

**La lucha contra la precariedad
y las reformas en materia de
desplazamientos temporales de
los trabajadores**

Consejo de redacción

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Presidente

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Vicepresidente y Director de Publicaciones

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MANUEL ABADÍA VICENTE

Exmagistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

Abogado

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MIGUEL CARDENAL CARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ISABEL VICTORIA GONZÁLEZ PACANOWSKA

Catedrática de Derecho Civil

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JUAN MARTÍNEZ MOYA

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)

Director de la "Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum"

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

CRISTINA SÁNCHEZ RODAS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Magistrado del Tribunal Supremo

M^a Luisa Pérez Guerrero
M^a Gema Quintero Lima
Directoras

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca
Coordinador

La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores

Autores:

Juan Carlos Álvarez Cortés
Margarita Barrera Lozano
Fco. Javier Calvo Gallego
Iluminada R. Feria Basilio
Carolina Gala Durán
Dolores Gómez Domínguez
Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca
Amparo M. Molina Martín
M^a Luisa Pérez Guerrero
M^a Gema Quintero Lima
María Villa Fombuena



Ediciones Laborum
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª - Oficina 21 – 30008 Murcia
Tel.: 968882181 – Fax: 968 88 70 40
E-mail: laborum@laborum.es – URL: www.laborum.es

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO
Director editorial

Esta obra colectiva es resultado de los Proyectos de Investigación vinculados como subproyectos RETOS, financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación y Universidades “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: Desigualdad, precariedad y exclusión social” (RTI2018-098794-B-C31) y “Nuevas formas de protección social ante los cambios productivos” (RTI2018-098794-B-C32), “Nuevas formas de negociación y conflicto colectivo en una economía de mercado digital” (RTI2018-098794-B-C33). Así como por el Proyecto “Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social”, adscrito a la Universidad de Sevilla (US1264479), financiado por la Consejería de Economía y Conocimiento de la Junta de Andalucía, y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER 18-1264479).



1.ª Edición. Ediciones Laborum S.L. 2020
Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2020
Copyright © del texto, sus respectivos autores, 2020

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el autor/a en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor/a con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor/a, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-17789-31-2
Depósito Legal: MU 432-2020
Impreso en España - Printed in Spain

*A la memoria de Salustiano Gala Durán,
una persona buena y muy querida,
siempre estarás con nosotros,
y a todas las víctimas de la COVID-19*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN13

M^a Luisa Pérez Guerrero

M^a Gema Quintero Lima

LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS Y LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES. CARACTERIZACIÓN GENERAL19

GENERAL19

Dolores Gómez Domínguez

Margarita Barrera Lozano

1. Introducción	19
2. La internacionalización empresarial	21
3. El comercio de servicios en España	23
4. Trabajadores desplazados	28
5. Desplazamiento de trabajadores entre estados miembros de la Unión Europea	31
6. Conclusiones	41
7. Referencias.....	43

JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE A LOS DESPLAZAMIENTOS

TRANSNACIONALES47

María Villa Fombuena

1. Introducción	47
2. La determinación del tribunal competente	47
2.1. El Reglamento Bruselas I bis	48
2.1.1. Ámbito de aplicación y normas residuales sobre competencia judicial	48
2.1.2. Foros competenciales	52
2.2. El foro especial de la Directiva sobre trabajadores desplazados	56
2.3. Normativa autónoma: el artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial	58
3. Derecho aplicable a una prestación transnacional de servicios	60
3.1. Normativa conflictual internacional. El Reglamento Roma I	61
3.1.1. Ámbito de aplicación e incidencia en las reglas internas españolas sobre Derecho aplicable	63
3.1.2. Elección de la ley aplicable al contrato de trabajo.....	66
3.1.3. Lugar de prestación habitual	68
3.1.4. Lugar de contratación	71
3.1.5. Cláusula de excepción. La ley del lugar que presenta los vínculos más estrechos con el asunto	72
3.1.6. La intervención de las leyes de policía	73
3.2. Las directivas sobre desplazamiento de trabajadores. Análisis de la concurrencia con el Reglamento Roma I.....	75
4. Conclusiones	78

DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA: ASPECTOS INDIVIDUALES Y LUCHA CONTRA LA PRECARIEDAD..... 81

Fco. Javier Calvo Gallego

1. Introducción.....	81
2. El origen y la base del problema: la naturaleza de la Directiva 96/71 y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia.....	84
3. El largo proceso de reformas.....	96
4. Los problemas y “patologías” aplicativas: notas sobre algunos aspectos de la Directiva 2014/67, una norma necesaria pero quizás insuficiente.....	97
5. El tratamiento de los problemas estructurales y la nueva Directiva 2018/957.....	110
6. Algunas notas sobre el transporte por carretera: la propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE.....	127
7. Últimas reformas: la Autoridad Laboral Europea y los derechos de información en la Directiva (UE) 2019/1152.....	134
8. A modo de conclusión.....	139

DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS: SITUACIÓN DE *STATU QUO* SALVO REFORMA DE LOS TRATADOS UE..... 141

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca

1. Introducción.....	141
2. Atisbos de negociación colectiva: Comité y Sociedad Europeos.....	144
3. Ausencia y presencia de los derechos colectivos en la Directiva y en las leyes nacionales de transposición.....	150
4. Los derechos colectivos como derechos fundamentales y el frustrado intento de Reglamento Monti II por alcanzar un equilibrio con las libertades económicas.....	157
4.1. Posicionamientos de la OIT y de Órganos judiciales e interpretativos.....	159
4.2. El Reglamento Monti II como propuesta poco convincente de reordenación del conflicto colectivo europeo.....	164
5. La mejora de los derechos colectivos mediante Pactos y Acuerdos.....	166
6. Conclusiones.....	168

LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES TEMPORALES DE TRABAJADORES DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA: LAS RELACIONES ENTRE LA DIRECTIVA 96/71 CE Y LOS REGLAMENTOS 883/2004 Y 987/2009 DE COORDINACIÓN DE LAS LEGISLACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL..... 171

Juan Carlos Álvarez Cortés

1. Introducción.....	171
2. La Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996.....	175
2.1. Sobre las empresas que desplazan a sus trabajadores.....	178
2.2. Sobre los trabajadores desplazados.....	179
2.3. Sobre la “temporalidad” del desplazamiento.....	180

2.4. Sobre las condiciones de trabajo y empleo del país de acogida que han de respetarse.....	181
3. La protección social de los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de la Unión Europea	182
3.1. La territorialidad de las leyes de Seguridad Social: sobre la posibilidad del conflicto de leyes en esta materia	185
3.2. La “lex loci laboris” y sus excepciones	187
3.3. En especial, la exclusión de los trabajadores destacados “desplazados temporalmente” de la regla de aplicación de la “lex loci laboris” en la Unión Europea.....	191
3.3.1. La exclusión de la aplicación de la “lex loci laboris” a los trabajadores desplazados temporalmente.....	192
3.3.2. La temporalidad como característica de la labor a realizar por el trabajador desplazado	198
3.3.3. El derecho y deber de informar en las situaciones de desplazamiento: el control de estas situaciones.....	200
3.4. Aspectos de gestión y prestacionales de la Seguridad Social que pueden verse afectados por el desplazamiento temporal en el ámbito de la Unión Europea	204

DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA: ASPECTOS LABORALES

SENSIBLES

María Gema Quintero Lima

1. La movilidad internacional y la globalización más allá de la Unión Europea: ¿la nada?	209
1.1. Los desplazamientos transnacionales.....	210
1.2. Los tipos de desplazamientos transnacionales	212
1.3. Los tipos de personas trabajadoras desplazadas.....	215
2. Los derechos laborales y condiciones de trabajo durante el desplazamiento transnacional: algunos apuntes	216
2.1. La remuneración.....	216
2.2. Jornada.....	218
2.3. Otros derechos laborales sensibles.....	219
2.4. Los derechos colectivos.....	220
3. El derecho a la seguridad y salud de las personas trabajadoras: una especial atención al derecho generalmente olvidado en el desplazamiento transnacional.....	221
3.1. La persona trabajadora desplazada como sujeto especialmente sensible	221
3.2. La protección reforzada de la seguridad y salud laboral de la persona trabajadora durante el desplazamiento	225
3.3. Las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud respecto de los trabajadores desplazados	228
3.3.1. Obligaciones previas al desplazamiento	231
3.3.2. Obligaciones durante el desplazamiento	236
3.3.3. Obligaciones posteriores al desplazamiento.....	242
3.3.4. La vigilancia de la salud como obligación empresarial especialmente durativa	242

3.3.5. El “de facto” y la intensa desprotección potencial del sujeto trabajador desplazado en materia de seguridad y salud laboral	247
4. Alguna consideración final acerca de la responsabilidad social de las empresas y otras soluciones	248

DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES POR PARTE DE SUS EMPRESAS FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA: ASPECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL..... 251

Carolina Gala Durán

1. Introducción.....	251
2. El alcance de la protección de los derechos de seguridad social.....	255
2.1. Desplazamiento a un Estado fuera de la Unión Europea con el que se ha celebrado un convenio bilateral y/o multilateral de Seguridad Social.....	256
2.1.1. El tratamiento del desplazamiento temporal de trabajadores en los convenios	256
2.1.2. El papel complementario de la normativa estatal	279
2.1.3. El papel del acuerdo o pacto de expatriación	281
2.2. Desplazamiento a un Estado fuera de la Unión Europea con el que no se ha celebrado un convenio bilateral y/o multilateral de seguridad social	282
2.3. Desplazamiento de un trabajador a un Estado fuera de la Unión Europea pero sin mantener el vínculo contractual con la empresa	284
3. Conclusiones.....	286

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES..... 291

Amparo M. Molina Martín

1. La posibilidad de intervención –de la negociación colectiva en la regulación de los desplazamientos transnacionales– como premisa	291
1.1. Espacios para la autonomía colectiva según la normativa heterónoma	291
1.2. Los modos de ocupación de tales espacios.....	293
1.2.1. O la aplicación del convenio colectivo como condición de su regulación.....	293
1.2.2. O el convenio colectivo como mero instrumento de remisión.....	298
2. Condiciones de trabajo de los desplazamientos transnacionales a nivel convencional	299
2.1. Panorama general	299
2.2. Sobre los gastos propios del desplazamiento.....	301
2.3. Condiciones retributivas	303
2.4. Estipulaciones sobre tiempo de trabajo.....	306
2.5. Cláusulas en materia de protección social y salud	308
3. Balance y conclusiones	310

LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS 313

Iluminada R. Feria Basilio

1. Introducción.....	313
2. Normativa preventiva de aplicación en la prestación laboral de trabajadores desplazados	314

2.1. Desplazamientos dentro del ámbito de la Unión Europea o el Espacio Económico Europeo	314
2.2. Desplazamientos a terceros países	317
2.3. Información sobre legislación aplicable.....	320
3. La prevención de riesgos laborales al desplazar trabajadores	321
3.1. Los trabajadores desplazados como colectivo especial	321
3.2. Particularidades del accidente de trabajo en los casos de desplazamiento	326
3.3. Especificaciones de las obligaciones preventivas ante la internacionalización	332
3.3.1. Preparación preventiva antes del desplazamiento	332
3.3.2. Continuidad preventiva durante el desplazamiento.....	343
3.3.3. Cierre preventivo tras el desplazamiento	348
4. Conclusiones	349

MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES: LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y LA AUTORIDAD LABORAL EUROPEA EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA PRECARIEDAD EN EL EMPLEO

Maria Luisa Pérez Guerrero

1. Introducción	351
2. La facultad de vigilancia y control de los desplazamientos de trabajadores	356
3. La potestad sancionadora de los Estados y sus límites	364
4. Los deberes de cooperación entre Estados en materia de información	368
4.1. El deber de transparencia y publicidad de las normas.....	368
4.2. El deber de coordinación: autoridades competentes y medios telemáticos.....	372
5. La lucha contra el fraude en los desplazamientos temporales de trabajadores.....	375
6. Infracciones y sanciones en materia de desplazamientos en el ordenamiento jurídico español	379
6.1. Infracciones de los empresarios en materia de desplazamientos de trabajadores.....	379
6.1.1. Obligaciones de documentación	380
6.1.2. Obligaciones de comunicación	381
6.1.3. Obligaciones de garantía de condiciones de trabajo.....	383
6.2. Sanciones administrativas en materia de desplazamientos de trabajadores	385
7. La Autoridad Laboral Europea: una nueva institución para garantizar la coordinación y el intercambio de información entre los estados miembros y apoyar el cumplimiento de la normativa	387
8. Conclusiones	390

PRESENTACIÓN

El volumen de desplazamientos temporales de trabajadores asalariados y por cuenta propia en el ámbito de la Unión Europea justifica la preocupación de nuestras instituciones europeas por la conformación de un conjunto normativo, que permita luchar contra el fraude y la precariedad de los trabajadores desplazados. Y no sólo en lo que se refiere a los desplazamientos dentro de la propia Unión Europea, sino también fuera de ella. A los Estados de la Unión preocupa el impacto que estos fenómenos de movilidad de trabajadores tendrán sobre sus empresas, su mercado de trabajo y, muy especialmente, sobre las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados.

Por su parte, la respuesta del Tribunal de Justicia Europeo no resulta satisfactoria, como constataremos en esta obra, anteponiendo la protección de las libertades de establecimiento y prestación de servicios a la de los derechos fundamentales de los trabajadores desplazados. Ciertamente es que, como veremos, la creación e impulso del Pilar Social Europeo de Derechos Sociales avanza en la consecución de garantías suficientes para estos trabajadores en relación a sus condiciones de trabajo. La consecución del tan ansiado equilibrio entre las libertades de establecimiento y prestación de servicios y la protección de las condiciones de trabajo, justas y equitativas, de los trabajadores desplazados se torna fundamental en la regulación europea del fenómeno de desplazamientos transnacionales de trabajadores.

La obra que presentamos forma parte de los resultados de Proyectos de investigación convergentes en esta línea, los proyectos titulados "Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: Desigualdad, precariedad y exclusión social" (RTI2018-098794-B-C31), "Nuevas formas de protección social ante los cambios productivos" (RTI2018-098794-B-C32), y "Nuevas formas de negociación y conflicto colectivo en una economía de mercado digital", vinculados como subproyectos Retos y financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación y Universidades; así como los Proyectos: "Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social", adscrito a la Universidad de Sevilla (US- 1264479), financiado por la Consejería de Economía y Conocimiento de la Junta de Andalucía, y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER 18-1264479). Todos cuentan con un nutrido conjunto de investigadores de diferentes Universidades que conforman un grupo multidisciplinar, pertenecientes a distintas disciplinas jurídicas y que, bajo la dirección de los investigadores principales Profesores Miguel Carlos Rodríguez-Piñero Royo y Francisco Javier Calvo Gallego, conservan un objetivo común, el análisis de las causas y perfiles, así como la tutela jurídica de los colectivos en riesgo de precariedad y exclusión social en el mercado de trabajo.

Paradójicamente, a pesar de su especial vulnerabilidad jurídica y económica, las personas trabajadoras desplazadas no suelen percibirse como colectivo en riesgo de precariedad. De ahí que se haya estimado preciso en esta obra abordar los desplazamientos de trabajadores como escenario de eventual precariedad laboral, eminentemente derivada de las faltas de articulación de las distintas normas aplicables.

O, dicho en otros términos, se trataría de presentar un análisis poliédrico de la normativa, esencialmente –pero no solo– comunitaria que regula los aspectos laborales y de protección social ligados al desplazamiento como manifestación de la libre prestación de servicios de las empresas. Pero que confrontaría con la eventual efectividad completa de los derechos sociales de los trabajadores que circulan libremente (siquiera por voluntad de sus empresas de origen). En este punto emerge una nueva dimensión de precariedad, la jurídica, referida a una indefinición relativa de normativa integral, integrada, única y unificada a los supuestos de desplazamiento.

Para abordar el estudio de los mecanismos jurídicos que permiten luchar contra la precariedad del empleo de los trabajadores desplazados y proponer las reformas necesarias, hemos considerado relevante comenzar con un ejercicio de contextualización económica, que engloba el análisis de la internacionalización de las empresas españolas en el contexto de la Unión Europea EFTA y del fenómeno de desplazamiento de trabajadores en este ámbito. A este objetivo se dirige el primer capítulo de las Profesoras Dolores Gómez Domínguez y Margarita Barrera Lozano, que examinan los datos de comercio internacional, con especial atención a las exportaciones de servicios, abordando la estructura del colectivo de los trabajadores desplazados.

Centrados en el análisis de cuestiones laborales y de Seguridad Social, el primer estudio elaborado por la Profesora María Villa Fombuena, aborda la problemática de la Jurisdicción y Ley aplicable a los desplazamientos temporales. Resulta imprescindible, en el marco de la introducción al tema objeto de estudio, clarificar el régimen jurídico aplicable a la relación de trabajo de los trabajadores desplazados, así como la jurisdicción competente en la resolución de los conflictos judiciales que de ella emanen; materia sin duda de gran complejidad, pues mezcla criterios de derecho internacional privado con la aplicación de la normativa europea sobre competencia judicial internacional.

Nuestra obra continúa con un análisis de los aspectos individuales y colectivos de la relación laboral de los trabajadores desplazados, distinguiendo entre desplazamientos dentro y fuera de la Unión Europea. En este sentido, inaugura el estudio de los aspectos individuales el Profesor Francisco Javier Calvo Gallego que aborda en profundidad la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación de la Directiva 96/71 y sus reformas. Realizando un recorrido exhaustivo por todos los pronunciamientos

judiciales, expone y analiza pormenorizadamente la doctrina del TJUE para localizar el origen del problema y desbrozar las razones que llevan a la Unión Europea a regular el fenómeno del desplazamiento temporal de trabajadores. Finalmente, concluye su estudio con un análisis de la singularidad que presenta el transporte por carretera, ahondando en su regulación y los problemas de aplicación de la normativa actual.

Sigue a este estudio el análisis de las cuestiones colectivas en materia de desplazamientos transnacionales dentro de la Unión Europea, que aborda el Profesor Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca. Conectada íntimamente con la cuestión individual, el autor realiza un estudio de los derechos colectivos de los trabajadores desplazados, poniendo de manifiesto el vacío regulador o la falta de desarrollo de derechos como la libertad sindical, la negociación colectiva o la huelga, cuando se refiere a estos colectivos de trabajadores. Los conocidos desencuentros entre la jurisprudencia comunitaria sobre el derecho de huelga y la protección de las libertades de prestación de servicios y de establecimiento, consagradas en el Tratado Fundamental de la Unión Europea, se ponen de manifiesto en este estudio.

En el capítulo quinto, el profesor Juan Carlos Álvarez Cortes aborda desde la perspectiva de la protección social, las fricciones que se producen entre los principios que guían la Directiva 96/71/CE y los que subyacen a los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social cuando se refieren a desplazamientos transnacionales temporales de trabajadores dentro de la Unión Europea. Las excepciones a la regla "*lex loci laboris*" provocan disonancias desde la perspectiva del aseguramiento y en la fase prestacional, que han de ser resueltas eminentemente mediante la cooperación administrativa, de suerte que el cumplimiento de las obligaciones –múltiples– de información condicionan la congruencia final, en el caso concreto, de las normativas en fricción.

En los procesos de internacionalización, el marco comunitario ha sido el núcleo privilegiado de desenvolvimiento de la actividad empresarial europea, pero concomitantemente lo habían sido otros destinos extracomunitarios, bien por ser centros neurálgicos de actividad en algunos sectores, bien por ser zonas de nuevas oportunidades. La actividad transnacional globalizada genera entonces retos más allá del campo de aplicación del Derecho Social comunitario. De una parte, en lo que atañe a la vertiente laboral de este tipo de desplazamiento. Algo que la Profesora María Gema Quintero Lima aborda, poniendo el foco en aquellos aspectos laborales más sensibles, en el capítulo sexto dedicado a los desplazamientos transnacionales de trabajadores fuera de la Unión Europea. De otra parte, ese tipo de desplazamientos genera cuestiones problemáticas también desde la óptica de la Protección social de las personas trabajadoras desplazadas. Así, la Profesora Carolina Gala Durán desarrolla,

primero, un abordaje a las reglas coordinatorias contenidas en los convenios bilaterales y multilaterales internacionales; y, segundo, reflexiona sobre los supuestos de anomia, y los efectos de la ausencia de una norma global de garantía de los derechos de protección social de los trabajadores migrantes (entre lo que se incluirían los desplazados).

Desde el punto de vista de las fuentes reguladoras de los desplazamientos, una vez analizada en aportaciones precedentes la normativa heterónoma, en el octavo capítulo la Profesora Amparo M. Molina Martín, aborda las posibilidades de las normas convencionales como reglas autónomas de reglamentación de los desplazamientos transnacionales. Se realiza, entonces un análisis de las experiencias existentes en las que se observa la intervención del convenio colectivo como instrumento directo de regulación, o como instrumento de remisión a normas internas a la empresa. Y en paralelo se señalan los espacios plausibles, referidos eminentemente a condiciones directamente ligadas a los desplazamientos (gastos) o las materias señaladas como particularmente ajenas a maniobras utilitaristas por las directivas comunitarias (conceptos retributivos, tiempo de trabajo o seguridad y salud).

En el desplazamiento, sin duda, habría aspectos jurídico-laborales hondamente afectados. La seguridad y salud se reputa uno de los más trascendentes. Y que genera mayores vicisitudes jurídico-prácticas, esencialmente por lo que de Derecho imperativo tiene la protección del trabajador contra los riesgos laborales. De ahí la pertinencia de que la Profesora Iluminada R. Feria Basilio aborde esta cuestión en el penúltimo capítulo de la obra. Para identificar las especificidades que los conceptos clásicos plantean, tales como los de accidente de trabajo o las enfermedades profesionales; y para sintetizar el elenco de obligaciones empresariales que se generan en los supuestos de desplazamiento, con especial atención a la evaluación y vigilancia de la salud; que han de ser cumplidas en los términos nacionales de los Estados Miembros competentes.

Para finalizar nuestro estudio, la profesora María Luisa Pérez Guerrero dedica el último capítulo al análisis de los mecanismos de vigilancia y fiscalización del cumplimiento de la normativa comunitaria e interna en materia de desplazamientos de trabajadores, uno de los pilares fundamentales que garantizan la lucha contra el fraude en la contratación y la precariedad a la hora de determinar las condiciones de trabajo de estos trabajadores desplazados. Sin olvidar el protagonismo de las libertades de establecimiento y prestación de servicios en el seno de la Unión Europea, se analiza el régimen jurídico y los límites del derecho sancionador y de las medidas de control que los Estados pueden imponer para garantizar condiciones de trabajo equitativas y justas a los trabajadores desplazados y luchar contra el fraude en la contratación en el seno de la Unión. Se incluye la referencia a la Autoridad Laboral Europea como

institución que pretende fomentar la cooperación de los Estados en la lucha contra el fraude y la precariedad.

