemburgo, las autoridades luxemburguesas no podrían cumplir de manera eficaz su deber de inspección. Para justificar una limitación de la libre prestación de servicios tan restrictiva como la del asunto de autos no es suficiente manifestar, sin fundamentarlo detalladamente, críticas o meras dudas sobre la eficiencia del sistema organizado de cooperación e intercambio de información entre los Estados miembros previsto en el

artículo 4 de la Directiva 96/71.<sup>64</sup> Al igual que los demás Estados miembros, el Gran Ducado de Luxemburgo está obligado a participar en el mencionado sistema de asistencia administrativa, a fin de comprobar si se cumplen las condiciones de trabajo y empleo pertinentes. Por consiguiente, el Gobierno luxemburgués no ha cumplido con su obligación de exponer y probar los hechos en el proceso.

87. Por otra parte, es perfectamente posible garantizar el control de la observancia de la normativa de protección social de los trabajadores con medidas menos restrictivas. En principio, puede partirse de que para cumplir con esta función de inspección es suficiente que se designe a uno de los trabajadores desplazados, por ejemplo, el capataz, para que actúe como enlace entre la empresa extranjera y las autoridades de inspección y, en su caso, tenga a disposición de estas autoridades los documentos necesarios a pie de obra o en un lugar accesible y claramente identificado del territorio del Estado miembro de acogida.<sup>65</sup>

64 — En la sentencia *Arblade*, citada en la nota 33 *supra*, apartado 79, el Tribunal de Justicia declaró que «el sistema de cooperación o intercambio de información entre Estados miembros previsto en el artículo 4 de la Directiva 96/71 hará próximamente superflua la conservación de los documentos en el Estado miembro de acogida una vez que el empresario haya cesado de ocupar en él a trabajadores.» Según esta disposición los Estados miembros deberán crear instituciones de organización que posibiliten una cooperación estrecha entre los Estados miembros en materia de condiciones de trabajo y empleo. Con ello se prevé, en particular, que los órganos jurisdiccionales de cada uno de los Estados miembros puedan conocer las condiciones de empleo del lugar de la prestación de servicios en otro Estado miembro. Como tales instituciones se conciben, sobre todo, centros de enlace y otras formas de asistencia administrativa. Especial relevancia adquiere la cooperación prevista en la Directiva entre las administraciones públicas a las que, en virtud de la legislación nacional, compete la supervisión de las condiciones de trabajo y empleo. Esta cooperación consistirá en responder a las peticiones cursadas por dichas administraciones de información relativa al suministro transnacional de trabajadores, casos de abuso manifiesto o casos de actividades transnacionales presuntamente ilegales. La asistencia administrativa recíproca ha de prestarse gratuitamente. Véase, al respecto, Forgó, K., «Aktuelles zur Entsenderichtlinie», nota 10 *supra*, apartado 817.

63 — Sentencia citada en la nota 33 *supra*, apartado 76, y sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755), apartado 54.

65 — Véase la sentencia *Arblade*, citada en la nota 33 *supra*, apartados 65 y 74, referida a la protección social de los trabajadores en el sector de la construcción.

Como medida de salvaguarda de la protección social de los trabajadores menos restrictiva de la libre prestación de servicios, esta solución estaría en consonancia con el principio de proporcionalidad.

## **VII. Sobre las costas del asunto**

88. En consecuencia, llego a la conclusión de que las exigencias del artículo 8 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 son desproporcionadas e incumplen lo dispuesto en el artículo 49 CE. Por lo tanto, también la cuarta imputación resulta fundada.

89. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas. Por haber sido desestimadas en lo esencial las pretensiones del Gran Ducado de Luxemburgo, procede condenarlo en costas.

## **VIII. Conclusión**

90. A la luz de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que:

— Declare que el Gran Ducado de Luxemburgo,

- 1) al haber declarado que lo dispuesto en los puntos 1, 8 y 11 del artículo 1, apartado 1, de la Ley de 20 de diciembre de 2002 son normas de policía que forman parte del «orden público nacional»;

- 2) al haber adaptado de forma incompleta su Derecho interno al artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 96/71 mediante el artículo 1, punto 3, de la citada Ley;
- 3) al haber establecido, en el artículo 7, apartado 1, de la misma Ley, una serie de requisitos que carecen de la claridad necesaria para garantizar la seguridad jurídica;
- 4) al haber exigido, en el artículo 8 de la mencionada Ley, que se conserven en Luxemburgo, en manos de un mandatario *ad hoc*, los documentos necesarios para el control;

ha incumplido con las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartados 1 y 10, de la Directiva 96/71 así como de los artículos 49 CE y 50 CE.

- Desestime el recurso por infundado en todo lo demás.
- Condene en costas al Gran Ducado de Luxemburgo.