La precariedad ligada a los desplazamientos tiene muchas aristas, en distintos planos. De ahí que se hayan debido omitir algunos, para centrar el enfoque en la acción normativa en el plazo comunitario, con algunas proyecciones más allá.

Porque a través de las fronteras, se dan supuestos variados de desplazamientos, de muy distinta duración, de sujetos trabajadores, intra-Estado, pero también entre Estados en marcos legislativos muy alejados de los estándares internacionales. De suerte que el concepto de precariedad despliega allí un elenco de matices considerables. Tanto más cuanto pueda haber empresas españolas (o europeas) implicadas, lo que habría requerido un abordaje de aspectos ligados al Trabajo Decente y a la protección, en suma, de los derechos humanos fundamentales por las Empresas Multinacionales. Pero que desbordaría el contorno primigenio de este trabajo, que pretende aplicarse a la realidad empresarial concreta territorializada.

Dentro de las fronteras de la Unión, podría haberse llevado a cabo una aproximación sectorial, con especial atención a las empresas de trabajo temporal, del transporte o de la construcción. Pero también, habría sido precisa una aproximación metajurídica, desde planteamientos fundamentales de la filosofía del Derecho y del Derecho Comunitario en sí mismo considerado, en la que se abordaran los intersticios entre las figuras de trabajador, del ciudadano, del agente económico y de los poderes públicos, en torno a las ideas de libertades y derechos. Y las colisiones posibles, especialmente con incidencia en la generación de precariedad. En torno a un concepto comunitario clásico, el de *dumping social*, que aparentemente corregidos se mantiene de modo más visible en los desplazamientos transnacionales fuera de la Unión Europea. También habría sido precisa una aproximación desde la sociología de las organizaciones, para contextualizar las necesidades empresariales y las exigencias jurídicas, especialmente cuando se detectan situaciones extremas, de multiplicidad normativa o de anomia. O desde el Derecho Privado de los seguros, para valorar el modo en el que los instrumentos jurídico-privados suplen lagunas esenciales del Derecho Social Internacional y ejercen de garantía única allí donde la autonomía de la voluntad es fuente única de regulación de los desplazamientos transnacionales.

Sea como fuere, todas esas posibilidades habrían creado un objeto holístico en torno al desplazamiento, pero quizás desdibujarían la finalidad última de este trabajo, la de servir de análisis teórico-jurídico concreto y sucinto del Desplazamiento Transnacional en el marco de la libre prestación de servicios de las empresas desde la óptica del Derecho Social.

Es obligado dejar constancia expresa de nuestro agradecimiento a los miembros del equipo de investigación que han participado en este trabajo; pues, sin su implicación y esfuerzo, habría sido imposible el éxito en el cumplimiento de los objetivos previstos en los Proyectos y, en particular, en este libro. Mención especial merece el profesor Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca, que, además de autor ha llevado a cabo la labor de coordinador de esta obra. En unos momentos de mayor complejidad por coincidir con una crisis sanitaria sin precedentes, que ha dificultado sobremanera la consecución de plazos de entrega y edición, el Coordinador ha desplegado una eficiencia siempre amable y ejecutiva, que garantiza que podamos contar con esta obra terminada. Que siempre queda, sin embargo, abierta a reflexiones ulteriores, a medida que puedan contribuir a la resolución de los problemas objeto de estudio.

M^a LUISA PÉREZ GUERRERO
M^a GEMA QUINTERO LIMA
DIRECTORAS

LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS Y LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES. CARACTERIZACIÓN GENERAL*

DOLORES GÓMEZ DOMÍNGUEZ

*PROF. TITULAR DE ESCUELA UNIVERSITARIA DE MÉTODOS CUANTITATIVOS PARA LA ECONOMÍA Y LA EMPRESA
UNIVERSIDAD DE SEVILLA
ORCID: 0000-0003-2189-6670*

MARGARITA BARRERA LOZANO

*INVESTIGADORA POSTDOCTORAL DE ECONOMÍA APLICADA
UNIVERSIDAD DE SEVILLA
ORCID: 0000-0003-2736-1132*

1. Introducción

El proceso de internacionalización de la Economía española desde la creación del euro ha seguido una evolución satisfactoria, de forma que el ritmo de crecimiento de las exportaciones españolas se ha situado al ritmo del de Alemania y por encima de Economías como la francesa o la italiana (Xifré, 2019).

Los cambios han sido determinantes en el último decenio. En concreto, destaca el cambio en el saldo de la balanza comercial, cuyo signo se invierte a partir del año 2012. Mientras que tradicionalmente el saldo era deficitario, a partir de ese año el saldo comercial es positivo. Que, como veremos en este capítulo, se debe fundamentalmente al comportamiento de las exportaciones de servicios y, más concretamente, a las exportaciones de servicios turísticos y de otros sectores relacionados con estos servicios. Sin embargo, la balanza de bienes se ha mantenido deficitaria, debido principalmente al déficit comercial energético.

Una de las vías para que un territorio consiga un mayor crecimiento es a través de la internacionalización de sus empresas, sobre todo en un entorno de decrecimiento de la demanda interna (Torres, 2019). En este sentido, la crisis internacional de 2008 ha servido de incentivo a muchas empresas para acometer procesos de internacionalización.

Uno de los objetivos de la Unión Europea es la promoción de los intercambios entre los estados miembros. Entre ellos, encontramos la libre prestación de servicios. Para fomentar este tipo de prestación, que en muchos casos conlleva el traslado de la fuerza laboral de un estado miembro a otro para

* Este trabajo es resultado del Proyecto “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: Desigualdad, precariedad y exclusión social” (RTI2018-098794-B-C31).

prestar el servicio, se desarrolla en la década de los noventa, por parte de las instituciones comunitarias, una normativa que trata de proteger al capital humano desplazado y a la vez fomentar el libre comercio o libre prestación de servicios.

En concreto, la Directiva 76/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo trata de garantizar la protección de trabajadores desplazados para la prestación de servicios, estableciendo unos mínimos de protección en los países de la UE, tratando de fomentar que esta fuerza laboral realice un trabajo en otro estado miembro en el marco de la libre prestación transnacional de servicios¹, pero que no sea utilizada para aprovechar las diferencias de salarios y cotizaciones en los distintos países, por aquellos que tienen costes más elevados, evitando así el *dumping social*.

La disminución de la denominada distancia psíquica entre los países de Europa, favorece el incremento de la internacionalización entre estos países y de sus intercambios. Entre los diferentes tipos de intercambios, nos ocupamos aquí especialmente de los que conllevan desplazamiento de fuerza laboral. Estos se engloban dentro del conocido como comercio de servicios, que se lleva a cabo como tal, o incluido como parte del valor de intercambios de bienes. La proximidad de los países europeos no está condicionada únicamente por los aspectos geográficos, sino también por los aspectos políticos. Es decir, la libertad de movilidad de trabajadores favorece que se produzca también una disminución en la distancia psíquica entre países, posibilitado también por un mayor conocimiento de las economías y de una coyuntura económica favorable.

La principal fuente de datos para el análisis del desplazamiento temporal de trabajadores es la que se deriva de los formularios A1 que, de acuerdo con la regulación EC 883/2004, debe emitir el país que desplaza temporalmente al trabajador. Entre estos, se incluyen trabajadores que se desplazan a un único estado miembro (artículo 12) y a dos o más estados miembros (artículo 13), ya sean por cuenta ajena o por cuenta propia. El análisis que puede derivarse de estas fuentes tiene sus limitaciones y puede estar infravalorando el fenómeno del desplazamiento temporal (De Wispelaere y Pacolet, 2018). Esto se debe, fundamentalmente, a que no todos los países facilitan la información requerida; la que se ofrece es escasa en el caso de algunos países, no es homogénea la información que facilitan los estados miembros e incluso, los procedimientos de atribución de A1 pueden diferir de unos países a otros.

En este capítulo se presenta un análisis de la internacionalización de las empresas españolas en el contexto de la Unión Europea EFTA y del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de la libre prestación de

¹ En algunos casos, cuando se ha producido la incorporación de algún estado miembro, se ha limitado la movilidad de los trabajadores.

servicios. Para ello, se analizan los datos de comercio internacional, con especial atención a las exportaciones de servicios, se delimita el concepto de trabajador desplazado y se estudia el panorama cuantitativo de la estructura del colectivo de los trabajadores desplazados.

2. La internacionalización empresarial

En España, desde nuestra incorporación a la UE, el proceso de internacionalización empresarial ha seguido una senda creciente, si obviamos el inicio de la crisis financiera internacional. Esta internacionalización ha contribuido al crecimiento, sobre todo, en los momentos de mayor bajada de la demanda interna

El Plan de acción 2019-20 de internacionalización de la empresa española (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2019) incluye seis ejes estratégicos, dentro de los que se encuentran: “aprovechar mejor las oportunidades de negocio derivadas de la política comercial común y de las instituciones financieras y organismos internacionales” (cuarto eje) y “reforzar la coordinación y complementariedad de las acciones de todos los sectores relevantes en materia de internacionalización” (sexto eje).

El cuarto eje incluye “trabajar para que las empresas puedan contar con mercados cada vez más abiertos en los que se respeten las reglas”. Para ello, se hace referencia a la necesidad de seguir negociando Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), Convenios de Doble Imposición (CDIs) y convenios sobre Seguridad Social. Estos últimos, facilitan los desplazamientos de trabajadores en un contexto de certidumbre y seguridad², relacionado con la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

La actividad empresarial internacional es más intensa cuanto mayor es el conocimiento de los países extranjeros de destino, ya que mejora la certidumbre. Además, el proceso de internacionalización se produce de forma general por etapas, pudiendo diferenciar la siguiente cadena de establecimiento: actividades exportadoras no regulares; exportaciones a través de representantes independientes; ventas subsidiarias y producción y fabricación (Johanson & Wiedersheim-Paul, 1975).

Otro factor relevante en el proceso de internacionalización y muy relacionado con el anterior, es la distancia psíquica, que hace referencia al llamado coste de distancia transversal, concepto que engloba más factores además del de distancia geográfica (Beckermann, 1956). La facilidad de una

² “España tiene en vigor 23 convenios bilaterales de Seguridad Social, además del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, aplicable en 11 países, y de los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social aplicables en 33 países” (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2019)

empresa para establecer diferentes tipos de actividad económica en otro país contribuye a disminuir la distancia psíquica. La libre movilidad de trabajadores dentro de la Unión Europea es un ejemplo de ello, que se ve complementada por la directiva de trabajadores desplazados de la Unión Europea (Europa, 1996) y permite aplicar la normativa laboral del país de origen bajo unas determinadas condiciones.

La directiva sobre trabajadores desplazados tiene más influencia sobre unos sectores económicos que sobre otros. Esto se debe a la flexibilidad que supone para las empresas realizar trabajos en el extranjero manteniendo las ventajas comparativas de sus países de origen, que serán diferentes para los diferentes sectores económicos. Esta circunstancia, se une a la intención empresarial de evitar reglas en las relaciones industriales, favoreciendo así una mayor fluidez de las relaciones económicas. Por lo tanto, se mejoran las ventajas empresariales pero, sin embargo, se produce un mayor aislamiento de los trabajadores desplazados de las normas sociales del país de destino, produciéndose un incremento de la concentración empresarial y del trabajo precario (Lillie & Greer, 2007).

El incremento en ocupaciones “no tradicionales” y los cambios en la competencia en los mercados de productos en los procesos de internacionalización han derivado en diferentes métodos para conseguir abaratar los costes laborales. Tal es el caso de los trabajadores desplazados y otras fórmulas de contratación como las que se llevan a cabo a través de agencias de colocación. Esta situación disminuye los salarios y los estándares laborales, entre los que se encuentran las condiciones de seguridad en el trabajo (Meardi, 2012; Arnholtz, 2018).

El comercio internacional en España ha mejorado su situación desde el comienzo de la última crisis. El cambio en el comportamiento de la balanza comercial se produce por la disminución de las importaciones y por el incremento de las exportaciones. Las exportaciones de servicios son responsables de un veinticinco por ciento de este incremento (Fernández, 2013).

Los procesos de digitalización han permitido que se disminuyan las barreras de entrada en nuevos mercados, no solo para las exportaciones de bienes sino también para las de servicios. Este tipo de internacionalización precisa de socios para finalizar el proceso productivo, ya sea en la entrega o en el pago (Grönroos, 2016). En tales circunstancias resulta especialmente útil para la empresa del país de origen, desplazar a trabajadores al país de destino. La digitalización de la economía, junto a la caída de los costes de las telecomunicaciones, han contribuido al incremento de las exportaciones españolas de servicios no turísticos, que han contribuido en dos tercios al superávit de la cuenta corriente en 2017 (CES, 2019).

El Acuerdo general del comercio de servicios (AGCS), define el comercio de servicios como el suministro de un servicio que se da:

“a) del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro; b) en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro; c) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro; d) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro”. (OMC, 1995)

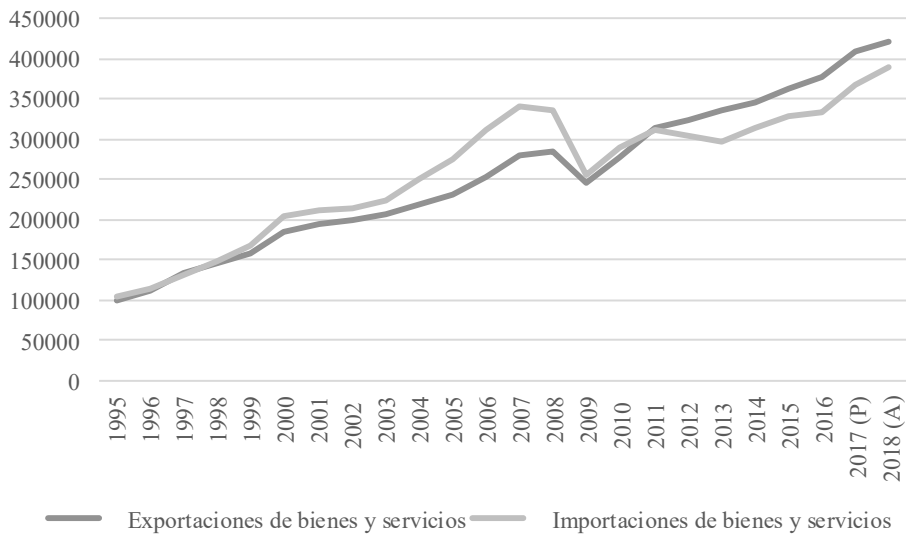
El último de los casos, hace referencia al comercio de servicios que se produce por el desplazamiento de trabajadores de un territorio a otro con la finalidad de llevar a cabo la prestación del mismo en cualquiera de sus etapas. La especialización y la fragmentación de las cadenas de suministro hacen que los distintos territorios tiendan a especializarse en determinadas etapas. Esta situación se produce combinada con un aumento del contenido de servicios en las manufacturas (Gandoy, Díaz, & González, 2018).

La mejora en la coyuntura económica de los últimos años se da en el contexto de crecimiento del número de trabajadores desplazados de su lugar de trabajo habitual. Esta relación entre crecimiento económico y trabajadores desplazados³ la analizan en Ismeri Europa (2012).

3. El comercio de servicios en España

La Balanza comercial española ha sido tradicionalmente deficitaria. Sin embargo, desde 2012 se observa un cambio en la tendencia de exportaciones e importaciones, presentando un saldo comercial de bienes y servicios positivo, tal y como se observa en la Figura 1.

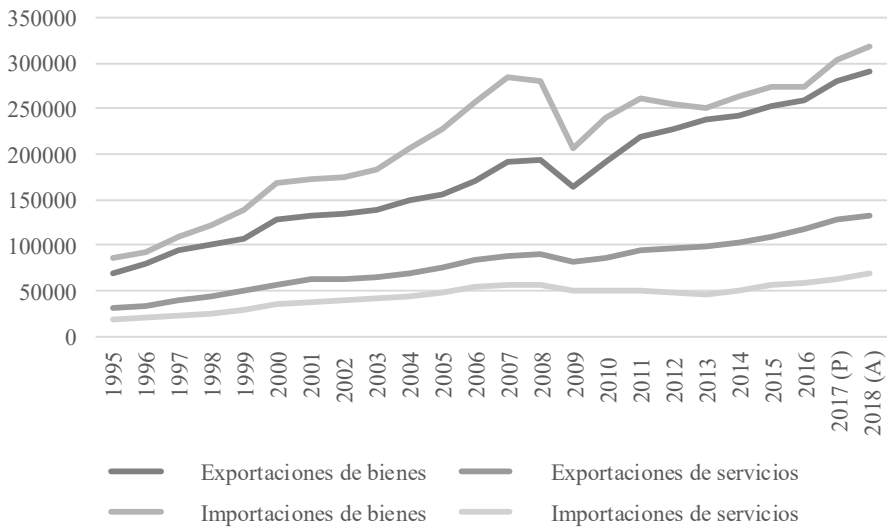
³ Se entiende por trabajadores desplazado *“todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente”* (Directiva 76/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 1996).

Figura 1 Comercio exterior de bienes y servicios en España

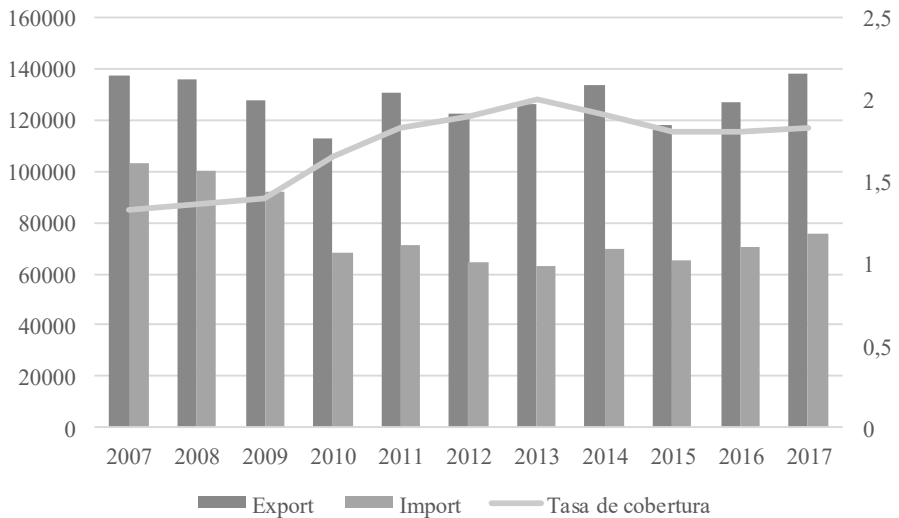
Elaboración propia. Fuente: INE (2020). Datos en millones de euros.

El saldo comercial de bienes y servicios ha continuado presentando signos negativo y positivo, respectivamente (Figura 2). Aunque ambos han mejorado desde el comienzo de la crisis en 2008, la cobertura de servicios alcanzó su máximo valor en el año 2013 (2,16) y la de bienes en el año 2016 (0,95). El avance de los últimos datos disponibles (2018) indican que la cobertura de bienes y servicios es, respectivamente, de 0,91 y 1,89. Es decir, la cobertura de servicios duplica a la de bienes. El incremento del comercio internacional en España se ha incrementado en un 30% desde 2008 y se compone en un 75% de bienes y en un 25% de servicios, sin embargo, el crecimiento del comercio de servicios ha sido un 33% superior al de bienes.

Los desplazamientos de trabajadores corresponden a exportaciones de servicios como tal o asociados a otros bienes. La evolución del comercio de servicios presenta una mejora de la tasa de cobertura del 37% desde 2007. Esta mejoría se justifica principalmente por la disminución de las importaciones de servicios (26%) y por el mantenimiento del nivel de exportaciones (0,8%), tal y como se refleja en la Figura 3.

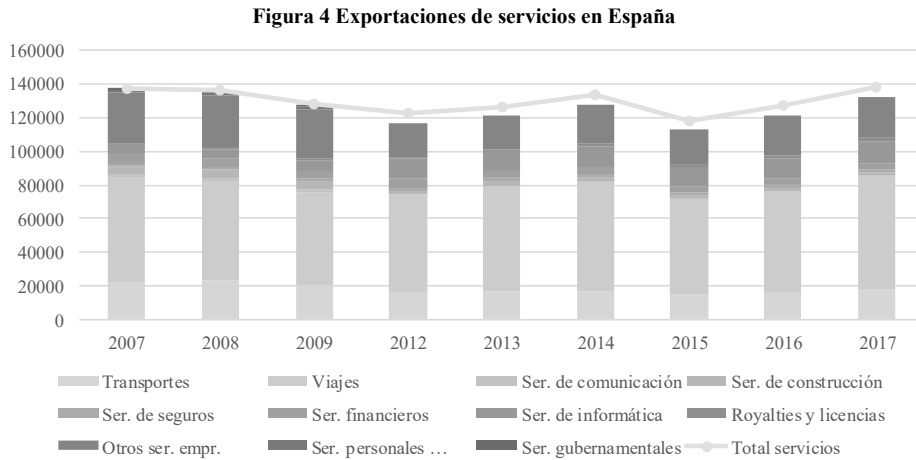
Figura 2 Flujos comerciales de bienes y de servicios

Elaboración propia. Fuente: INE (2020). P: previsión; A: avance. Datos en millones de euros.

Figura 3 Evolución del comercio de servicios en España

Elaboración propia. Fuente: Comtrade (ONU, 2019). Datos en millones de dólares.

Un análisis más desagregado se puede llevar a cabo a partir de los datos de la balanza de pagos del comercio de servicios (EBOPS por sus siglas en inglés, Balance of payment strade in services item) (ONU, 2019). La Figura 4 y la Tabla 1, muestran la evolución y las ponderaciones de cada tipo de servicio dentro de las exportaciones españolas entre 2007 y 2017.



Elaboración propia. Fuente: Comtrade (ONU, 2019). Ser.: Servicios Para 2010 y 2011 sólo están disponibles las exportaciones de viajes: 54.642 y 62.239 respectivamente, siendo su total de 113.259 y 130.739. Datos en millones de dólares.

Los datos que reflejan la Figura 4 muestran un incremento moderado de las exportaciones de servicios, que se han visto favorecidas por la aportación de viajes, seguros, informática y royalties. Sin embargo, transportes, construcción, servicios financieros y otros servicios empresariales han disminuido su peso en el total para el periodo entre 2007 y 2017.

El principal componente de las exportaciones de servicios españolas son los servicios de viajes, que representan en 2017 un 49% del total de las exportaciones de los servicios de los que se dispone de datos⁴, seguido por otros servicios empresariales, transportes, informática, financieros, seguros, royalties y construcción (Tabla 1).

La Tabla 2 muestra los flujos comerciales de España con los países de la Unión Europea, de la EFTA y del mundo en conjunto. En 2016, un 86% de las exportaciones de servicios españolas tienen como destino la UE-15⁵, y un 92% de las importaciones proviene de este grupo de países. Sin embargo, la tasa de cobertura con EFTA y UE-13 es significativamente superior a la existente con UE-15, que en 2016 es de 1,65. Es decir, existe un menor superávit con los países con los que más intercambios de servicios se producen.

⁴ Transportes, viajes, construcción, seguros, servicios financieros, informática, royalties y licencias y otros servicios empresariales. No se dispone de datos de comunicación, personales y gubernamentales.

⁵ UE-15 incluye: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suecia y Reino Unido. EFTA: Islandia, Noruega y Suiza. UE-13: El resto de países incluidos en la Tabla 2.

Tabla 1 Ponderación dentro de las exportaciones de servicios en España

	2007	2008	2009	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Transportes	0,16	0,17	0,16	0,13	0,13	0,13	0,13	0,13	0,13
Viajes	0,45	0,43	0,43	0,47	0,50	0,49	0,48	0,48	0,49
Ser. de comunicación	0,01	0,02	0,02	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
Ser. de construcción	0,03	0,04	0,03	0,02	0,02	0,01	0,01	0,01	0,01
Ser. de seguros	0,01	0,01	0,01	0,02	0,02	0,02	0,02	0,02	0,02
Ser. financieros	0,05	0,04	0,03	0,04	0,03	0,03	0,03	0,03	0,03
Ser. de informática	0,04	0,04	0,05	0,10	0,09	0,09	0,09	0,09	0,09
Royalties y licencias	0,00	0,01	0,01	0,01	0,01	0,01	0,01	0,02	0,02
Otros ser.empresarial.	0,22	0,23	0,23	0,16	0,16	0,17	0,18	0,19	0,17
Ser. personales ...	0,01	0,01	0,01	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
Ser. gubernamentales	0,01	0,01	0,01	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.

Elaboración propia. Fuente: Comtrade (ONU, 2019). n.d.: No disponible. Ser.: Servicios. Para 2010 y 2011 sólo están disponibles las exportaciones de viajes: 0,48 en ambos años. El dato de Royalties y licencias de 2017 es 0,004. Datos en términos unitarios.

Las exportaciones de servicios se dirigen principalmente a Reino Unido, Alemania y Francia. Estos países suponen en conjunto el 53% y el 58% de las exportaciones e importaciones de servicios, respectivamente. La composición de las exportaciones de servicios a estos países es principalmente de servicios de viajes y supone para 2016, en cada uno de los tres casos, más del 60% de total. El componente principal de las exportaciones de servicios españolas son los viajes y está seguido por transportes.

Tabla 2 Comercio de servicio de España con el resto de Europa por países

	Exportaciones				Importaciones				Cobertura			
	2014	2015	2016	2017	2014	2015	2016	2017	2014	2015	2016	2017
AT	861	806	1084		323	272	306		2,67	2,97	3,54	
BE	3567	3360	3460		2011	2069	2188		1,77	1,62	1,58	
DK	1807	1470	1722		352	322	372		5,13	4,57	4,63	
FI	1072	849	854		169	145	131		6,35	5,85	6,54	
FR	15267	12605	13184		9592	8921	9465		1,59	1,41	1,39	
DE	15089	13224	13829		8006	7216	7978		1,88	1,83	1,73	
EL	348	373	422		129	162	153		2,70	2,30	2,76	
IE	2766	2712	3183		2790	2594	3223		0,99	1,05	0,99	
IT	5153	4644	4792		3369	3055	3146		1,53	1,52	1,52	
LU	1431	1386	1403		1093	966	1199		1,31	1,44	1,17	
NL	6060	5650	6132		2896	2698	3359		2,09	2,09	1,83	
PT	3831	3378	3386		2171	1877	1964		1,76	1,80	1,72	
SE	2647	2186	2660		672	678	724		3,94	3,23	3,68	
UK	19542	17456	19084		10069	10186	11367		1,94	1,71	1,68	
BG					50	40	54					
HR	70	102	87		25	20	25		2,79	5,11	3,43	
CY	72	65	58		76	67	55		0,95	0,98	1,04	
CZ	662	652	751		236	231	251		2,80	2,83	2,99	
EE	100	75	117		44	12	25		2,27	6,18	4,61	
HU	243	265	260		355	247	273		0,69	1,07	0,95	
LV	132	106	112									
LT	126	106	162		44	41	35		2,88	2,59	4,56	
MT	146	179	289		355	322	268		0,41	0,56	1,08	
PL	1007	1096	1168		357	503	415		2,82	2,18	2,82	
RO	377	370	453		328	268	285		1,15	1,38	1,59	
SK	130	133	178		122	94	121		1,07	1,41	1,48	
SI	100	99	118		35	34	41		2,88	2,87	2,89	
IS	126	132	141									
NO	2302	1625	1446		258	204	210		8,93	7,96	6,88	
CH	7240	5961	6492		2492	2222	2034		2,91	2,68	3,19	
UE15	79440	70101	75194		43641	41161	45574		1,82	1,70	1,65	
UE13	3164	3249	3753		2027	1880	1850		1,56	1,73	2,03	
EFTA	9668	7717	8078		2750	2426	2244		3,52	3,18	3,60	
Total	92272	81067	87026		48418	45467	49668		1,91	1,78	1,75	
Mundo	133410	118118	126818	138510	69790	65382	70283	75992	1,91	1,81	1,80	1,82

Elaboración propia. Fuente: Comtrade (2019). Los datos no disponibles aparecen en blanco. Datos en millones de dólares.

4. Trabajadores desplazados

Los trabajadores desplazados son aquellos que, residiendo y estando empleados en un país, son desplazados por su empleador o bien se desplazan ellos mismos, si son autoempleados, de forma temporal, a otro en el marco de la prestación transnacional de servicios. Estos desplazamientos se caracterizan por la temporalidad, es decir, el trabajador a instancias de un empleador se traslada a otro país para prestar un servicio y mantiene, por tanto, un vínculo laboral con su país de origen y una situación diferente de la del trabajador migrado, sin vínculo laboral en su país.

El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de internacionalización de las empresas, se realiza entre países de la Unión Europea (UE), pero también fuera de este ámbito. En el caso de la legislación española, si el desplazamiento es a un país fuera de la UE, la regulación aplicable en materia de Seguridad Social depende de la existencia o no de convenio bilateral. Si existe convenio bilateral, la empresa deberá comunicar a la Seguridad Social el desplazamiento mediante el modelo TA-300 y en cada convenio se especifica además un formulario, la cotización se hará conforme se especifique en el convenio. Si no existe convenio bilateral, el desplazamiento del trabajador se comunica mediante el modelo DP-90, para mantener los derechos de Seguridad Social hay que mantener el alta y tanto empresa como trabajador tendrán que cotizar en el país de destino conforme a la legislación aplicable en este.

En el seno de la UE existe, desde la década de los noventa, una normativa sobre el desplazamiento temporal de trabajadores entre estados miembros relativa a las condiciones laborales y de Seguridad Social. La norma base es la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁶. Esta normativa concebida como de mínimos de condiciones de trabajo para la protección de los trabajadores desplazados, resultó ser en su aplicación una normativa de máximos para favorecer la competitividad y la libertad de mercado (Cremers, 2016). Una primera modificación de esta normativa se produce en 2014 con la aprobación de la Directiva 2014/67/UE sobre garantía de cumplimiento de la directiva 96/71/CE mediante la cual se pretenden evitar los falsos desplazamientos. Finalmente, la directiva de desplazamiento de trabajadores ha sido modificada por la directiva 2018/957/EU de 28 de junio de 2018, estableciéndose un plazo hasta el 30 de julio de 2020 para que los estados miembros adapten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a la directiva.

Los cambios más importantes que incorpora la última directiva son: aplicación de las mismas normas de remuneración a los desplazados que a los trabajadores locales, creación de la figura del desplazado de larga duración⁷ –cuya condición le hace objeto de la aplicación de todas las condiciones de trabajo del estado miembro donde realice este–, ampliación de número de convenios colectivos aplicables a los trabajadores desplazados, garantía para los trabajadores que se desplacen a través de empresas de trabajo temporal de las mismas condiciones que se aplican a los trabajadores que a través de estas empresas desempeñan su trabajo en el mercado local y, mayor colaboración en

⁶ En esta normativa, el trabajador desplazado es el asalariado, no se incluyen los trabajadores autónomos.

⁷ Desplazados más de 12 meses, ampliable a 18 meses si el prestador presenta una justificación motivada.

la transmisión de la información desde el país que desplaza al trabajador hacia el país receptor y en la lucha contra al fraude⁸.

En el caso de desplazamiento de trabajadores españoles a estados miembros de la UE, éste se comunica también a la Seguridad Social mediante el modelo TA-300 y ésta emite el documento portable A1.

En el desplazamiento temporal de trabajadores en la UE pueden considerarse tres situaciones:

- Trabajadores desplazados por cuenta y bajo la dirección de un empleador para la ejecución de un contrato de prestación de servicios que este último ha realizado con un tercero establecido en otro estado miembro.
- Trabajadores desplazados por un empleador a sedes establecidas en otros estados miembros.
- Trabajadores desplazados por empleadores que son agencias temporales de empleo y que ponen a un trabajador a disposición de otra empresa que contrata sus servicios para prestar servicios o por estar establecida en otro estado miembro.

Para que el trabajador se considere desplazado temporal se deben de cumplir una serie de requisitos:

- El desplazamiento no debe exceder de 24 meses⁹.
- El trabajador debe haber estado cotizando antes en España.
- El trabajador sólo puede sustituir a otra persona desplazada si la suma del tiempo de desplazamiento de ambos trabajadores no excede los 24 meses.

En el seno de la Unión Europea existen dos modalidades de desplazamiento, aquellos que se realizan a un único país de destino (artículo 12) y los que tienen como destino dos o más Estados Miembros (artículo 13)¹⁰. Los desplazamientos del artículo 12 comprenden: 1) empleados que realizan normalmente su actividad en un estado miembro y que son desplazados por su

⁸ DIRECTIVA (UE) 2018/957 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, consultada el 15 de febrero de 2020 en <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0957>

⁹ Si excede de este tiempo, pueden contemplarse dos situaciones. Si es necesario el mantenimiento del trabajador en el destino y se muestra el carácter temporal, se puede prorrogar la cotización en España. Si pierde su carácter temporal causaría baja en la Seguridad Social.

¹⁰ Respectivamente artículos 12 y 13 de la normativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la UE (Regulation (EC) No 883/2004). Existe un porcentaje residual en otras modalidades de desplazamiento (funcionarios, personal de aviación...)

empleador a otro estado miembro para realizar una actividad similar; 2) empleados autónomos que realizando una actividad en un estado miembro se desplazan a otro para realizar una actividad similar. En ambos casos, siguen cubiertos por la seguridad social del país de origen hasta 24 meses. Los desplazamientos del artículo 13 comprenden a empleados y autónomos desplazados a más de un estado miembro, en este caso sólo están cubiertos por la Seguridad Social de uno de los estados miembro. El documento portable A1 recoge a qué régimen de Seguridad Social y de qué país está acogido (De Wispelaere y Pacolet, 2018).

No obstante, como señalan De Wispelaere y Pacolet (2018, p. 8) el concepto de desplazado es distinto según la regulación básica (Regulation (EC) No 883/2004) y la directiva de trabajadores desplazados. Así la directiva no contempla a los trabajadores autónomos del artículo 12 de la regulación básica y en cambio, puede haber trabajadores desplazados a dos o más estados miembros, considerados en la categoría de desplazados por la directiva, pero no por la regulación básica.

La normativa de la UE de desplazamiento temporal de trabajadores persigue la igualdad en cuanto a derechos laborales de estos trabajadores con los locales y evitar el *dumping social*¹¹. La equiparación para los desplazados debe ser en: salario mínimo, tiempo de trabajo y descanso, vacaciones retribuidas, seguridad y salud laboral, igualdad y no discriminación. No obstante, la forma de fijar las retribuciones salariales –parte fija y variable– y desiguales esquemas de protección social, puede llevar a un abaratamiento de costes laborales a las empresas (Riesco Sanz, García López y Maira Vidal, 2018)

5. Desplazamiento de trabajadores entre estados miembros de la Unión Europea

La figura del trabajador desplazado constituye un tipo particular de movilidad laboral entre territorios, vinculada en su origen al derecho reconocido en el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la UE de libre prestación transnacional de servicios. Como hemos visto en el apartado anterior tiene algunos rasgos característicos, duración limitada en el tiempo, prestación de un servicio y sistema de seguridad social aplicable entre otros.

Este fenómeno ha alcanzado importantes dimensiones en Europa vinculado por una parte a la internacionalización de las empresas y por otra a su utilización para abaratar costes, importando, a través de esta figura, trabajadores de países que ofrecen una menor protección social y en el que las cotizaciones sociales son menores. Y ello a pesar de que diversos autores indican que la

¹¹ El *dumping social* se produce cuando las empresas llevan a cabo acciones para esquivar las regulaciones del país en el que prestan sus servicios, consiguiendo así una ventaja respecto a sus competidores, normalmente en cuanto a costes.

dimensión ofrecida por las fuentes de datos disponibles para su análisis es seguramente inferior a la real (Mussche, Corluy y Marx, 2018).

La principal fuente de información disponible sobre trabajadores desplazados en Europa son los formularios A1 que, en teoría, deben ser emitidos por los estados miembros cuando desplacen a un trabajador con la información de la legislación aplicable a dicho trabajador en materia de Seguridad Social. No obstante, esta información hay que interpretarla con precaución ya que como señala la propia Comisión Europea (2016), el contraste con fuentes nacionales de algunos países indica una infravaloración del fenómeno de los trabajadores desplazados entre estados miembros de la UE.

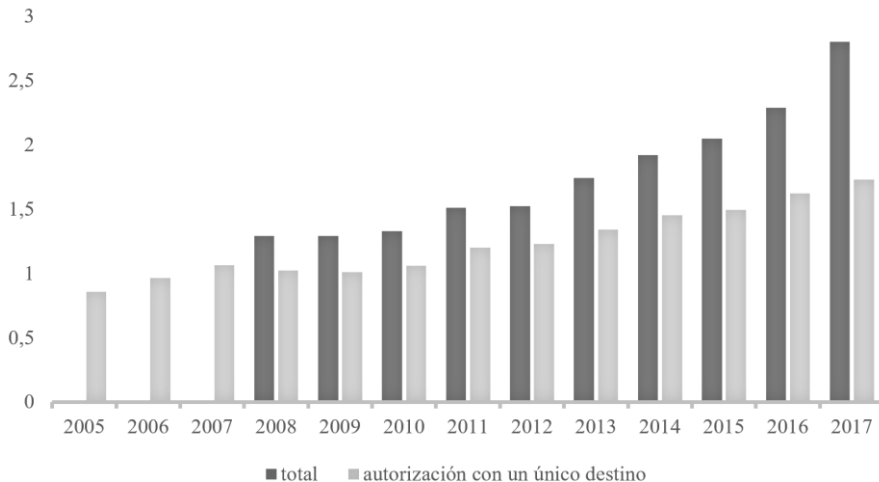
Algunos países tienen implantados registros sobre recepción de trabajadores desplazados que muestran que, si bien las fuentes que manejamos de la UE pueden indicarnos la tendencia, infravaloran el fenómeno. Este es el caso de la aplicación telemática LIMOSA implantada en Bélgica, RUT (Register for Foreign Service Providers) de Dinamarca y "Déclaration préalable de détachement" de Francia (Tabla 3).

Tabla 3 Comparación de datos de la UE y de Estados Miembros sobre trabajadores desplazados recibidos en 2014

País	Documentos portables A1 recibidos	
Bélgica(LIMOSA)	159753	Nº de declaraciones: 499840 Nº de personas: 205279
Dinamarca(RUT)	10869	59351
Francia	190848	228650

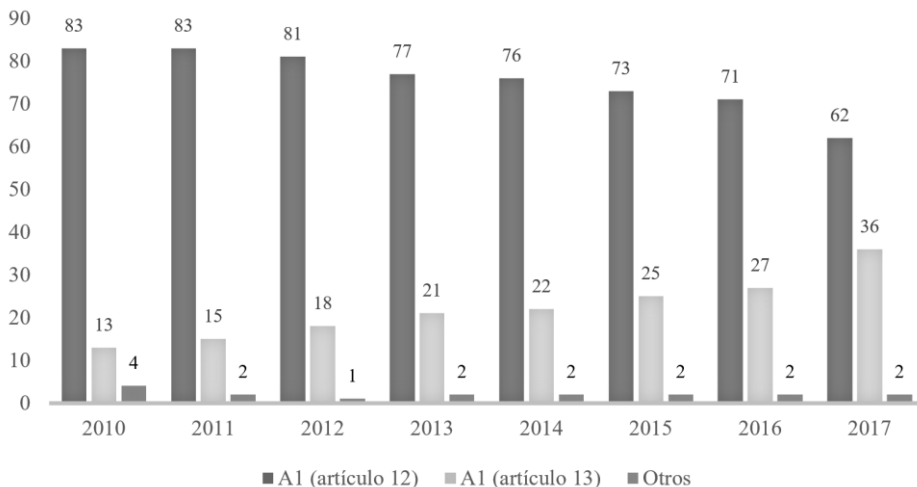
Fuente: Comisión Europea (2016, p.57)

Basándonos en la información de documentos portables A1 recogida en Ismeri Europa (2012), Comisión Europea (2016) y Pacolet y De Wispelaere (2014; 2015; 2016) y De Wispelaere y Pacolet (2017; 2018) presentamos un análisis de la evolución de los desplazamientos de trabajadores entre estados miembros de la UE en el marco de la prestación transnacional de servicios (Figura 5).

Figura 5 Evolución del número de solicitudes de desplazamiento UE-EFTA. Datos en millones

Elaboración propia. Fuente: Ismeri Europa (2012), Comisión Europea (2012) y Pacolet y De Wispelaere (2014; 2015; 2016) y De Wispelaere y Pacolet (2017 y 2018)

Los datos recogidos en la gráfica reflejan que se trata de un fenómeno que ha crecido (2,8 millones de A1 emitidos, lo que representa un 22% más que en 2016). Los datos de desplazamiento con un único país de destino se han duplicado entre 2005 y 2017, concretamente han crecido más de 101% y ello teniendo en cuenta que en los dos años de mayor agudeza de la crisis 2008 y 2009, el crecimiento fue negativo del -3,73% y -1,28%, respectivamente. Aunque el desplazamiento con un único país de destino ha sido la forma predominante en todo el periodo, el desplazamiento con más de un país de destino ha experimentado un mayor crecimiento en los últimos años (De Wispelaere y Pacolet, 2018).

Figura 6 Porcentaje de Documentos Portables A1 emitidos según modalidad (2010-2017)

Elaboración propia. Fuente: De Wispelaere y Pacolet (2018)

Como se muestra en la Figura 6 los A1 del artículo 13 sólo representaban el 13% del total en 2010 y han pasado a representar en 2017 el 36%.

La evolución en porcentaje sobre el total de portables A1 en el periodo 2012-2017 para cada país UE-EFTA refleja que Polonia y Alemania son los países con mayor peso, aunque han disminuido su peso en el total. En 2012, la tercera posición la ocupaba Francia que ha disminuido mucho su peso, de representar el 9,23% de los A1 emitidos ese año, ha pasado a representar un 3,98%. España que ocupaba la cuarta posición en 2012 pasa a ocupar la tercera, representando en 2017 el 6,82% de los A1 emitidos, le sigue Eslovenia, Italia y Bélgica.

Tabla 4 Porcentaje que representa los A1 emitidos por cada país sobre el total para la UE-EFTA (2012-2017)

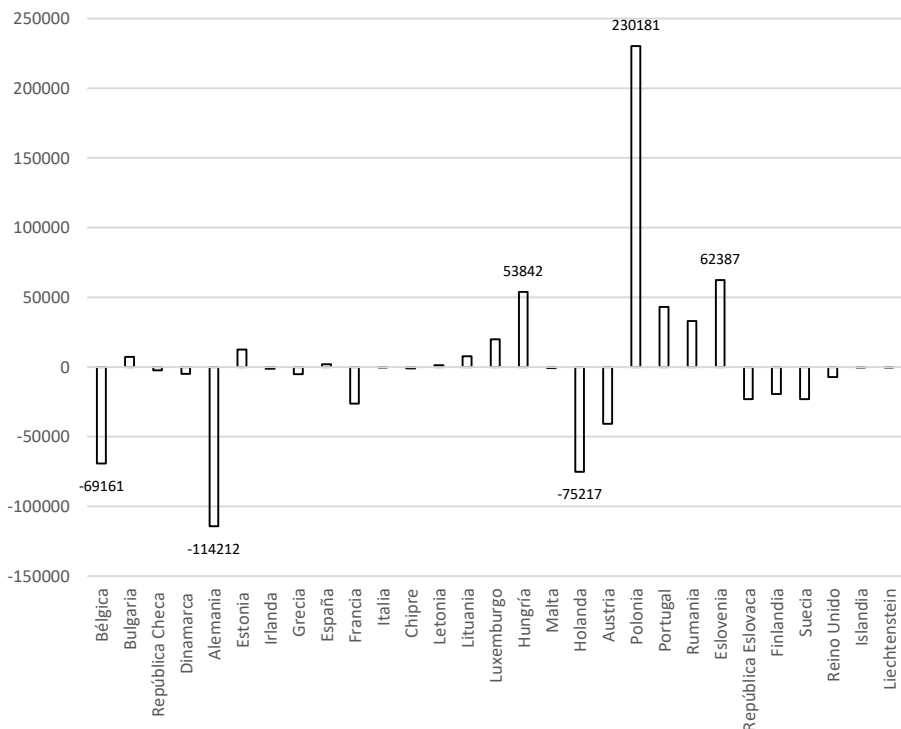
	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Bélgica	3,92	4,80	4,16	4,21	4,55	4,79
Bulgaria	0,78	0,81	0,74	0,77	0,86	1,29
Rep. Checa	1,58	1,78	1,65	1,81	2,08	2,42
Dinamarca	1,28	1,45	1,06	1,47	1,29	1,35
Alemania	15,94	14,61	13,33	11,75	11,35	14,26
Estonia	1,22	0,91	0,78	0,75	0,78	0,68
Irlanda	0,51	0,42	0,40	0,39	0,32	0,28
Grecia	0,12	0,12	0,19	0,23	0,30	0,26
España	5,05	5,84	5,81	6,13	6,43	6,82
Francia	9,23	7,49	6,52	6,79	5,93	3,98
Croacia	0,00	0,59	1,44	1,90	1,86	2,14
Italia	3,43	3,39	3,88	4,48	5,00	5,44
Chipre	0,15	0,13	0,10	0,15	0,16	0,14
Letonia	0,35	0,43	0,35	0,38	0,47	0,74
Lituania	0,92	1,00	1,00	1,23	1,34	2,50
Luxemburgo	2,90	1,86	3,24	3,07	3,00	2,63
Hungría	4,27	3,93	3,56	3,11	2,85	2,96
Malta	0,02	0,02	0,02	0,01	0,02	0,05
Holanda	5,52	5,50	6,05	4,64	4,31	3,70
Austria	2,63	2,42	2,54	3,14	3,28	2,46
Polonia	22,37	22,13	22,32	22,60	22,43	20,45
Portugal	3,67	4,76	3,89	3,17	2,81	3,03
Rumania	2,92	2,98	2,98	2,29	2,22	3,02
Eslovenia	4,32	4,82	5,38	6,19	7,17	6,81
Rep. Eslovaca	3,21	3,24	4,66	4,80	4,89	4,03
Finlandia	0,41	0,40	0,36	0,46	0,36	0,29
Suecia	0,40	0,67	0,57	0,61	0,50	0,38
Reino Unido	2,83	2,36	1,72	2,16	2,15	1,77
Islandia	0,02	0,02	0,01	0,01	0,01	0,01
Noruega	n.d.	n.d.	0,17	0,19	0,18	0,15
Liechtenstein	0,03	0,03	0,03	0,06	0,06	0,04
Suiza	n.d.	1,10	1,08	1,04	1,04	1,12

Elaboración propia. Fuente: De Wispelaere y Pacolet (2018)

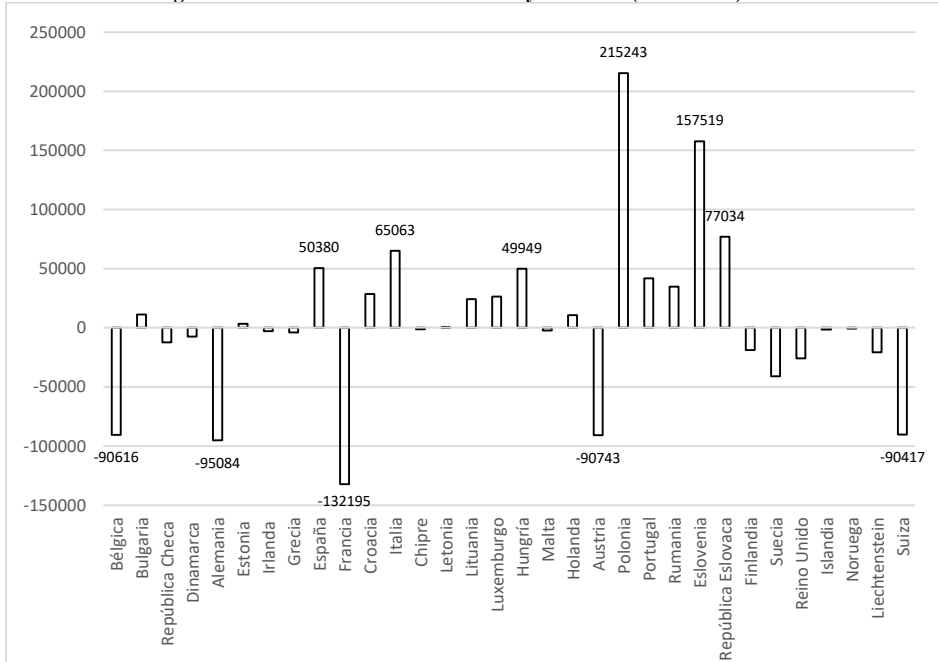
Si comparamos para cada país los A1 emitidos y recibidos (Figura 7) en el año 2012, Polonia que es el principal emisor es el que presenta una diferencia positiva mayor entre emitidos y recibidos. Sin embargo, Alemania que es el segundo país emisor presenta el mayor saldo negativo, es decir la recepción es superior a la emisión, seguido de Holanda y Bélgica. Los principales países receptores ese año son Alemania (29,73%), Francia (13,85%), Bélgica (11,01%) y Holanda (8,80%). En ese año, España fue el sexto país receptor (4,01%) después de Italia (4,30%), pero el saldo (emitidos-recibidos) fue positivo con una diferencia de 2057 A1.

Los datos de 2017 para los A1 del artículo 12 se recogen en la Figura 8, reflejan que sigue siendo Polonia, el país en el que la diferencia entre emitidos y recibidos sigue siendo mayor, seguido de Eslovenia, República Eslovaca, Italia y España. En el otro lado, es decir en aquellos países en los que la recepción es superior a la emisión, Francia ocupa la primera posición seguido de Alemania, Austria, Bélgica y Suiza.

Figura 7 Balance neto entre A1 emitidos y recibidos. 2012

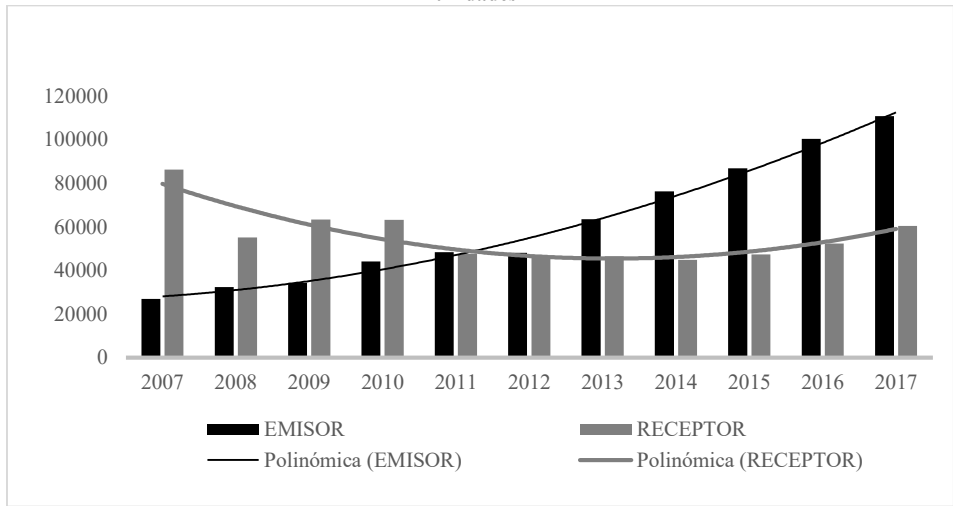


Elaboración propia. Fuente: Pacolet y De Wispelaere (2014)

Figura 8 Balance neto entre A1 emitidos y recibidos (artículo 12). 2017

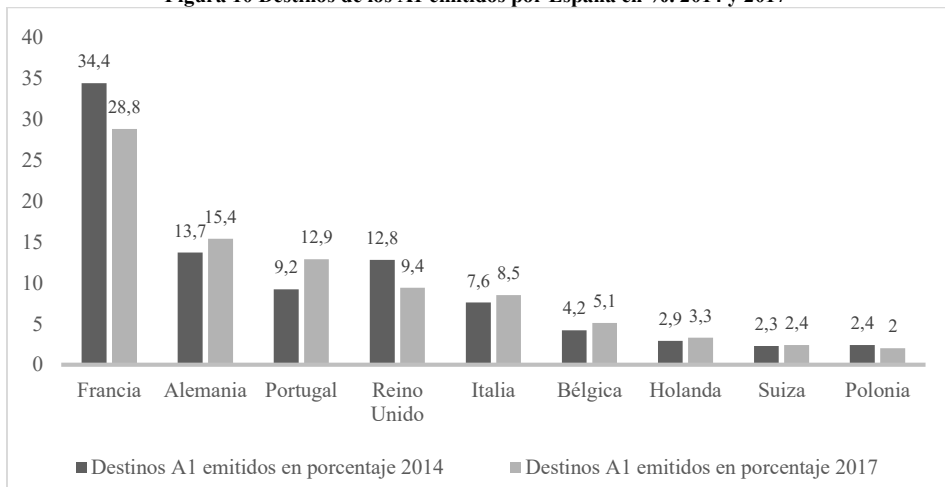
Elaboración propia. Fuente: De Wispelaere y Pacolet (2018)

La evolución para España de los A1 emitidos y recibidos con un solo país, mostrada en la Figura 9, indica que hasta el año 2010 el país era receptor, pero que a partir del año 2011, ha predominado el volumen de emisión sobre el de recepción. En el periodo considerado en la figura se han producido incrementos en la emisión de A1 todos los años, salvo entre 2011-2012 que se registró un ligero crecimiento negativo del 0,71%. El mayor crecimiento se registró entre 2012-2013, cercano al 32%. El mayor crecimiento en la recepción se produce en el último periodo (15,53%), más de cinco puntos por encima del crecimiento de los A1 emitidos (10,35%), aunque muy por encima del 6,58% que crecen los A1 emitidos con un solo destino para el conjunto. Si además consideramos el total de A1 emitidos con país emisor España, el crecimiento experimentado entre 2016 y 2017 ha sido del 29,66%, por encima también del 22,35% que presentaba el conjunto.

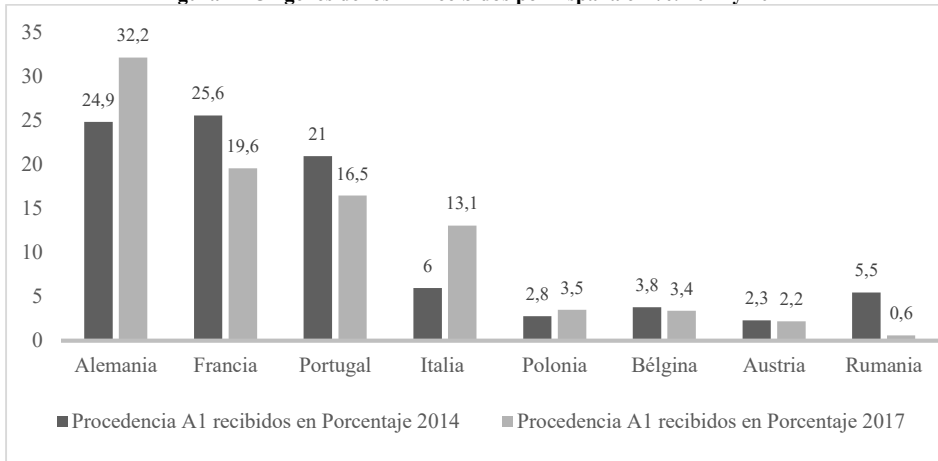
Figura 9 Evolución del número de A1 emitidos y recibidos con un único país (España). Datos en unidades

Elaboración propia Fuente: Ismeri Europa (2012), De Wispelaere y Pacolet (2018)

Según los datos recogidos en De Wispelaere y Pacolet (2018) para 2017 los destinos de los A1 emitidos (artículo 12) por España son principalmente a Francia (28,8%), Alemania (15,4%) y Portugal 12,9% (Figura 10). Las posiciones se mantienen con respecto a 2014, salvo el intercambio de posición de Portugal y Reino Unido como destinos. En cuanto a los recibidos (Figura 11), el mayor porcentaje procede de Alemania (32,2%), seguido de Francia (19,6%) y Portugal (16,5%). Con respecto a 2014, el peso de los A1 recibidos de Alemania e Italia sube y disminuye el de Francia y Portugal.

Figura 10 Destinos de los A1 emitidos por España en %. 2014 y 2017

Elaboración propia Fuente: Pacolet y Wispelaere (2015); DeWispelaere y Pacolet (2018)

Figura 11 Orígenes de los A1 recibidos por España en %. 2014 y 2017

Elaboración propia Fuente: Pacolet y Wispelaere (2015); DeWispelaere y Pacolet (2018)

En cuanto a la composición por sector y actividad económica de los desplazados, no existe información completa para todos los países que envían trabajadores. Concretamente, esa información no se publica para España. En la Tabla 5 recogemos la distribución sectorial de los A1 emitidos para el total de países que publican esos datos. Para el año 2017, los datos aparecen en % y en valor absoluto y también por modalidad de desplazamiento. Para el año 2013 sólo disponemos de la distribución porcentual del total.

Tabla 5 Autorizaciones A1 emitidas por actividad económica 2013 y 2017

	INDUSTRIA		SERVICIOS										TOTAL
	Total industria	Construcción dentro de industria	Total servicios	Comercio	Hostelería	Transporte y almacenamiento; información y comunicaciones	Dentro del cual: Transporte de mercancías por carretera	Activ. financieras y seguros; Activ. inmobiliarias; Activ. profesionales, científicas y técnicas; Activ. administrativa y servicios auxiliares	Dentro de las cuales: Empresas de Trabajo Temporal	Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento; Otros servicios	Dentro de las cuales: Activ. sanitarias y de servicios sociales		
2017	Autorizaciones A1 emitidas (con un único país de destino) (*)	8008	423191	242887	23089	6305	28351	10425	87651	34229	87835	15392	911017
	%	0,88	46,45	26,66	2,53	0,69	3,11	1,14	9,62	3,76	9,64	1,69	100
2013	Autorizaciones A1 emitidas (con dos o más países de destino) (**)	2964	87357	358795	12570	1666	256612	245562	13854	3142	71885	42351	489897
	%	0,61	17,83	73,24	2,57	0,34	52,38	50,13	2,82	0,64	14,67	8,64	100
2013	TOTAL	10972	510548	601682	35659	7971	284963	255987	101485	37371	159720	57743	1400914
	%	0,78	36,44	42,95	2,55	0,57	20,34	18,27	7,24	2,67	11,40	4,12	100
2013	TOTAL (***)												
	%	1,6	43,9	31,8	1,4	0,6	2		6,9				

Elaboración propia. Fuente: Pacolet y De Wispelaere (2014) y De Wispelaere y Pacolet (2018)

* Datos procedentes de 21 Estados

** Datos procedentes de 15 Estados

*** Con datos procedentes de 18 Estados

Los desplazados en el sector primario representan un porcentaje inferior al 1% y además han perdido peso en los 5 últimos años en los que se dispone de datos. La mayor proporción de A1 corresponde a la industria, que representaba en 2017 más del 56%, aunque habría perdido casi 10 puntos de peso en relación con los datos de 2013. El sector servicio representa en 2017 casi el 43% de los A1 emitidos, 11 puntos por encima del peso que tenía en 2013.

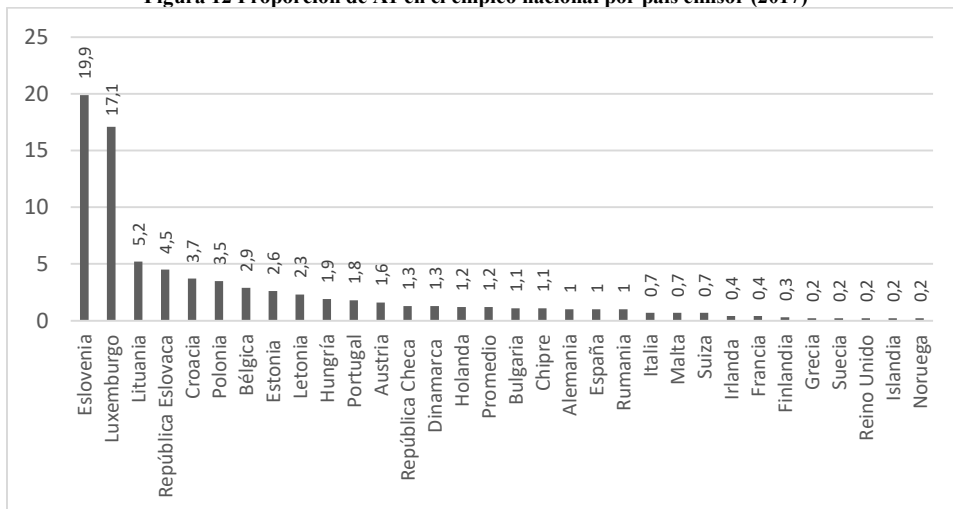
Dentro de la industria, cerca del 65% de los A1 emitidos eran para el sector de la construcción en 2017, lo que representaba un 36,44% del total de A1 emitidos, cerca de 7,5 puntos por debajo del dato de 2013.

Para el sector servicios, el mayor número de A1 emitidos se concentra en Transporte y almacenamiento; información y comunicaciones que representa más del 47% de los A1 del sector servicios y el 20,34% de todos los A1 emitidos. Dentro de este subsector, el transporte de mercancías por carretera representa el 42,5% de los A1 del sector servicios y el 18,27% de todos los A1 emitidos. Los otros subsectores con mayor peso entre los A1 emitidos en el sector servicio son Educación; Actividades sanitarias y de servicios sociales; Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento; Otros servicios así como Activ. financieras y seguros; Activ. inmobiliarias; Activ. profesionales, científicas y técnicas; Activ. administrativas y servicios auxiliares, entre las que estarían las empresas de trabajo temporal.

Si analizamos para el año 2017, los A1 con un único país de destino, se puede concluir que para los del artículo 12 el mayor porcentaje se concentra en la industria con el 72,5%. Sin embargo, la distribución por países es muy diversa, existiendo países donde el peso de los servicios alcanza un 79% y un 98%, como son los casos de Bélgica e Islandia, en contraste con el 26% de media de todos los países. Dentro de la industria, destaca la construcción, que supone más del 46% del total. Para el caso de España, los datos de trabajadores recibidos, muestran un peso de la industria del 58%, frente al 41% que supone el cómputo total de servicios. Esta estructura difiere de la media del total, donde la industria más que duplica a los servicios (De Wispelaere & Pacolet, 2018, págs. 31-32).

La situación contraria la encontramos en los A1 emitidos con dos o más destinos, concentrándose más del 73% en el sector servicios y más del 50% en el transporte de mercancías por carretera.

Finalmente, para completar este recorrido recogemos el impacto que el desplazamiento de trabajadores tiene en los mercados de trabajo nacionales (Figura 12).

Figura 12 Proporción de A1 en el empleo nacional por país emisor (2017)

Fuente: De Wispelaere y Pacolet (2018; 20)

El impacto de los 2,8 millones A1 emitidos en el mercado laboral es sólo de 1.2%. El impacto relativo mayor es el del Eslovenia, casi el 20% y Luxemburgo, sobre el 17%. La proporción que los A1 emitidos en España representan en su mercado laboral es inferior a la media y se sitúa en el 1%. No obstante, estos datos no reflejan bien del impacto, ya que por un lado el número de A1 contabilizados puede ser inferior al número de desplazamientos temporales y, por otro lado, para un mismo trabajador se pueden emitir varios A1. En Wispelaere y Pacolet (2018, pp. 36 y 43) se estima que los A1 emitidos en 2017 representan 1.749.970 trabajadores por lo que el impacto en el mercado laboral se reduciría del 1.2% al 0,80%.

6. Conclusiones

La evolución de la economía española en términos de internacionalización de sus empresas ha sido positiva en la última década. Las exportaciones han crecido al ritmo de la principal economía de la Eurozona, la alemana, y por delante del crecimiento de las de Francia e Italia

Así, la balanza comercial española, tradicionalmente deficitaria, registra un cambio de signo a partir de 2012 y se posiciona en superávit. Han contribuido, tanto las exportaciones de bienes como las de servicios, aunque la cobertura de servicios es superior a la de bienes, 1,89 y 0,91, respectivamente, con los datos de 2018.

Desde 2008, el comercio internacional de España se ha incrementado un 30%, el mayor peso en el comercio corresponde al comercio de bienes, que representa el 75%. Sin embargo, el crecimiento del comercio de servicios ha sido

un 33% superior al de bienes, por lo que en términos relativos, podemos entender que ha sido más dinamizador de la internacionalización.

El principal componente de las exportaciones de servicios españolas son los servicios de viajes, que representan en 2017 un 49% del total de las exportaciones de los servicios seguido por otros servicios empresariales, transportes, informática, financieros, seguros, royalties y construcción.

Las exportaciones de servicios se dirigen principalmente a Reino Unido, Alemania y Francia. Estos países suponen, en conjunto, el 53% y el 58% de las exportaciones e importaciones de servicios, respectivamente.

Los desplazamientos de trabajadores corresponden a exportaciones de servicios como tal o asociados a otros bienes. El número de desplazamientos en la UE-EFTA, medido por los A1 emitidos, se ha incrementado entre 2012 y 2017 cerca del 84%, en el caso de España, el incremento de A1 emitidos ha sido superior al 148%.

La evolución para España de los A1 emitidos y recibidos con un solo país refleja que, hasta el año 2010, el saldo era receptor, pero que, a partir del año 2011, ha predominado el volumen de emisión sobre el de recepción. Este cambio de signo, unido al mayor crecimiento en la emisión, coincide con el cambio de signo a superavitaria de la balanza comercial.

Los destinos de los A1 emitidos por España son principalmente Francia, Alemania, Reino Unido, Portugal e Italia; en consonancia con los principales destinos españoles en prestación de servicios. En cuanto a los recibidos, el mayor porcentaje procede de Alemania (32,2%), seguido de Francia (19,6%) y Portugal (16,5%).

Aunque no disponemos de los datos de desplazamientos emitidos por actividad para España, la línea general en el conjunto UE-EFTA es que la mayor proporción de desplazamientos se concentra en el subsector de la construcción, seguido del transporte de mercancías por carretera. La evolución en los últimos años indica un aumento de casi 11 puntos de los desplazados en el sector servicio, una pérdida de peso paulatina del subsector construcción y un aumento del subsector transporte de mercancías y también del comercio.

La pérdida del peso de los desplazamientos en el sector de la construcción coincide con la disminución también del peso de las exportaciones de servicios de construcción en el global de las exportaciones de servicios. Al tiempo, el peso de las exportaciones de servicios de transporte se ha mantenido y el de las exportaciones de viajes ha aumentado junto a los servicios de informática.

En general, se observa que existe una coincidencia entre la tendencia de los desplazamientos por tipo de sector y la del comercio internacional de los servicios correspondientes a dichos sectores. Sin embargo, los sectores con

mayor peso en las exportaciones de servicios, no registran (según la disponibilidad de datos por los registros existentes) un peso relevante en los desplazamientos temporales de trabajadores ni en las variaciones de estos colectivos acaecidas en los últimos años.

7. Referencias

- Arnholtz, J. M. (2018). Collective wage bargaining under strain in northern European construction: Resisting institutional drift? *European Journal of Industrial Relations*, 24(4), 341-356. doi: 10.1177/0959680118790816
- Beckermann, W. (1956). Distance and the Pattern of Intra-European Trade. *Review of Economics and Statistics*, 38(1), 31-40. doi: 10.2307/1925556
- CES. (2019). *Exportación de servicios no turísticos en España*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Comisión Europea. (2016). *Impact assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*. Commission staff working document. Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0052&from=EN>
- Cremers, J. (2016). Economic freedoms and labour standards in the European Union. *Transfer*, 22(2), 149-162.
- De Wispelaere, F., & Pacolet, J. (2016). *An ad hoc statistical analysis on short term mobility – economic value of posting of workers. The impact of intra-EU cross-border services, with special attention to the construction sector*. Leuven: KU Leuven HIVA research institute for work and society.
- De Wispelaere, F., & Pacolet, J. (2017). *Posting of workers: Report on A1 portable documents issued in 2016*. Network Statistics FMSSFE, European Commission.
- De Wispelaere, F., & Pacolet, J. (2018). *Posting of workers: Report on A1 portable documents issued in 2017*. Network Statistics FMSSFE, European Commission.
- Europa. (1996). *Directiva 76/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*. Bruselas: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
- Fernández, M. J. (2013). Las exportaciones como impulsoras de la recuperación de la economía española. *Cuadernos de información económica. Economía y Finanzas españolas*, 234, 39-45.

- Gandoy, R., Díaz, C., & González, B. (2018). El papel de los servicios en las cadenas globales de valor de las manufacturas. *Papeles de economía española*, 158, 139-153.
- Grönroos, C. (2016). Internationalization strategies for services: a retrospective. *The Journal of Services Marketing*, 30(2), 129-132. doi: 10.1108/JSM-11-2015-0354
- Idea Consult. (2011). *Study on the economic and social effects associated with the phenomenon of posting of workers in the EU. Final Report Annexes. Informe VI/2009/062*. Bruselas: Comisión Europea.
- INE. (2020). Instituto Nacional de Estadística. *Contabilidad Nacional Anual de España. Revisión Estadística 2019*. Recuperado el 10 de 01 de 2020, de www.ine.es
- Ismeri Europa. (2012). *Preparatory study for an Impact Assessment concerning the possible revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of the provision of services, Final Report*. Bruselas: Comisión Europea. Obtenido de <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471>
- Johanson, J., & Vahlne, J. (2009). The uppsala internationalization process model revisited: From liability of foreignness to liability of outsidership. *Journal of International Business Studies*, 40(9), 1411-1431.
- Johanson, J., & Wiedersheim-Paul, F. (1975). The internationalization of the firm – four swedish cases. *Journal of management studies*, 12(3), 305-323.
- Lillie, N., & Greer, I. (2007). Industrial Relations, Migration, and Neoliberal Politics: The Case of the European Construction Sector. *Politics & Society*, 35(4), 551-581.
- Meardi, G. (2012). Union Immobility? Trade Unions and the Freedoms of Movement in the Enlarged EU. *British Journal of Industrial Relations*, 50, 99-120.
- Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (2019). *Plan de acción para la internacionalización de la economía española. 2019-2020*. Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.
- Mussche, N., Corluy, V., & Marx, I. (2018). How posting shapes a hybrid single European labour market. *European Journal of Industrial Relations*, 24(2), 113-127.
- OMC. (1995). *Acuerdo general sobre el comercio de servicios. Artículo I-XXVI. Anexo 1B*. Organización Mundial del Comercio.
- ONU. (2019). *Un Comtrade database*. Obtenido de <https://comtrade.un.org/>

- Pacolet, J., & De Vispelaere, F. (2015). *Posting of workers: Report on A1 portable documents issued in 2014*. Network Statistics FMSSFE, European Commission.
- Pacolet, J., & De Wispelaere, F. (2014). *Posting of workers: Report on A1 portable documents issued in 2012 and 2013*. Network Statistics FMSSFE. European Commission.
- Pacolet, J., & De Wispelaere, F. (2016). *Posting of workers: Report on A1 portable documents issued in 2015*. Network Statistics FMSSFE, European Commission.
- Riesco Sanz, A., García López, & Maira Vidal, M. (2018). *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea. El caso del transporte por carretera*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Torres, R. (2019). Crecimiento liderado por las exportaciones en la eurozona: beneficios y costes. *Cuadernos de Información Económica*, 271, 1-10.
- Xifré, R. (2019). La internacionalización de la economía española: evolución reciente y reformas pendientes. *Cuadernos de Información Económica*, 273, 19-26.

JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE A LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES*

MARÍA VILLA FOMBUENA

PROFESORA ASOCIADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

ORCID: 0000-0002-0192-5051

1. Introducción

Cuando un trabajador es destinado en el marco de una prestación de servicios transnacional a otro Estado miembro se genera una situación jurídica particular por la que una misma relación contractual es susceptible de ser conocida por varios sistemas jurisdiccionales y regulada por distintos ordenamientos jurídicos. A esto se añade una particularidad más. El hecho de que los jueces y tribunales de un Estado conozcan de una determinada controversia no conduce necesariamente a la aplicación del ordenamiento jurídico nacional, como tampoco el hecho de que se declaren incompetentes va a suponer que su Derecho interno no sea aplicado al supuesto litigioso por la jurisdicción extranjera que corresponda.

Estas premisas de partida sustentan el protagonismo incuestionable del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr), como disciplina que regula aquellas situaciones cuyos elementos están afectados por una pluralidad y diversidad de sistemas jurídicos, en el estudio de la prestación transnacional de servicio. Y más concretamente, de las soluciones que arbitran sus normas para resolver las controversias que pueden plantearse en relación con la competencia judicial y el derecho aplicable en esta materia.

2. La determinación del tribunal competente

En materia de determinación de la jurisdicción competente el DIPr se nutre tanto de disposiciones de origen nacional como de normas de ámbito supranacional –destacando particularmente el caso europeo–, aprobadas sucesivamente en el tiempo y, por tanto, generalmente heterogéneas y descoordinadas entre sí. Es decir, la ordenación de las reglas sobre competencia judicial se contiene en una pluralidad de normas de distinto origen y alcance. Teniendo esto presente y, a pesar de que este estudio se va a centrar en el examen de las reglas establecidas para los litigios planteados en el ámbito de la prestación de servicios transnacional, será necesario mencionar de manera

* Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía” (DER2017-83448-C41-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

puntual otras cuestiones más generales para completar y apoyar las reflexiones que se van a exponer aquí¹.

2.1. El Reglamento Bruselas I bis

En el ámbito europeo existe un instrumento, común a todos los Estados miembros, encargado de regular la competencia de sus tribunales. Me refiero al Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil², más conocido como Reglamento Bruselas I-bis³ (en adelante, RBI bis).

Lo primero que cabe destacar de esta norma es la denominación, cuanto menos ambigua, que utiliza el legislador comunitario, ya que, a pesar de hacer mención expresa a la materia civil y mercantil, lo cierto es que ni su regulación se limita a la determinación de la competencia judicial en cuestiones estrictamente civiles y mercantiles, ni abarca la totalidad de las materias enunciadas⁴, como demuestra el hecho de que contenga foros especiales para determinar la competencia judicial internacional en litigios planteados respecto de contratos individuales de trabajo.

Una vez presentada la norma resulta necesario introducir una importante matización. Y es que, siendo una norma que se encarga de regular la competencia de los tribunales de los Estados miembros, no es la única norma europea en la materia, ni siquiera la única de su rango; lo que nos lleva a detenernos en esta cuestión.

2.1.1. Ámbito de aplicación y normas residuales sobre competencia judicial

El régimen de competencia judicial internacional fijado por el RBI-bis viene resultando aplicable a las acciones judiciales ejercitadas desde el 10 de enero de 2015, de conformidad con el artículo 81 de la propia norma. Esto supone la imposibilidad de su aplicación retroactiva. Circunstancia que el legislador comunitario refuerza a lo largo de su articulado al mencionar la pervivencia expresa de determinadas normas sobre competencia judicial. Tal es el caso (por

¹ Para una visión general sobre la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo, véase, entre otros, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., (2006) *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 158 a 163; y JUÁREZ PÉREZ, P., (2003) *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, Granada.

² DOUE L 351, 20 diciembre 2012.

³ Aunque también ha sido bautizado como "Reglamento Bruselas I refundido" o "nuevo Reglamento Bruselas I".

⁴ Como ya manifestara SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L., (2002), "Reglas determinantes de la competencia judicial internacional en materia laboral en el Derecho comunitario", en *Temas Laborales*, Núm. 65, pp. 30-31.

lo que a nuestra materia de estudio interesa) del Convenio de Bruselas⁵ (en adelante, CB), del Convenio de Lugano de 2007⁶ (en adelante, CL), al que se hace referencia en el artículo 73 RBI-bis; y de los convenios y acuerdos bilaterales celebrados entre terceros Estados y Estados miembros con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (CE) 44/2001⁷ (en adelante, RBI) y que se refieran a materias reguladas en el actual Reglamento de 2012⁸.

Es decir, la fecha de la acción ejercitada condicionará la intervención de una u otra norma internacional para determinar qué tribunal resulta competente para conocer del asunto en cuestión. Dicho de otro modo, tanto el CB, como el RBI, el convenio de Lugano o los acuerdos en la materia entre terceros Estados y Estados miembros continúan aplicándose a las resoluciones judiciales dictadas a partir del 10 de enero de 2015, siempre que en el Estado del foro la norma en cuestión estuviese vigente en el momento de iniciar la acción⁹.

A efectos prácticos y al margen de las particularidades que puedan contemplar los convenios firmados con terceros Estados, la diferencia entre el CB, el RBI y el CL radica únicamente en la extensión territorial de su ámbito de aplicación, puesto que el contenido de estos instrumentos normativos coincide prácticamente por entero. La identidad de contenido resulta indiscutible en el caso del CB y del RBI, pues se trata de la misma norma elevada al rango de reglamento comunitario, fruto de la ampliación de competencias producida por la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. Pero también se da coincidencia prácticamente plena¹⁰ entre el CB y el CL, ya que la segunda norma trae causa

⁵ Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 por los seis Estados que entonces formaban la Comunidad Europea (Francia, Italia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos y Bélgica) y al que se irían adhiriendo nuevos Estados con ocasión de su integración en la Unión Europea. Versión consolidada del convenio publicada en 1998 (DOCE C27, de 26 de enero de 1998).

En relación con la pervivencia de este convenio para concretar la competencia judicial, véase el artículo 68.1 del Reglamento (UE) n° 1215/2012.

⁶ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 (DOCE L 339, de 21 de diciembre de 2007). Este Convenio entró en vigor el 1 de enero de 2010 (DOCE L 140, de 8 de junio de 2006) para la Unión Europea, Dinamarca y Noruega (DOUE L140/1, de 6 de junio de 2010) y el 1 de enero de 2011 para Suiza e Islandia (DOUE L138, de 26 de mayo de 2011).

⁷ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L12, de 16 de enero de 2001).

⁸ Considerando 36 y artículo 73.3 del Reglamento (UE) n° 1215/2012.

⁹ Sirva de ejemplo la STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Sandra Nogueira y otros/Crewlink Ireland Ltd. y Miguel José Moreno Osácar/Ryanair* (asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, ECLI: EU:C:2017:688)

¹⁰ Sirva como ejemplo de discrepancia el artículo 17 *in fine*, que sólo admite los convenios atributivos de competencia si son posteriores al nacimiento del litigio.

en la intención de extender la primera más allá de los límites de la Unión Europea¹¹.

Consecuentemente con lo anterior, las reglas sobre competencia del CL se aplicarán cuando el demandado se encuentre domiciliado en un Estado parte del mismo que no sea miembro, a su vez, de la UE –Islandia, Noruega y Suiza–, cuando los tribunales de alguno de estos Estados tengan competencia exclusiva en una determinada materia, o cuando las partes se sometan a su jurisdicción¹². En el mismo sentido, la competencia judicial se concretará conforme al contenido del CB cuando el demandado tenga fijado su domicilio en los territorios de ultramar de la República Francesa, de las Antillas Neerlandesas o de Aruba¹³, o en Dinamarca si la acción fue ejercitada antes del 20 de diciembre de 2012¹⁴.

Hechas estas salvedades temporales y territoriales toca ahora presentar el ámbito material del RBI-bis.

Siendo incuestionable la trascendencia de esta norma en materia de reconocimiento y ejecución (pues ha dotado a las resoluciones judiciales, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva y a las transacciones judiciales en las que haya intervenido alguna autoridad pública de un Estado miembro, de eficacia inmediata en el resto de los Estados miembros¹⁵), lo cierto es que el RBI-bis continúa la senda de su antecesor al resultar de aplicación a las cuestiones de

¹¹ En concreto, con los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), a excepción de Liechtenstein. Vid., Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (DOCE L 319, de 25 de noviembre de 1988).

¹² Artículo 64 del CL.

¹³ Territorios excluidos expresamente del actual Reglamento (UE) n° 1215/2012, en virtud del artículo 355 del TFUE.

¹⁴ En virtud de los artículos 1 y 2 del Protocolo N° 22 anexo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participó en la adopción del Reglamento 44/2001 y, por tanto, no quedaba vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación. No obstante, podía aplicar las modificaciones introducidas en dicho Reglamento, en virtud del art. 3 del Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 299/62, de 16 de noviembre de 2005). El 27 de abril de 2006, el acuerdo fue aprobado en nombre de la UE mediante la Decisión del Consejo 2006/325/CE que entró en vigor el 1 de julio de 2007 (DOCE L120/22, de 5 de mayo de 2006).

Pues bien, aunque en principio no le vincularía ni le sería de aplicación el nuevo Reglamento (UE) n° 1215/2012 (véase el Considerando 41 de la exposición de motivos del Reglamento), Dinamarca, al amparo del Acuerdo de 2005, notificó a la Comisión mediante carta de 20 de diciembre de 2012 (DOUE L79, de 21 de marzo de 2013), su decisión de aplicar el contenido de dicho Reglamento. Desde ese momento, las relaciones entre la Unión Europea y Dinamarca en materia de competencia judicial quedaron reguladas por las disposiciones del Reglamento (UE) n° 1215/2012.

¹⁵ En profundidad, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., (2014), “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del reglamento Bruselas I”, en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 6, Núm. 1, pp. 330-348.

carácter civil y mercantil (aunque como indicábamos *supra*, también alcanza al contrato individual de trabajo); quedando expresamente excluidas de su campo de aplicación, entre otras materias, las cuestiones relacionadas con el estatuto personal (estado y capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales, alimentos, testamentos y sucesiones) y las cuestiones de seguridad social. En un primer momento pudiera parecer que las materias excluidas no afectan al contrato de trabajo (y por lo que a nuestro trabajo interesa, a las prestaciones de servicios transnacionales). No obstante, no debemos olvidar que para la válida formalización de un contrato es necesario que las partes (empresario y trabajador) tengan capacidad suficiente para entender y querer aquello a lo que se obligan¹⁶. Y aunque en la mayoría de los casos, en el ámbito de las prestaciones de servicios transnacionales, suelen ser otras las cuestiones de litigio deben tenerse en consideración los casos excepcionales en los que se cuestiona la existencia misma del contrato de trabajo por falta de capacidad de alguna de las partes. En este sentido, el TJUE ha entendido que la aplicación de las reglas competenciales es ajena a la consideración que las partes hagan del vínculo¹⁷. En otras palabras, lo que permite que un juez pueda pronunciarse sobre su competencia conforme a las reglas especiales en materia laboral no es la existencia de un contrato de trabajo válidamente formalizado, sino la apariencia de laboralidad en la relación que une a las partes, con independencia de que los litigantes se cuestionen la validez del negocio por falta de capacidad.

Por lo que a nuestra materia interesa, el RBI-bis tampoco resulta aplicable en principio a los supuestos de desplazamiento transnacional temporal de trabajadores, pues se trata de una parcela en la que rigen reglas comunitarias (y nacionales de transposición) específicas. El propio RBI-bis señala que no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones contenidas en los actos de la Unión o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos (artículo 67). La pregunta pues surge sola, ¿cómo se articulan entonces las reglas especiales y las generales sobre competencia judicial en este tipo de desplazamientos?

Aunque sobre este aspecto volveré más adelante, es posible avanzar que, en materia de competencia judicial internacional, la normativa específica sobre el desplazamiento de trabajadores (es decir, la Directiva 2018/957¹⁸ y, hasta que

¹⁶ En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., (2006) *Competencia judicial...*, cit., p. 42.

¹⁷ STJCE de 4 de marzo de 1982, *Effer* (asunto 38/81, RJ 1982 00185).

¹⁸ Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE L 173, de 9 de julio de 2018).

finalice el plazo máximo de transposición, la Directiva /96/71/CE¹⁹) tiene como finalidad autorizar a los tribunales del Estado de acogida para conocer de los asuntos que se substancien en relación con cualquier aspecto del desplazamiento (y no de la relación contractual en general). En este sentido, si el proceso se refiere a un elemento de la relación contractual ajeno a esta circunstancia sólo serían competentes los tribunales de ese Estado si lo son conforme a las reglas generales de competencia judicial. De este modo, la normativa específica sobre trabajadores desplazados busca completar la laguna dejada en este punto por la normativa general sobre competencia judicial internacional, admitiendo que se entable la demanda ante los tribunales del Estado de acogida, sin perjuicio de la posibilidad de interponerla en otro Estado a resultas de la aplicación de las reglas generales sobre competencia judicial.

2.1.2. Foros competenciales

El RBI-bis sustenta como principio competencial fundamental, el sometimiento a la jurisdicción del Estado miembro donde el demandado tenga establecido su domicilio²⁰. De modo que, si esta circunstancia no se cumple, se estará por regla general a lo dispuesto en las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

Ahora bien, con el fin de garantizar, entre otros aspectos, la protección de los trabajadores y la autonomía de las partes, determinadas normas competenciales contempladas en este Reglamento deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado²¹. Algo que se pone pronto de manifiesto al abordar la lectura de esta norma, pues ya en el artículo 6.1 se establece la aplicación prioritaria de lo dispuesto, entre otros, en el artículo 21.2 (en materia de contrato de trabajo) cuando el demandado esté domiciliado en un tercer Estado.

En materia de contrato de trabajo, las pautas para determinar la competencia judicial quedan recogidas en la Sección 5 del Reglamento. Y, aunque a continuación analizaremos cada una de ellas, resulta claro que su contenido responde a la idea de protección de la parte débil que el propio RBI-bis recoge en su preámbulo (considerando 18). Pues, además de contemplar

¹⁹ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE L 018, de 21 de enero de 1997).

Tal y como recoge el artículo 3.1 de la Directiva (UE) 2018/957, “Los Estados miembros comenzarán a aplicar dichas medidas a partir del 30 de julio de 2020. Hasta esa fecha, la Directiva 96/71/CE seguirá siendo aplicable en su redacción anterior a las modificaciones introducidas por la presente Directiva”.

²⁰ Considerando 13 del RBI-bis.

²¹ Considerando 14 del RBI-bis.

varios foros de competencia judicial internacional cuando es esta parte la que actúa como demandante y una solución restrictiva, limitada con carácter general al domicilio del demandado, cuando es la demandada, se otorgan una serie de facilidades “extras” al trabajador, como son la asimilación de sedes empresariales secundarias al domicilio del empleador, o la posibilidad limitada para los acuerdos de foro²². Analicemos pues cada una de estas normas competenciales; aclarando antes que voy a alterar un poco el orden establecido en el Reglamento europeo con idea de presentar estos foros de la manera más clara posible.

La primera de estas reglas, que paradójicamente es la que cierra la Sección, dispone que únicamente prevalecerán sobre el resto de las normas (se entiende aquellas que integran la Sección 5), los acuerdos atributivos de competencia que sean posteriores al nacimiento del litigio, o que permitan al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados por ellas²³. Este foro competencial resulta, por tanto, excluyente de todos los demás, salvo que el acuerdo contradiga las reglas establecidas para la sumisión.

El abanico protector de la denominada parte débil se pone de manifiesto de manera evidente en los supuestos de sumisión tácita, al establecerse que el tribunal al que las partes decidan válidamente someter el asunto, antes de asumir la competencia en virtud de dicho acuerdo, habrá de informar al trabajador de su derecho a impugnar la competencia del tribunal y de las consecuencias de la comparecencia y contestación a la demanda²⁴. Y es que, en tanto que puede determinar la competencia del tribunal para conocer del litigio en cuestión, el acuerdo de sumisión puede quedar invalidado si el demandado se presenta en el foro (de un Estado miembro) en el que se interpuso la demanda y no alega su incompetencia, es decir, si acata (o lo que es lo mismo, asume tácitamente) la competencia del tribunal ante el que el demandante ha decidido interponer la demanda²⁵. Con esta protección adicional otorgada al trabajador demandado se pretende que si éste asume tácitamente la competencia del tribunal elegido por el empresario demandante es claramente porque le resulta más cómodo litigar en el territorio elegido por el empresario²⁶.

²² Vid., CAMPUZANO DÍAZ, B., (2014), “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 28, p. 17.

²³ Artículo 23 del RBI-bis. Véase también el artículo 25, apartados 1 y 4 de la misma norma.

²⁴ Artículo 26.2 del RBI-bis.

²⁵ Tal y como ocurrió en las SSTJUE de 27 de febrero de 2014, *Cartier Parfums-Axa Corporate/Ziegler France SA y otros* (asunto C-1/13, Recopilación electrónica. Identificador ECLI:EU:C:2014:109); y de 20 de mayo de 2010, *CPP Vienna Insurance Group/Michal Bilas* (asunto C-111/09, RJ 2010 I-04545), apdos. 21 y 22.

²⁶ En este sentido, CALVO CARAVACA, A.L y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2018), “Contrato internacional de trabajo”, en *Derecho Internacional Privado*, volumen II, 18ª ed., Comares, Granada, p. 1145.

En segundo lugar, en el supuesto de que no exista dicha elección de foro o ésta no sea válida de acuerdo con lo anterior, el artículo 21 ofrece al trabajador varias opciones para demandar al empresario en función de dónde éste se encuentre domiciliado.

Si el empresario está domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado bien ante los tribunales de dicho Estado, bien ante los tribunales de otro Estado miembro en función de que haya desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado o en varios.

Si el trabajador desempeña o ha desempeñado habitualmente su prestación en un único Estado podrá presentar su demanda ante los tribunales del lugar habitual de trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo hubiera desempeñado.

En el caso de que el trabajador no haya realizado su actividad de forma habitual en un único Estado, el empresario podrá ser demandado ante el tribunal del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que empleó al trabajador demandante. Nótese que, en este segundo supuesto, el verbo escogido por el legislador no es casual. La norma establece “lugar que *empleó* al trabajador “y no “lugar que *contrató* al trabajador”. Matiz que en mi opinión encuentra reflejo en el pronunciamiento que el TJUE realizó en 2017 con ocasión de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal laboral superior de la ciudad belga de Mons, a raíz de las demandas interpuestas por varios trabajadores vinculados a Ryanair y en donde fija los criterios para determinar qué tribunales laborales son competentes para conocer de los litigios del personal de vuelo de dicha compañía, contratados en Irlanda, con arreglo a la normativa irlandesa, pero que en la práctica iniciaban y concluían sus servicios en una población belga²⁷. En este asunto, los demandantes consideraban que debía aplicarse la norma laboral belga (por encontrarse en este territorio su “centro efectivo de actividades profesionales”) y que en consecuencia sus tribunales eran los competentes para conocer de los litigios, aun cuando en el contrato, celebrado en Irlanda, se hubiera recogido la sumisión al derecho y a la jurisdicción irlandesa; quedando patente, por tanto, la diferencia entre el lugar de *contratación* y el de *empleo* de los trabajadores. Este planteamiento ha sido evidenciado también por nuestra jurisprudencia, en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de este año²⁸. En este asunto (relacionado

²⁷ STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Sandra Nogueira y otros, cit.*, FJ 57-60. Este pronunciamiento trae causa de dos litigios distintos, pero paralelos a su vez. En el asunto C-169/16, en el que un trabajador contratado por Ryanair, demanda el pago de diversas indemnizaciones una vez extinguida su relación laboral; y en el asunto C168/16, en el que varios trabajadores contratados por la Crewlink Ireland LTD (principal agencia de contratación de Ryanair) y puestos a disposición de esta última, reclaman, además del pago de varios conceptos atrasados, una indemnización por falta del preaviso estipulado para el despido.

²⁸ RJ 562/2019

igualmente además, con un trabajador de Ryanair) el alto tribunal, haciendo suya la mencionada jurisprudencia el TJUE, determina la competencia de los tribunales españoles “porque la suma de factores de relevancia que se concitan en el caso permite entender como conexión territorial la del aeropuerto español constituido como base operativa habilitatorio del fuero alternativo elegido por el trabajador de conformidad con la norma comunitaria referida y con la trascendencia que a ese concepto ("base") le otorga la propia jurisprudencia europea”.

Continuando con el análisis de los foros de competencia, para el supuesto en el que el empresario demandado no esté domiciliado en un Estado miembro, el reglamento contempla igualmente varias opciones. En primer lugar, se plantea la posibilidad de que el empresario posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, en cuyo caso se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de dichos lugares, que el empresario tiene su domicilio en ese Estado miembro. Pensemos, por ejemplo, que una empresa neoyorquina, con una sucursal en Italia, desplaza a un trabajador desde Nueva York a Francia, ¿qué tribunal sería competente para conocer del asunto si la cuestión litigiosa deriva de su estancia en Francia, en donde la empresa no posee sucursal alguna y no de la sucursal italiana? En esta segunda opción parece pensar el legislador al contemplar en el artículo 21.2, la posibilidad de demandar a este tipo de empresario conforme a las reglas del artículo 21.1 b). Es decir, en el supuesto que hemos planteado, el empresario podrá ser demandado ante los tribunales del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador (Francia).

Para el supuesto de que la demanda se dirigiera contra más de un empresario (y todos ellos estuvieran domiciliados en algún Estado miembro), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 20.1, podrá presentarse ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente²⁹.

Cuando el demandado es el trabajador, las posibilidades de elección del tribunal se recortan sensiblemente. Tanto que, salvo que exista un pacto válido de sumisión expresa, el trabajador únicamente podrá ser demandado ante los tribunales del Estado donde se encuentre su domicilio³⁰. No obstante, existe otra posibilidad contemplada por esta norma europea: la reconvencción ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial conforme a las reglas analizadas. De manera que, no existiendo pacto de sumisión expresa, es posible

²⁹ Artículo 8.1 del RBI-bis.

³⁰ Artículo 22.1 del RBI-bis.

que el empresario se convierta a su vez en actor ante un tribunal europeo distinto al del domicilio del trabajador si reconviene la demanda que éste haya podido entablar³¹.

2.2. El foro especial de la Directiva sobre trabajadores desplazados

Entre los foros de competencia establecidos en el actual RBI-bis, uno parece haber tenido en cuenta la especial circunstancia que se plantea en el caso de un desplazamiento transnacional temporal de un trabajador: la multiplicidad de lugares de ejecución en la relación laboral, a tenor de la posibilidad establecida en el artículo 21.1 b) ii) del Reglamento. Sin embargo, debemos tener presente que las normas sobre competencia judicial que estaban vigentes en el momento en el que se elaboró la Directiva 96/71/CE no cubrían convenientemente estos particulares desplazamientos de trabajadores, pues, como señaló en su momento la doctrina, “contemplaban de manera insuficiente el recurso al *locus laboris*”³². Y es que normalmente (salvo que las partes decidan someterse voluntariamente a los tribunales de otro Estado miembro a través de un acuerdo atributivo de competencia), atendiendo a dichas pautas (domicilio del demandado, lugar de ejecución habitual del trabajo, lugar de establecimiento de la empresa) serán los tribunales del Estado de origen los que conozcan del asunto.

Si a lo anterior se añade que la Directiva 96/71/CE (aplicable hasta el 30 de julio de 2020³³) tiene como objeto el establecimiento de las bases para garantizar unas condiciones de trabajo mínimas que impidan la desigualdad de trato en supuestos de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, no resulta extraño que habilitase un foro especial dirigido a salvaguardar el derecho a esas condiciones de trabajo reconocidas en su artículo 3³⁴. En este sentido, lo que hizo la norma europea en su artículo 6 fue añadir un nuevo foro a los ya existentes: el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador, sin perjuicio, en su caso, de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial. En este punto debo aclarar que la posterior Directiva 2018/957/UE no ha modificado el foro establecido por su antecesora, por lo que su regulación permanece intacta.

³¹ Artículo 22.2 del RBI-bis.

³² FOTINOPOLOU BASURKO, O., (2002), “Mecanismos de tutela judicial”, en AA.VV., *Desplazamientos de trabajadores y Prestaciones de servicios Transnacionales*, (M.E Casas y S. Del Rey, Dir.), CES, Colección de Estudios, Núm. 128, Madrid, p. 241.

³³ Vid., artículo 3.1 de la Directiva (UE) 2018/957

³⁴ Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 45/1999, encargada de la transposición de la Directiva 96/71/CE, también es consciente de las dificultades que presenta el hecho de que el lugar de establecimiento del empresario que realiza el desplazamiento se encuentre en otro Estado distinto de aquél cuyas condiciones de trabajo está obligado a aplicar; y en este sentido no es ajena a la solución ofrecida por la Directiva europea (véase artículo 15).

Este precepto de la Directiva europea no sólo vino a cubrir las lagunas que el artículo 5.1 del CB (y por extensión artículo 5.1 del CL) dejaba, dada la especial circunstancia que se plantea en el caso de un desplazamiento transnacional temporal de un trabajador (multiplicidad de lugares de ejecución en la relación laboral), sino que también complementaría la regulación competencial venidera. Tal fue el caso, en primer lugar, del Reglamento 44/2001, que, aunque introdujo mejoras técnicas positivas, no incorporó el criterio establecido en la Directiva europea, perdiéndose así la posibilidad de incluir en un Reglamento comunitario un foro de competencia para el supuesto del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional³⁵. Situación que volvió a repetirse posteriormente con el Reglamento 1215/2012, que, a pesar de ser más ambicioso que su predecesor, tampoco contempló esta posibilidad.

No debemos olvidar en este punto a la Directiva 2014/67/UE, que, aunque como ella misma señala, no tiene por objeto establecer normas armonizadas sobre competencia judicial (Considerando 46), vuelve a emplear la fórmula “sin perjuicio de la jurisdicción de los tribunales de los Estados miembros establecida, en particular, en los instrumentos del Derecho de la Unión o los convenios internacionales pertinentes” (artículo 11.2), recalcando así que se trata de un foro alternativo, que no sustitutivo de los contenidos en los instrumentos institucionales y convencionales aplicables en la materia.

¿Cómo se articula entonces la relación entre este foro especial y los contemplados en el resto de las normas sobre competencia judicial internacional? La respuesta es sencilla, la Directiva europea cohabita con las reglas generales sobre competencia judicial, desplazándolas para dar entrada a *su* foro especial en caso de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

El foro de la Directiva sobre desplazamientos temporales de trabajadores tiene como única intención autorizar a los tribunales del Estado de acogida para conocer de los asuntos que se substancien en relación con cualquier aspecto del desplazamiento y no de la relación contractual en general. De manera que si el proceso se refiere a un elemento de la relación contractual ajeno a esta circunstancia sólo serán competentes los tribunales de otro Estado si lo son conforme a las reglas generales de competencia judicial internacional.

No podía concluir este apartado sin mencionar la falta de identificación por parte de la directiva, de los sujetos legitimados para alegar este foro

³⁵ Sobre los motivos por los que el criterio del artículo 6 Directiva 96/71/CE no se incluyeron en el texto del RBI, véase AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y RODRÍGUEZ BENOT, A., (1998), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura*, REDI, vol. 50, Núm. 2.

alternativo, ya que no deja claro si se refiere al trabajador, al empresario o a ambos. *A priori*, sobre la base del objetivo tuitivo contenido en su artículo 6³⁶, cabría pensar que la norma proporciona este foro de competencia del lugar de prestación temporal de servicios sólo al trabajador. Sin embargo, no parece que ampliar la legitimación a favor del empresario llegue a desvirtuar esa orientación, máxime teniendo presente la posibilidad introducida por el artículo 11.3 de la Directiva 2014/67/UE, a tenor del cual, los sindicatos pueden, de acuerdo con la legislación del Estado de acogida, y siempre y cuando tengan un interés legítimo en el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE, ejercer acciones judiciales o administrativas en nombre o en apoyo del trabajador y con su aprobación.

2.3. Normativa autónoma: el artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Como hemos visto, el RBI-bis no desplaza por completo a las normas nacionales de competencia judicial internacional, sino que remite a ellas en su artículo 6 cuando el demandado está domiciliado en un tercer Estado. Ahora bien, en materia de contrato de trabajo hay que tener en cuenta dos previsiones particulares. En primer lugar, la contenida en el Preámbulo del propio Reglamento, según la cual, para garantizar la protección de los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial deben aplicarse con independencia de donde esté domiciliado el demandado (Considerando 14). La segunda de las previsiones no es más que la concreción de la primera, pues el propio artículo 6.1 advierte de la operatividad del artículo 21.2 (posibilidad de demandar al empresario “extracomunitario” ante los tribunales del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo³⁷ o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado; y caso de que el trabajador no desempeñe habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que empleó al trabajador).

³⁶ Así se desprende de la literalidad del precepto: “a fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo garantizadas en el artículo 3”. En este sentido, entre otros, JUÁREZ PÉREZ, P., (1999), “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho Internacional Privado”, en *Relaciones Laborales*, Núm. 1, p. 1268 y ss.; y GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. (2000), “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios”, en *Actualidad Laboral*, Núm. 1, p. 32.

³⁷ Sobre la interpretación del “lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo” véase la reciente sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2019 en el caso *Ryanair*, (STS 562/2019 - ECLI: ES:TS:2019:562).

Esta cuestión ha provocado posturas doctrinales enfrentadas en torno a la aplicabilidad del artículo 25 de la LOPJ³⁸, encargado de determinar la competencia de los tribunales españoles en conflictos derivados del contrato de trabajo con elemento internacional³⁹. Así, mientras que, para cierto sector de la doctrina, el RBI-bis establece un régimen de mínimos (en el sentido de que la aplicación –por remisión– del artículo 21.2 no impide acudir a las normas nacionales⁴⁰); para otro (en el que me incluyo), el juego de las normas nacionales de competencia queda excluido en el caso del contrato de trabajo cuando el trabajador actúa como demandante si atendemos a la literalidad del artículo 6 del RBI-bis. En este sentido, únicamente cabría entenderlo como indicativo de los preceptos que se aplican, prescindiendo del lugar de domicilio del demandado. O lo que es lo mismo, que, en materia de contrato de trabajo, cuando el trabajador es el demandante, las reglas de competencia del Reglamento desplazan en España al artículo 25.1 de la LOPJ, que ofrece posibilidades adicionales para fundamentar la competencia judicial internacional⁴¹. Posibilidades que sí quedarían a disposición de quien demanda a un trabajador domiciliado en un tercer Estado, pues en este caso no se aplicaría el Reglamento.

Veamos pues cuáles son los foros que contempla el artículo 25.1 de la LOPJ.

El primero de dichos foros vincula la competencia de nuestros tribunales al lugar de prestación de los servicios y, en régimen de alternancia, al lugar de celebración del contrato de trabajo. Resulta evidente que este foro no podría aplicarse en la práctica para determinar la competencia de los tribunales españoles, ya que en dichos supuestos el artículo 21.1 del RBI-bis desplazaría la aplicación de nuestra norma nacional.

La misma situación se presentaría con el segundo de los foros contemplados en el artículo 25.1 de la LOPJ, que establece la competencia de nuestros tribunales atendiendo a que el demandado tenga en territorio español su domicilio, una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación.

El tercero de los foros liga la competencia de los tribunales españoles a la posesión de la nacionalidad española del trabajador y del empresario con independencia del lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato.

³⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985).

³⁹ Sobre las diversas opiniones doctrinales, vid. CAMPUZANO DÍAZ, B., “Las normas de competencia judicial...” cit., pp. 14-16.

⁴⁰ Entre otros, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. Y SÁNCHEZ, S., (2013), “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, en Civitas, *Revista española de derecho europeo*, pp. 16 y 21.

⁴¹ Sentencia del TSJ de Madrid de 9 de junio de 2014 (RJ 488/2014).

El último de los foros que, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la LOPJ, permite a los tribunales españoles conocer de un asunto requiere de la concurrencia de tres circunstancias: que el trabajador sea español, que reciba en España la oferta de empleo y que se trate de un contrato de embarque. En cuanto a la oferta recibida, el TJUE ha precisado que ha de ser completa, no resultando válidos, por tanto, los tratos preliminares para poder dar entrada a esta regla competencial. En este sentido, será preciso que el empresario manifieste al trabajador su voluntad de contratarle y le ofrezca una oferta que contenga todos los elementos esenciales del contrato, de manera que el destinatario pueda conocer cabalmente las condiciones ofrecidas⁴². A esto se añade la necesidad de que dicha oferta pueda acreditarse, de manera que, sin la debida certificación de su contenido, esta regla no entrará en funcionamiento.

Como puede apreciarse en el orden social no es admisible la elección, ni expresa ni tácita, de la jurisdicción competente, a diferencia del orden civil en donde, por el contrario, la *derogatio fori* sí tiene cabida. En este sentido, cuando en un litigio derivado de un contrato de trabajo exista una sumisión expresa a favor de los tribunales españoles, éstos aplicarán RB-I bis y no el art. 25.1 de la LOPJ para examinar su competencia.

Si a lo expuesto hasta aquí añadimos que la aplicación de nuestro sistema autónomo sobre conflicto de jurisdicciones se produce en defecto de Convenio internacional aplicable⁴³, lo cierto es que la aplicación del artículo 25.1 de la LOPJ resulta muy residual en la práctica.

3. Derecho aplicable a una prestación transnacional de servicios

Advertida la situación jurídica particular de la prestación transnacional de servicios se comprende entonces la importancia de conocer igualmente las reglas que permitirán determinar el derecho material aplicable a la misma.

El juez nacional ante el que se plantea un litigio sobre este tipo de prestaciones (para cuyo conocimiento se ha declarado competente conforme a las reglas ya analizadas) habrá de localizar, de entre todas las normas relacionadas con el asunto, la ley rectora del contrato conjugando debidamente las previsiones de los distintos sistemas. Es decir, debe dar solución al conflicto de leyes que este tipo de cuestiones suele plantear. En consecuencia, conocer las pautas que permiten identificar qué legislación resulta de aplicación cuando el

⁴² SSTSJ de 16 de febrero de 1994 (RJ 1994/702), y de 13 de octubre de 2001 (RJ 6454/2002).

⁴³ Artículo 96 de la CE y artículo 21 de la LOPJ. El único Convenio sobre competencia judicial aplicable actualmente es el suscrito con El Salvador (Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000, BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2001), cuya denominación adolece de la misma crítica que ya hicimos al RBI-bis, pues al igual que aquél también contiene foros especiales para determinar la competencia judicial internacional en litigios planteados respecto de contratos individuales de trabajo.

trabajo deja de ejecutarse en un entorno laboral permanente resulta por tanto imprescindible.

Repare el lector que desde el inicio hablo de “*ley aplicable*” al litigio y no de “*solución aplicable*”. Y es que las normas de conflicto no proporcionan una solución directa al fondo del asunto planteado. La solución ofrecida por este tipo de normas es indirecta, en tanto que se limitan a determinar qué derecho laboral deberá aplicar el juez competente para resolver el asunto planteado. En este sentido, y volviendo a mencionar una de las particularidades de este tipo de prestaciones, el hecho de que los tribunales de un Estado conozcan de una determinada controversia no implicará indubitadamente la aplicación del ordenamiento jurídico nacional, del mismo modo que su declaración de incompetencia tampoco va a suponer necesariamente que su Derecho interno no sea aplicado al supuesto en cuestión por la jurisdicción extranjera que corresponda.

Para identificar el Derecho aplicable a una prestación transnacional de servicios resulta necesario seleccionar previamente el texto normativo que contiene los criterios dirimientes, ya que, además de las soluciones al conflicto de Derecho aplicable que contemplan los ordenamientos nacionales, existen textos normativos de ámbito internacional que igualmente se ocupan de la misma cuestión y que, por regla general, determinan la aplicación de la legislación con la que la relación jurídico-laboral presenta los vínculos más estrechos. A esto se suma el hecho de que las disposiciones conflictuales nacionales en materia de contrato de trabajo con elemento extranjero han pasado de sufrir un acusado retroceso por efecto de la aprobación y entrada en vigor de determinados Tratados internacionales en la materia⁴⁴, a ser totalmente desplazadas debido al carácter *erga omnes* del Reglamento (CE) n° 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁴⁵.

3.1. Normativa conflictual internacional. El Reglamento Roma I

Esta norma, nacida con el objetivo de contribuir al desarrollo del espacio de libertad, de seguridad y de justicia que supone el mercado interior europeo⁴⁶, puede presumir de haber unificado las reglas de conflicto en materia contractual

⁴⁴ De entre todos ellos, el más significativo en materia de relaciones de trabajo fue el protagonizado por el Convenio de Roma (Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, DOCE núm. 266, de 9 de octubre de 1980); ratificado por nuestro país el 7 de mayo de 1993 (BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993); y predecesor del actual Reglamento (CE) n° 593/2008.

⁴⁵ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE núm. 177 de 4 de julio de 2008.

⁴⁶ Considerando 1 del RRI.

en todos los Estados miembros (a excepción de Dinamarca⁴⁷). Algo que no sólo vino a mejorar la transparencia y coherencia interna del acervo comunitario⁴⁸, sino también el correcto funcionamiento de aquél. En primer lugar, al posibilitar la previsibilidad de la ley aplicable al contrato internacional, ha permitido a los contratantes anticipar su comportamiento y adoptar decisiones que vayan en la misma línea de la ley que será la encargada de regir los destinos del contrato⁴⁹. En segundo término, esta norma dota de seguridad al contrato internacional al evitar el *forum shopping*, puesto que la norma designada para regular el contrato será siempre la misma con independencia del juez del Estado miembro que dirima el litigio. Finalmente, este reglamento favorece el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Y es que, en base a la determinación uniforme de la ley aplicable, un Estado miembro va a admitir sin dilaciones el reconocimiento y la ejecución de una decisión dictada por el juez de otro Estado miembro, ya que ésta ha sido dictaminada conforme a la Ley que cualquier otra autoridad judicial de la Unión hubiese utilizado; lo que a la postre beneficia la libre circulación de resoluciones judiciales en el interior de la Unión Europea.

Otro de los aspectos que definen a esta norma europea viene predeterminado por su configuración. Ya sabemos que, en tanto que reglamento de la UE, resulta obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a todos los Estados miembros (con las excepciones ya mencionadas). Dicho de otro modo, que los tribunales nacionales deberán aplicarlo, aunque las partes del litigio no lo hayan solicitado o incluso cuando erróneamente soliciten la aplicación de una normativa distinta⁵⁰. Pues bien, Roma I va más allá al establecer en su artículo 2 su carácter universal, prescindiendo con ello de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual de las partes que concluyan un contrato de trabajo. En este sentido, para determinar el régimen aplicable por los tribunales de un determinado Estado resulta intrascendente que los otros

⁴⁷ De acuerdo con el Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TCEE, Dinamarca no está vinculada por el Reglamento ni le es aplicable (considerando núm. 46 de la exposición de motivos). Es más, tampoco podría ejercer un *opt-in* y quedar vinculada, pues esta posibilidad no se contempla en aquél.

Tampoco quedan sometidos a esta norma los territorios de los Estados a los que no se aplica Roma I en virtud del artículo 299 del TCE (Actuales artículos 349 y 355 del TFUE: Aruba, Antillas neerlandesas, Curaçao (Países Bajos), San Martín (Países Bajos), Islas Feroes (Dinamarca), Saint-Pierre y Miquelon (Francia), San Bartolomé (Francia), la Polinesia francesa, Wallis y Futuna (Francia), y Nueva Caledonia (Francia)), tal y como recoge el artículo 24.1 del propio Reglamento Roma I.

⁴⁸ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de noviembre de 2001, sobre la codificación del acervo comunitario [COM (2001) 645 final] (no publicada en el DOCE). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0645:FIN:EN:PDF>

⁴⁹ En este sentido, CALVO CARAVACA, A., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2014), *Derecho internacional privado*, 15ª. ed., Comares, Granada, p. 617.

⁵⁰ Coincidiendo con CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009), *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, p. 65.

ordenamientos con los que está vinculado el contrato litigioso sean o no de Estados miembros.

Hechas las presentaciones, toca iniciar la aproximación al régimen conflictual contenido en este reglamento europeo. Para ello, y, dado que a lo largo de los siguientes apartados se abordarán cada uno de los mecanismos particulares de protección del trabajador, baste esquematizar aquí el sistema conflictual específico de Roma I, que responde fundamentalmente a tres principios básicos: el de proximidad, en virtud del cual el asunto debe ser juzgado conforme al ordenamiento jurídico con el que mantenga los vínculos más estrechos; el de autonomía de la voluntad, que confiere a las partes la elección de la ley rectora del contrato; y el de protección de la parte más débil de una relación contractual. Principios a los que debe sumarse el de solidaridad, al contemplar Roma I la posibilidad de que el juez del foro invoque normas imperativas de terceros Estados⁵¹.

3.1.1. Ámbito de aplicación e incidencia en las reglas internas españolas sobre Derecho aplicable

Por lo que respecta al ámbito material de aplicación del RRI, lo primero que llama la atención es que su artículo 1 indique que sus normas de conflicto son aplicables a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil. Recordará el lector una situación similar durante el análisis del RBI bis, en materia de competencia judicial internacional. La diferencia entre ambas normas radica básicamente en la ubicación de esta ambigüedad, que mal entendida puede llevar a confusión. Así, mientras Bruselas I la contenía en la denominación, Roma I la localiza en el inicio de su articulado. Sin embargo, al igual que ocurriera entonces, su regulación no se limita a determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales estrictamente civiles y mercantiles. Prueba de ello es la dedicación que realiza en su artículo 8 a las soluciones conflictuales en materia de contrato de trabajo.

Resulta llamativa la disparidad de tratamiento que Roma I otorga a lo que podríamos denominar el “ámbito material positivo” y al “ámbito material negativo”⁵². Y es que la parca e incompleta referencia a las obligaciones contractuales a las que su regulación se va a aplicar contrasta con la extensión y el detalle que dedica a las materias que quedan excluidas del mismo. Aclaro, no obstante, que la exclusión en sí misma no debe resultar llamativa, pues se trata de cuestiones que suelen ser objeto de tratamiento específico y, en consecuencia, la determinación de la ley aplicable a las mismas no tiene lugar a través de las reglas de resolución de conflictos en el ámbito contractual. Lo que considero

⁵¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., (2006) *Competencia judicial...*, cit., p. 106.

⁵² Vid. Artículo 1.2 RRI.

merecedor de una pequeña mención siquiera es el impacto visual que dicho tratamiento formal provoca.

En cuanto al ámbito temporal, las soluciones conflictuales contenidas en Roma I se aplican a los contratos internacionales concluidos con posterioridad al 17 diciembre 2009⁵³. Y, al igual que su antecesor, no tiene carácter retroactivo⁵⁴, de manera que para aquellos contratos celebrados con anterioridad a dicha fecha habrá de acudirse a las disposiciones contenidas en el Convenio de Roma. Este criterio, comúnmente adoptado por la normativa europea, tiene sin embargo cierta repercusión en las normas conflictuales internas de los Estados miembros. Tal es el caso de nuestro país, en el que la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las normas para resolver los conflictos de leyes y determinar las fuentes del Derecho⁵⁵. Competencia que se encuentra desarrollada en los artículos 8 a 12 del Código Civil; concretamente, en materia de determinación del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, los artículos 10.5 y 10.6 constituyen las principales disposiciones de referencia⁵⁶. Mientras que el primero de estos preceptos está dedicado a establecer las reglas generales para la solución del conflicto de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales, el artículo 10.6 se encarga de dar solución al conflicto de ley aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, desplazando por su especialidad la aplicación del apartado anterior. Este precepto, que reduce a dos las soluciones al conflicto de Derecho aplicable –ley designada por las partes⁵⁷ y, en su defecto, *lex loci laboris*– se vio afectado en su vigencia y aplicabilidad por la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del CR, primero, y del RRI después. Y es que el hecho de que goce de la misma naturaleza que tienen estos textos normativos internacionales ha determinado la imposibilidad de su coexistencia. Por lo tanto, no cabe acudir a las soluciones que dispone, en particular, el artículo 10.6 del Código Civil cuando haya que determinar el ordenamiento jurídico que resulta aplicable a una relación de trabajo con elementos de extranjería.

Existe no obstante un caso en el que ello es posible, aunque no deja de ser una mera hipótesis a la vista de la condición que se requiere. Si tenemos en

⁵³ Artículo 29 del RRI. Sin embargo, la aplicación de este Reglamento se adelantó al 17 de junio de 2009 en relación con las notificaciones que los Estados miembros debían realizar a la Comisión, acerca de los convenios firmados con otros Estados sobre conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales.

⁵⁴ Artículo 24 del RRI.

⁵⁵ Artículo 149.1. 8ª CE.

⁵⁶ Dentro del apartado “normas de Derecho Internacional Privado” del Capítulo IV del Título Preliminar.

⁵⁷ Sin perjuicio de la aplicación de las leyes penales, de policía y de seguridad pública, que, en virtud del artículo 8.1 del Código Civil, “obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

cuenta que la regulación contenida en el artículo 6 del CR era irretroactiva⁵⁸, las reglas dispuestas en este precepto no podían aplicarse a los contratos suscritos antes del 1 de septiembre de 1993 (fecha de la entrada en vigor del CR en nuestro país), por lo que los conflictos normativos surgidos al amparo de esas relaciones de trabajo con elementos de extranjería se resolverían de acuerdo con el artículo 10.6 del CC.

Con la entrada en vigor del RRI, esta posibilidad no se vio alterada. Y es que, al igual que su predecesora, esta norma tampoco contempla la posibilidad de una aplicación retroactiva, por lo que el desplazamiento de las reglas sobre Derecho aplicable establecidas en el CR viene referido exclusivamente a los contratos celebrados con posterioridad al 17 de diciembre de 2009⁵⁹.

Todo lo expuesto hasta aquí arroja, al menos en el plano teórico, un panorama de resolución de conflictos normativos configurado en función de la fecha de celebración del contrato de trabajo. De manera que habría que acudir al artículo 10.6 CC para el supuesto de contratos suscritos antes del 1 de septiembre de 1993; al CR para los firmados entre el 1 de septiembre de 1993 y el 17 de diciembre de 2009; y al RRI para los posteriores al 17 de diciembre de 2009.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, las normas sobre determinación del derecho aplicable a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo no se han limitado, sin embargo, a lo dispuesto en el artículo 10.6 del Código Civil. Existe, en efecto, otro precepto que excepciona el régimen conflictual general cuando el único elemento de extranjería es el lugar de prestación de servicios. Me refiero al artículo 1.4 ET, que contempla una solución propia y distinta para el supuesto de trabajo prestado por trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero⁶⁰, al sustituir la aplicación de una ley extranjera por la ley española en base a la concurrencia simultánea de esos tres elementos de conexión con nuestro país: la nacionalidad del trabajador, el lugar de establecimiento del empresario y el lugar de contratación⁶¹. La suerte de esta regla es, sin embargo, idéntica a la prevista en el Código Civil, pues en virtud del artículo 96 CE, desde el 1 de septiembre

⁵⁸ Lo que confirmaba el artículo 17 del CR al disponer que “se aplicará en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en tal Estado”.

⁵⁹ Vid, FOTINOPOULOU BASURKO, O., (2006), *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Thomsom-Aranzadi, Pamplona, p. 51.

⁶⁰ “La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español”.

⁶¹ LLOBERA VILA, M., (2016), “El artículo 1.4 ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de ley aplicable al contrato de trabajo internacional”, *Bomarzo, Revista de Derecho Social*, 2016, núm.73º, p. 130.

de 1993 (recuerdo, fecha de entrada en vigor del CR en nuestro país) no resulta aplicable. *Contrario sensu*, sí es factible para los contratos celebrados con anterioridad a dicha fecha. Ahora bien, incluso en este último supuesto, esa posible extensión extraterritorial de nuestra legislación laboral⁶² debe abordarse con cautela en el ámbito de la movilidad geográfica intraeuropea, pues en este espacio se encuentra consagrado el principio de no discriminación por razón de nacionalidad⁶³.

Todos estos condicionantes no hacen sino dificultar significativamente la defensa de la vigencia actual del artículo 1.4 ET.

3.1.2. Elección de la ley aplicable al contrato de trabajo

El artículo 8.1 del RRI dispone como solución prioritaria al conflicto, la aplicación de la ley elegida por las partes del contrato de trabajo. Esta elección constituye un negocio jurídico con entidad propia (*pactum de lege utenda*), que se diferencia claramente del contrato internacional al que se refiere. Una cosa es el contrato de trabajo concluido por las partes y otra, el acuerdo mediante el que éstas fijan el Derecho aplicable al mismo. De manera que la nulidad o validez del primero no tiene que suponer la del segundo y viceversa. Es por esto, por lo que Roma I condiciona la existencia y la validez del consentimiento al cumplimiento de una serie de condiciones que el mismo establece sobre capacidad (artículo 13), forma (artículo 11) y fondo (artículo 10)⁶⁴. Como señala la doctrina, estas condiciones de validez de la elección se presentan además como *numerus clausus*; lo que implica que no puedan exigirse más requisitos que los establecidos en Roma I, ni tampoco condiciones que contradigan las recogidas en él⁶⁵. No se trata ésta de una cuestión baladí, pues el incumplimiento de estas reglas especiales puede llegar a alterar el ámbito de la ley rectora seleccionada por los contratantes.

A esas condiciones Roma I añade la exigencia del carácter inequívoco de la elección realizada expresa o tácitamente por las partes. De manera que si tras el examen del texto del contrato o del contexto en el que la prestación vio la luz

⁶² FOTINOPOULOU BASURKO, O., (2004), "Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 52, pp. 49-60.

⁶³ El artículo 45.2 del TFUE, sobre la base del artículo 18, dispone que "la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo". Igualmente, artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores.

⁶⁴ Artículo 3.5 del RRI: "la existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13."

⁶⁵ CALVO CARAVACA, A., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2014), *Derecho internacional privado*, cit., p. 647.

existen dudas sobre dicha elección, el juez deberá optar por la ley que resulte aplicable en defecto de dicha elección.

Cumplidos los requisitos anteriores, lo cierto es que esta norma europea permite una amplia modulación de la elección. Así, la norma elegida por las partes podrá regir la totalidad o parte del contrato (siempre que la parcelación produzca cuestiones jurídicas susceptibles de tratamiento diferenciado por gozar de una mínima autonomía⁶⁶), previendo para el resto de las cuestiones no cubiertas, la aplicación de la ley que resulte en defecto de elección. Resulta igualmente posible que las partes alteren en cualquier momento la elección hecha inicialmente, reconociéndose por tanto la posibilidad de fijar *a posteriori* la ley rectora del contrato, tal y como se desprende de la redacción del artículo 3.2 del RRI⁶⁷. E incluso es posible, en ese supuesto, que las partes decidan sobre la retroactividad o irretroactividad de los efectos de su elección. Es decir, las partes pueden acordar en principio que sus efectos se retrotraigan hasta el momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*) o que, por el contrario, sólo se produzcan desde el momento de la novación del contrato (*ex nunc*). Ahora bien, en este supuesto cabe preguntarse cuál sería la solución en caso de que los contratantes no lo indiquen expresamente o lo hagan con ambigüedad. La jurisprudencia alemana ha respondido a esta cuestión señalando que la solución más sencilla para evitar que el contrato esté sometido sucesivamente a varias leyes estatales es interpretar que, salvo disposición en contra de las partes, el acuerdo de elección de Derecho aplicable novatorio retrotrae sus efectos al momento de la conclusión del contrato siempre que ésta no tenga como consecuencia la invalidez del mismo⁶⁸. Hasta tal punto llega la soberanía de las partes, que Roma I posibilita (dentro de los límites del artículo 3.3⁶⁹) la designación de una ley extranjera para regir la relación contractual, aun cuando ésta no presente vínculo

⁶⁶ CALVO CARAVACA, A., (2009), "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, Núm. 2, p. 76.

⁶⁷ "las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento."

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 22 de enero de 1997 (IPRax 1998, p. 479). Cita de A.L. Calvo Caravaca, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, cit., p. 84.

⁶⁹ "cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo".

En este sentido, vid. STJUE de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch* (asunto C-29/10, RJ 2011 I-01595).

Nuestros tribunales han señalado además que cuando alguna de las partes niegue el carácter imperativo de las normas del Derecho aplicable en defecto de elección (y, por tanto, derogables en virtud de elección a favor de otra ley estatal), a la misma corresponderá probar tal circunstancia. Vid. STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2007 (RJ 129/2007).

alguno de proximidad con el contrato que va a regular, pudiendo convertirse la ley rectora en el único elemento de extranjería del contrato⁷⁰.

No obstante, esta generosidad del RRI no es tan amplia como pudiera parecer de entrada. Y es que la propia norma (artículo 8.1) contiene mecanismos de corrección que implican la introducción de disposiciones ajenas al Derecho aplicable y que modulan su aplicación para evitar que la ley elegida por las partes prive al trabajador de la protección que le proporcionan las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable al contrato si no existiera tal elección. Lo que, para los supuestos de prestaciones de servicios transnacionales, implica evitar que la ley elegida por las partes desplace la aplicación del Derecho del país de origen⁷¹. Ciertamente es que esta previsión recorta la autonomía de la voluntad de las partes, pero también que no la anula, toda vez que la ley objetivamente aplicable no entrará en funcionamiento en su totalidad, sino sólo sus disposiciones imperativas más favorables –es decir, aquellas a las que de otro modo no tendría acceso el trabajador porque no se reconocen, o no con la misma intensidad, en la ley elegida por las partes para regir el contrato–. De manera que la norma rectora seguirá siendo la elegida por las partes y la ley objetivamente aplicable sólo le restará espacio en la medida en que sus normas imperativas contengan previsiones más favorables para el trabajador, reduciendo así el riesgo que puede derivar de una potencial imposición empresarial de la ley rectora. Debe quedar claro, en todo caso, que las normas imperativas a las que aquí se alude no son las leyes de policía a que se refiere el artículo 9 del RRI, cuyo alcance es diferente⁷², y a las que más adelante haré referencia. Las normas imperativas del artículo 8.1 del RRI son exclusivamente aquellas que protegen los intereses del trabajador, en tanto que parte más débil del contrato⁷³, y por tanto indisponibles por las partes del mismo.

3.1.3. Lugar de prestación habitual

El artículo 8.2 del RRI sostiene que, a falta de elección, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. Resulta cuanto menos

⁷⁰ En este sentido, CALVO CARAVACA, A., (2009), “El Reglamento Roma I...”, cit., p. 108.

⁷¹ “No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo”.

⁷² Confusión que tiene lugar, sin embargo, en la STSJ de Oviedo de 1 de febrero de 2013 (RJ 230/2013), donde el tribunal confunde las normas de los artículos 8.1 y 9 del RRI hasta el punto de reconocer la protección de las leyes de policía del foro y no la que ha de recibir el trabajador, que es la proporcionada por la *lex loci laboris*.

⁷³ Sirva de ejemplo en nuestro país, el artículo 6 del ET que, además de fijar una edad mínima de empleo, prohíbe a los menores de edad desarrollar trabajos penosos, peligrosos o insalubres y la realización de horas extraordinarias.

curioso que el legislador no aclare el carácter de dicha “habitualidad” ni en el propio RRI, ni en ninguna otra disposición. Lo que de entrada podría conducir a comprenderla erróneamente por contraposición a la temporalidad. Algo que debe descartarse rápidamente atendiendo a la literalidad del precepto: “No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”. Este matiz sobre la “regularidad” de la prestación laboral resulta trascendental en una prestación transnacional de servicios como vamos a ver.

El planteamiento anterior no viene sino a reforzar la idea ya avanzada en el apartado dedicado a la competencia judicial, del papel interpretativo fundamental que desarrolla el TJUE en este campo. Para este tribunal, el concepto de lugar habitual de trabajo debe ser interpretado en sentido amplio (siendo en consecuencia válido tanto en el campo de la competencia judicial internacional⁷⁴ como en el de la ley aplicable⁷⁵), de manera que su identificación va a quedar vinculada a las circunstancias propias de cada caso. No hay duda, como señala la doctrina, que el ánimo de protección al trabajador, considerado la parte débil de la relación contractual, ha guiado la interpretación extensiva del concepto de lugar habitual de trabajo realizado por el Tribunal de Justicia europeo⁷⁶.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la determinación del lugar habitual no resulta de manera evidente? En los supuestos en los que éste resulta impreciso, el TJUE ha ido analizando la existencia y ponderando la relevancia de varios indicadores en el concreto contrato de trabajo internacional, evidenciando nuevamente con ello que ésta es una problemática eminentemente casuística. A tal efecto, el tribunal ha considerado como lugar de prestación habitual, por ejemplo, aquel en el que se concentra la porción más importante del tiempo

⁷⁴ Sirva de ejemplo, la STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Sandra Nogueira y otros*, cit., cuyo apartado 57 recoge “En cuanto a la determinación del significado del concepto de “lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo”, en el sentido del artículo 19, punto 2, letra a), del Reglamento Bruselas I, el Tribunal de Justicia ha declarado repetidamente que el criterio del Estado miembro en que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo debe interpretarse en sentido amplio”.

⁷⁵ A modo de ejemplo, STJUE 12 septiembre 2013, *Schlecker*, (asunto C-64/12, ECLI: EU:C:2013:551), cuyo apartado 31 establece “procede recordar que el Tribunal de Justicia, al analizar la relación entre las normas que figuran en el artículo 6, apartado 2, letras a) y b), del Convenio de Roma, determinó que el criterio del país en que el trabajador “realice habitualmente su trabajo”, contenido en el artículo 6, apartado 2, letra a), de dicho Convenio, debe interpretarse en sentido amplio, mientras que el criterio del país “en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador”, previsto en el apartado 2, letra b), del mismo artículo, debe aplicarse únicamente cuando el juez que conoce del asunto no puede determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo”.

⁷⁶ IRIARTE ÁNGEL, J.L., (2018), “La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, Nº 2, p. 486.

trabajado⁷⁷; el lugar en el que se encuentran los medios de trabajo empleados por el trabajador⁷⁸; el lugar en el que el trabajador habitualmente se relaciona con el empresario⁷⁹; el lugar en el que el trabajador tiene instalado su “centro de operaciones”⁸⁰, o el lugar en el que el trabajador desarrolla la parte más importante de su actividad retribuida⁸¹.

No podía cerrar este apartado sin retomar lo que apunté al inicio. El hecho de que la aplicabilidad del artículo 8.2 de Roma I no se altere cuando la prestación de servicios se localice ocasionalmente en un territorio diferente supone un grave problema en el caso de las prestaciones de servicios transnacionales. Y es que la regulación ofrecida por esta norma favorece la

⁷⁷ STJCE de 27 de febrero de 2002, *Weber* (asunto C-37/00, RJ 2002, I-2013). Caso en el que un alemán domiciliado en Alemania y contratado por una sociedad escocesa trabajó como cocinero en la zona de la plataforma continental adyacente a los Países Bajos, a bordo de buques o instalaciones mineras con pabellón holandés hasta el 21 de septiembre de 1993, fecha a partir de la cual ejerció su actividad a bordo de un barco-grúa en aguas territoriales danesas. Al ser despedido, demandó a la empresa empleadora ante los tribunales holandeses, que plantearon una cuestión prejudicial para conocer si debía considerarse todo el periodo de empleo o únicamente el último periodo de empleo para precisar si el trabajador había realizado habitualmente su trabajo en un determinado país. En el conocimiento de que Weber carecía en un Estado miembro de un lugar que constituyese el centro efectivo de sus actividades profesionales y a partir del cual cumpliera lo esencial de sus obligaciones laborales con el empresario, el criterio pertinente para determinar el lugar de trabajo habitual era, en principio, el lugar en el que el trabajador pasaba la mayor parte de su tiempo de trabajo a cuenta de la empresa; ponderando la totalidad del periodo de actividad del trabajador en sus relaciones con la empresa con la que litiga y no únicamente el periodo más reciente.

⁷⁸ STJUE de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch*, cit., en cuyo apartado 96 se señalaba la necesidad de tener en cuenta tanto el lugar de estacionamiento de los camiones, como que la empresa tenía preparados determinados emplazamientos en el mismo país (Kassel, Neukirchen/Vluyyn, Osnabrück) y que el Sr. Koelzsch estacionaba su camión en uno de ellos.

⁷⁹ Como pone de manifiesto IRIARTE ÁNGEL, J.L., (2018), “La precisión del lugar habitual de trabajo...”, cit., este indicador se ha presentado a lo largo de la jurisprudencia de forma muy variada. Así, puede ser el lugar donde el trabajador recibe instrucciones y organiza su trabajo (asuntos *Rutten*, apartado 25; *Koelzsch*, apartado 49 y apartado 63), el lugar en el que debe presentarse para cumplir sus misiones (STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd* (asunto C-384/10, ECLI: EU:C:2011:842), apartado 40), o incluso aquel al que debe dirigirse en caso de incapacidad laboral o si se suscita un problema disciplinario (apartados 105 y 132 de las conclusiones del Abogado General en el asunto *Nogueira*).

⁸⁰ Además de la ya citada STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Sandra Nogueira y otro*, STJCE de 13 de julio de 1993, en donde se planteó al Tribunal de Justicia si el lugar habitual de trabajo era asimilable al concepto de base, tal como entonces lo definía el Reglamento (CEE) 3922/91, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil (DOCE L 373, de 31 de diciembre de 1991).

⁸¹ STJCE de 9 de enero de 1997, *Rutten* (asunto C-383/95, RJ 1997, I-57), cuyo apartado 27 indica “... el lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo ... es aquel en el que el trabajador ha establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales. Para la determinación concreta de dicho lugar, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo en uno de los Estados contratantes, donde posee un despacho desde el cual organiza sus actividades por cuenta de la empresa y al que regresa después de cada viaje profesional al extranjero”.

introducción temporal de trabajadores en el territorio de un Estado miembro, cuya legislación no les va a resultar de aplicación; lo que puede llevar acarrear con tremenda facilidad una situación de *dumping* social⁸². Precisamente para solventar esta situación se aprobó la Directiva 96/71/CE, en la que el legislador se aferra a esa temporalidad de la prestación en un lugar de trabajo distinto al habitual para, sin alterar la ley aplicable al contrato de trabajo, permitir la aplicación temporal de parte de la normativa del Estado de acogida del modo que se verá más adelante⁸³.

3.1.4. Lugar de contratación

El apartado tercero del artículo 8 del RRI establece que cuando no sea posible determinar la ley aplicable atendiendo al lugar habitual de prestación de servicios, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. Aunque esta redacción hace pensar de manera inmediata en supuestos de prestaciones de servicios plurilocalizadas, la aplicación de esta norma de conflicto no procede siempre que el trabajador preste servicios en varios Estados, sino únicamente cuando no resulte posible localizar en uno de ellos el lugar de prestación habitual⁸⁴.

Varios planteamientos dotan de contenido a la expresión “establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”. En primer lugar, esta fórmula puede interpretarse como el territorio en el que se formalizó el contrato (ley del lugar de celebración), pero también cabe interpretarla como el territorio en el que efectivamente fue ocupado el trabajador. De manera que, cuando ambos lugares (el de celebración del contrato y el de ocupación) no coincidan (pensemos en el caso de una empresa con varias sedes), en aras de la seguridad jurídica, deberá optarse por la ley del país en el que se celebró el contrato⁸⁵.

El juego de esta regla no es alternativo, respecto del anterior. Todo lo contrario. La ley rectora, en defecto de elección de las partes, es la ley del lugar de prestación habitual de servicios y, sólo cuando la localización de ese lugar

⁸² Así lo pone de manifiesto MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., (2006) *Competencia judicial...*, cit., p. 112.

⁸³ Planteamiento trasladable a la nueva Directiva (UE) 2018/957.

⁸⁴ De nuevo, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., (2006) *Competencia judicial...*, cit., p. 115.

⁸⁵ Véase STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd*, en donde se indica que el establecimiento que contrató al trabajador se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a realizar la contratación y no a aquel al que el trabajador está vinculado por su ocupación efectiva. De hecho, se señala que no se requiere que el establecimiento del empleador esté dotado de personalidad jurídica. El establecimiento de una empresa distinta de la que figura formalmente como empleador, puede considerarse establecimiento a efectos de aplicar esta disposición si concurren elementos objetivos que permitan establecer la existencia de una situación real que difiere de la que se desprende de los términos del contrato, y ello aun cuando no se haya transferido a esa otra empresa la facultad de dirección.

resulte imposible, se estará a la propia del lugar donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.

3.1.5. Cláusula de excepción. La ley del lugar que presenta los vínculos más estrechos con el asunto

La localización de la ley aplicable conforme a las pautas anteriores se excepciona en los casos en los que, a la luz de las circunstancias, exista otro lugar con el que el asunto presente vínculos más estrechos (artículo 8.4 del RRI). En este sentido, puede entenderse que los criterios de conexión contenidos en los apartados 2 y 3 del artículo 8 operan como presunciones de la ley con mayor vinculación⁸⁶; de manera que, si se demuestra que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país, dicha presunción podrá destruirse en virtud de la cláusula de escape contenida en el artículo 8.4 de Roma I. Planteamiento que fue recogido por el TJUE con ocasión del asunto *Schlecker*⁸⁷, en el que permitió al juez nacional descartar la aplicación de la *lex loci executionis* (en este caso, la legislación holandesa, puesto que la trabajadora realizaba su trabajo de modo habitual en los Países Bajos) por considerar que otras circunstancias evidenciaban la existencia de un vínculo más estrecho con otro país (Alemania)⁸⁸.

Entre los elementos significativos de vinculación que pueden ser relevantes para apreciar cuál es el país con el que el contrato de trabajo presenta los vínculos más estrechos, el TJUE ha destacado: el país en el que el trabajador paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez. Añadiendo en esta sentencia *Schlecker*, que “el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo”⁸⁹.

⁸⁶ LLOBERA VILA, M., (2016), “El artículo 1.4 ET...”, cit., p. 131.

⁸⁷ Ciertamente es que en este asunto se interpretan las disposiciones del art. 6.2 *in fine* CR, pero como señala el propio tribunal su “interpretación también concuerda con el tenor de la nueva disposición sobre las reglas de conflicto relativas a los contratos de trabajo, introducida por el Reglamento 593/2008, que sin embargo no es aplicable *ratione temporis* al asunto principal”; esto es, el actual artículo 8.4 RRI.

Sobre las distintas interpretaciones de la cláusula de escape del artículo 8.4 RRI véanse las conclusiones del Abogado General Wahl, presentadas el 16 de abril de 2013 en el asunto C-64/12, *Schlecker*.

⁸⁸ Entre las circunstancias que evidenciaban un vínculo más estrecho con Alemania, el TJUE refiere: el lugar dónde la trabajadora pagaba sus impuestos, el lugar de afiliación a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez, el mantenimiento de domicilio en Alemania, el hecho de que la remuneración se pagase en marcos alemanes, que el contrato de trabajo hiciera referencia a disposiciones imperativas del Derecho alemán y que el empleador abonase los gastos de desplazamiento de la trabajadora, de Alemania a los Países Bajos.

⁸⁹ STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Schlecker*, cit., apartado 41.

Circunstancia peligrosa en opinión de la doctrina, pues ello puede implicar que se deje la determinación de la ley aplicable en manos de una de las partes, si se tiene en cuenta que suele ser el empresario el que impone cómo se paga, qué convenio rige lo que se paga y cómo se cotiza⁹⁰.

En cualquier caso, la aplicación de esta cláusula de excepción procederá únicamente tras la valoración de las vinculaciones fácticas del caso. De manera que, como señala el propio TJUE, se aplicará la ley del país más vinculado con la situación y no necesariamente la ley más favorable al trabajador⁹¹. Y es que tal y como pone de relieve el TJUE, el funcionamiento de la cláusula de escape es independiente de las consideraciones materiales. Esta cláusula se funda en razones de proximidad, por lo que en su aplicación no resulta determinante el que conduzca a la aplicación de la ley más favorable para el trabajador⁹². De hecho, lo contrario vulneraría de forma considerable la seguridad jurídica y la previsibilidad de las soluciones adoptadas en el marco del mecanismo de determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo individual, en el sentido de que, según la naturaleza del litigio y en función del momento en el que el juez deba pronunciarse, la ley calificada como más favorable no sería necesariamente la misma⁹³.

3.1.6. La intervención de las leyes de policía

El ámbito de aplicación de la ley rectora del contrato puede verse restringido como consecuencia de la necesidad de tener en cuenta determinadas normas imperativas de otros ordenamientos vinculadas con el supuesto, tal y como recoge el artículo 9 del RRI.

El art. 7 CR (del que procede el actual 9 RRI) ya ofrecía la posibilidad de excepcionar, a través de normas imperativas, lo dispuesto en el art. 6 CR (actual 8 RR). La diferencia entre ambos preceptos estriba en la especificación que realiza el actual artículo 9 RRI del tipo de normas imperativas que pueden limitar la ley aplicable al contrato de trabajo internacional, al definir el concepto de “ley de policía”:

“Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación

⁹⁰ LLOBERA VILA, M., (2016), “El artículo 1.4 ET...”, cit., p. 141, quien añade que “este riesgo es especialmente apreciable en el caso de trabajos menos cualificados, dónde la negociación de los términos del contrato es prácticamente inexistente”.

⁹¹ Aunque el TJUE se refiere al anterior artículo 6 CR, pero puede extrapolarse al actual artículo 8 RRI.

⁹² STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Schlecker*, cit., apartado 34.

⁹³ Conclusiones del Abogado General Wahl, cit., apartados 36-38.

a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”⁹⁴.

No debe confundir el lector las leyes de policía con el orden público. La excepción de orden público internacional es un mecanismo de salvaguarda de principios jurídicos fundamentales del foro que permite descartar, en un caso concreto, la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto. Es decir, supone una reacción ante el contenido de una ley extranjera que sólo procede después de que la norma de conflicto haya operado. Por el contrario, en el supuesto de las leyes de policía, es posible verificar la aplicación imperativa de la ley del foro, pese a la competencia eventual de una ley extranjera. Es decir, lo que justifica este resultado no es una reacción frente al contenido de una ley extranjera, sino la imperatividad particular de la ley del foro⁹⁵.

En opinión de la doctrina, con la definición del artículo 9 RRI el legislador europeo ha pretendido conseguir tres importantes efectos⁹⁶: clarificar el alcance de la noción, en el sentido de normas cuya característica fundamental es que están destinadas a proteger valores jurídicos a los que no puede renunciar el ordenamiento jurídico al que pertenecen; en segundo lugar, disuadir a los tribunales de los Estados miembros de manera que no puedan recurrir a ellas mecánicamente para derogar las normas de conflicto empleadas por el RRI, sino que tendrán que aplicarlas restrictivamente, en presencia de circunstancias excepcionales, cuando están en juego valores cruciales para la organización política, social o económica del Estado; y por último, un efecto de uniformidad frente a las nociones de leyes de policía que pudieran existir en los Estados miembros.

Para finalizar aclaro que, mientras que la noción de leyes de policía es común a las normas imperativas del foro (artículo 9.2 RRI) y a las de terceros Estados (artículo 9.3 RRI), pues en ambos casos se trata de normas que, por

⁹⁴ El origen de esta noción se encuentra en la STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, cit., cuyos apartados 30 y 31 señalan: “la expresión leyes de policía y de seguridad “se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él”. Dichas disposiciones, en todo caso, no pueden ser contrarias al Derecho comunitario: “La pertenencia de las normas nacionales a la categoría de leyes de policía y de seguridad no las exime del respeto a las disposiciones del Tratado, so pena de vulnerar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Éste sólo puede tomar en consideración los motivos en que se sustentan dichas legislaciones a la luz de las excepciones a las libertades comunitarias expresamente previstas por el Tratado y, en su caso, como razones imperativas de interés general”.

⁹⁵ CALVO CARAVACA, A., (2009), “El Reglamento Roma I...”, cit., p. 117.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 115.

proteger intereses fundamentales del Estado se aplican en todo caso, aun en las situaciones privadas internacionales, con independencia del ordenamiento normalmente competente designado por la norma de conflicto, la aplicación de las leyes de policía de un tercer Estado difiere con la propia del foro. El hecho de que el legislador utilice la expresión “podrá darse efecto” en el artículo 9.3 RRI pone de manifiesto que la aplicación de las leyes de policía no es automática en este supuesto. El propio precepto así lo evidencia al señalar que para decidir si se da entrada a tales disposiciones será preciso valorar su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación. Por ello, resulta de vital importancia identificar en qué circunstancias y condiciones determinadas disposiciones del Derecho aplicable han de quedar desplazadas por la aplicación de las de la ley de otro Estado⁹⁷. En este sentido, es posible concluir que el juez del foro sólo podrá dar efecto a las leyes de policía de un tercer Estado cuando con ello se salvaguarde un interés general digno de especial protección jurídica (como son los derechos de los trabajadores).

3.2. Las directivas sobre desplazamiento de trabajadores. Análisis de la concurrencia con el Reglamento Roma I

Inicio este apartado con una aclaración, cual es que las directivas sobre desplazamiento de trabajadores (me refiero a la Directiva 96/71/CE –actualmente vigente– y a la Directiva (UE) 2018/957 –cuya aplicabilidad está prevista para el 30 de julio de 2020–) no regulan la ley aplicable a los desplazamientos de trabajadores en una relación de servicios de carácter transnacional. Y, en tanto que norma destinada a garantizar el cumplimiento de otra, la Directiva 2014/67/UE tampoco.

Tanto la Directiva de 1996 como la de 2018 tienen por objeto establecer las bases para garantizar unas condiciones de trabajo mínimas que impidan la desigualdad de trato en dicho ámbito, así como la libre competencia, evitando el *dumping* social entre las empresas que ejerzan sus actividades en el mercado interior. En consecuencia, no son normas de conflicto, aunque tampoco son disposiciones de armonización de las condiciones de trabajo aplicables a los desplazamientos de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios transnacional⁹⁸. Estas normas no buscan, de ningún modo, modificar la ley aplicable al contrato de trabajo, sino fijar un núcleo duro de normas imperativas que deben respetarse durante el periodo en el que el trabajador se encuentra desplazado en el Estado de destino, “cualquiera que sea la legislación

⁹⁷ Vid, MOLINA MARTÍN, A. M. (2010), *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, p. 167.

⁹⁸ En este sentido, STJUE de 12 de febrero de 2015, *Sähköalojen ammattiliitto* (asunto C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86), apartado 31.

aplicable a la relación laboral” (artículo 3.1 de ambas normas)⁹⁹. Bajo estas disposiciones late, en última instancia, el respeto al derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas consagrado por el artículo 31 de la CDFUE. El artículo 3 de las Directivas así lo confirma cuando declara que el objetivo principal–y que es el que han de alcanzar los Estados miembros en sus transposiciones– consiste en velar por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas afectadas por dicha normativa garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a ciertas materias.

En ese sentido, la aplicación coordinada de estas directivas y de las soluciones que Roma I ofrece al conflicto de Derecho aplicable resulta una operación necesaria, pues supone la introducción de elementos específicos en el régimen jurídico de los supuestos de desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación transnacional de servicios. Como ya se ha visto, las normas de conflicto previstas en Roma I permiten al juez descartar –de manera excepcional– la ley normalmente aplicable al contrato para aplicar las leyes de policía que prevalecen en el lugar de ejecución de la prestación. Sin embargo, estas disposiciones de aplicación inmediata no son precisadas (aunque sí definidas) por el RRI (como tampoco lo fueron por el CR antes). En este sentido, la aprobación de la Directiva 96/71/CE y su transposición a los Derechos nacionales comunitarios representaron un avance significativo en la tutela de los derechos de los trabajadores afectados por un episodio de movilidad geográfica internacional. Y es que su artículo 3 vino a dotar de contenido el concepto de “leyes de policía” recogido en el RRI, delimitando, así, el Derecho aplicable a las situaciones de trabajo temporal en el extranjero¹⁰⁰. En ese hilo conductor, cuando la Directiva de 1996 y posteriormente la de 2018 enuncian las condiciones de trabajo y empleo de las no cabe privar a los trabajadores desplazados en el Estado miembro donde se ejecuta la prestación, lo que están haciendo es concretar los estándares que deben considerarse como “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo” conforme al artículo 8.1 del RRI. Ahora bien, esta potestad estatal –en referencia a la consideración como imperativas de las normas nacionales– debe ser contemplada desde la óptica del derecho del mercado interior en materia de desplazamiento de trabajadores. Y es que, en este

⁹⁹ Insisten también en ello la STJUE de 11 de marzo de 2011, *Koelzsch*, cit., y la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 25 de julio de 2003, sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros (COM (2003) 458 final). No publicada en DOCE. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0458:FIN:EN:PDF>

¹⁰⁰ PALAO MORENO, G., (1997), “Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. 1, Vol. 49, p. 377.

campo, el ámbito conflictual está íntimamente ligado al derecho económico¹⁰¹. Sólo desde esta óptica puede comprenderse la interpretación particularmente restrictiva que el TJUE ha realizado sobre el artículo 3.7 (relativo a la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores que las establecidas en esta propia norma)¹⁰². Es por esto por lo que, a pesar de la redacción del artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE, la única vía de intervención con la que han contado y siguen contando (atendiendo a la redacción casi idéntica empleada en la directiva de 2018) los Estados en esta materia ha sido el artículo 3.10 de dicha Directiva, que, si bien permite la mejora de las condiciones contractuales de origen de los desplazados, limita sus posibilidades de aplicación al condicionarlo a una excepción de orden público. Es decir, el TJUE sólo admitirá que los Estados miembros extiendan a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo y empleo no pertenecientes a las materias enumeradas en el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE cuando éstas respondan a la noción de orden público enunciado en su artículo 3.10.

He dejado para el final la aportación que la Directiva 2014/67/UE realiza, pues en ella se aúnan tanto el avance significativo en la tutela de los derechos de los trabajadores desplazados como la preocupación del legislador europeo por garantizar unas determinadas condiciones de trabajo en los desplazamientos temporales intracomunitarios. Algo que se pone claramente de manifiesto en la redacción de su Considerando 11, en el que se establecen las pautas que han de regir la relación entre la Directiva y el RRI para aquellos casos en los que no se produce un desplazamiento real de trabajadores. Tal es el caso de las denominadas “sociedades fantasmas” o “*letter-box companies*”. Este tipo de sociedades, que suelen poseer una vinculación material importante con un país distinto de aquél con arreglo a cuyo Derecho fueron constituidas, busca la aplicación de la Directiva 96/71/CE con el propósito de huir del Derecho nacional del país al que van a trabajar¹⁰³.

¹⁰¹ LLOBERA VILA, M., (2013), *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 207. Aclaro que la jurista alude únicamente a la Directiva 96/71/CE; sin embargo, el planteamiento puede extrapolarse igualmente a la Directiva 2018/957.

¹⁰² “El artículo 3, parágrafo 7, de la Directiva 96/71/CE no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima”. Vid, STJUE de 18 diciembre 2007, *Laval* (asunto C-341/05, RJ 2007 I-11767), apartado 80; STJUE de 3 de abril de 2008, *Rüffert* (asunto C-346/06, RJ 2008 I-01989), apartado 33; y STJUE de 19 de junio de 2008, *Comisión /Luxemburgo*, (asunto C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663), apartado 26.

¹⁰³ “Cuando no exista una situación de desplazamiento real y surja un conflicto de leyes, deben tenerse debidamente en cuenta las disposiciones del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo («Roma I») o del Convenio de Roma, dirigidas a garantizar que los trabajadores no se vean privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio. Los Estados

Precisamente, esa parece haber sido la razón que ha llevado al legislador europeo a señalar de manera específica en la Directiva 2014/67/UE que, para estos casos donde en puridad no se produce un desplazamiento, no será posible privar al trabajador de la protección que le otorga una ley que no pueda derogarse mediante acuerdo o que sólo pueda excluirse en su beneficio (determinada con arreglo al artículo 8 del RRI). De manera que, en caso de un desplazamiento que implique abuso o elusión de la Directiva 96/71/CE, las normas de conflicto de los artículos 8 y 9 del RRI entrarían en juego y serían de aplicación al contrato en la medida en que tal aplicación no tenga como resultado privar al trabajador de una protección (eventualmente mejor) otorgada por la ley nacional del Estado de acogida a sus nacionales¹⁰⁴.

4. Conclusiones

El análisis de las prestaciones transnacionales de servicio implica llevar a cabo una aproximación multidisciplinar e integral a la materia, en la que el protagonismo el Derecho Internacional Privado resulta indiscutible. Y es que, como disciplina legal que aspira a la reglamentación del tráfico externo, la información que suministran sus fuentes específicas supone un complemento imprescindible para abordar con garantías su régimen jurídico-laboral. Desde esta premisa hemos visto como lo primero que se tiene que plantear el juez de un determinado Estado ante el que se plantea un litigio relacionado con este tipo de movilidad temporal internacional de trabajadores es si es competente para conocer del asunto concreto. Pero también ha quedado puesto de manifiesto que la admisión de su competencia no implica necesariamente la aplicación el ordenamiento jurídico nacional, como tampoco el hecho de que se declare incompetente va a suponer que su Derecho interno no sea aplicado por la jurisdicción extranjera que corresponda.

La segunda conclusión que podemos extraer del estudio llevado a cabo es que, al menos en sede de competencia judicial y de ley aplicable al contrato, la reciente Directiva 2018/957/UE no aporta novedad alguna respecto a su antecesora, la Directiva 96/71/CE. En este sentido, conocido que RBI-bis no resulta aplicable, en principio a los supuestos de desplazamiento transnacional temporal de trabajadores, lo que la Directiva de 2018 hace es seguir completando la laguna dejada en este punto por la normativa general sobre competencia judicial internacional, autorizando a los tribunales del Estado de acogida para conocer de los asuntos que se substancien en relación con cualquier aspecto del desplazamiento (y no en general de la relación contractual). Esto es, mantiene el

miembros deben asegurar que se dicten las disposiciones oportunas para que los trabajadores que no estén realmente desplazados gocen de la protección adecuada”.

¹⁰⁴ En este sentido, PÁRAMO MONTERO, P. (2015), “La nueva Directiva 2014/67/Unión Europea sobre el desplazamiento temporal de trabajadores”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Núm. 3, pp. 52-70.

foro adicional para las cuestiones relativas al desplazamiento del trabajador; de manera que la posibilidad de entablar demanda ante los tribunales del Estado de acogida –en relación con estas cuestiones– sigue entendiéndose sin perjuicio de la posibilidad de interponerla en otro Estado a resultas de la aplicación de las reglas generales sobre competencia judicial. Un planteamiento similar tiene lugar en sede de ley aplicable al contrato de trabajo, donde la Directiva 2018/957/UE continúa con la labor de desarrollar del sistema corrector del Derecho aplicable establecido por Roma I (labor que fue iniciada por la directiva de 1996).

Finalmente concluir que donde sí se ha producido cierta novedad ha sido en sede jurisprudencial a raíz de la inclusión de un nuevo indicador de “lugar habitual de trabajo” introducido por el TJUE en la sentencia Ryanair con ocasión de la posible asimilación entre los términos “lugar habitual de trabajo” y “base” (tal y como en su momento lo definió el Reglamento (CEE) 3922/91, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil); lo que sin duda ha contribuido a incrementar la amplitud interpretativa de dicho concepto, en consonancia con la dinámica establecida por el propio tribunal.

DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA: ASPECTOS INDIVIDUALES Y LUCHA CONTRA LA PRECARIEDAD*

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

ORCID: 0000-0001-7999-2740

1. Introducción

De acuerdo con la información proporcionada por la propia Comisión Europea durante el año 2017¹ se produjeron más de dos millones y medio de desplazamientos temporales de asalariados² a otros países de la Unión o del Espacio Económico Europeo³. Si a esta cifra sumamos los cerca de 220.000 formularios expedidos igualmente para que autónomos o trabajadores por cuenta propia pudieran realizar durante dicho año este mismo tipo de prestaciones temporales en otros países de la Unión, tendríamos, en definitiva, un total de menos de tres millones de formularios y, por tanto, de desplazamientos; un número este que, a pesar de su notable crecimiento, sobre todo durante estos últimos años, supondría, siempre según estos mismos

* Este trabajo es resultado de los Proyectos “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: Desigualdad, precariedad y exclusión social” (RTI2018-098794-B-C31) y “Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social” (FEDER18-1264479 y US-1264479).

¹ F. DE WISPELAERE, J. PACOLET, (2018) *Posting of workers Report on A1 Portable Documents issued in 2017*, Comisión europea, disponible en <https://www.etk.fi/wp-content/uploads/Komissio-tilastoraportti-Posting-of-workers-2017.pdf>

² Nos referimos a desplazamientos y no a trabajadores desplazados ya que, como es bien sabido, y por diversas razones, no siempre los datos relativos al número de formularios A1 expedidos tienen que coincidir exactamente con el número de trabajadores desplazados, ni la emisión de este formulario coincidir exactamente con desplazamientos en el sentido estrictamente laboral del término. Sobre estas salvedades véase, nuevamente, F. DE WISPELAERE, J. PACOLET, (2018) *Posting of workers...*, cit., p. 13-14; Z. RASNAČA, M. BERNACIAK, *Posting of workers before national courts*, ETUI, Brussels, 2020, p. 14; A. RIESCO, J. GARCIA, M. M. MAIRA, *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea. El caso del transporte por carretera*, Bomarzo, Albacete, 2018, p. 28 y ss.; D. CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2019, n. 142, p. 47. Las estimaciones de esta autora eran que en el año 2016 hubo aproximadamente 892.800 empleados y 67.200 autónomos desplazados.

³ Table 1 Total number of PDs A1 issued by the competent Member States, breakdown by type, 2017, F. DE WISPELAERE, J. PACOLET, (2018) *Posting of workers...*, cit., p. 17.

estudios, un porcentaje aún bastante limitado –en torno al 1,2%– del total de la población ocupada en la Unión Europea⁴.

Pues bien, seguramente lo primero que sorprende al abordar esta cuestión es la relevante importancia que la misma ha ido adquiriendo, no solo en el ámbito científico y académico, sino también, y sobre todo, en las discusiones tanto dentro de la propia Unión Europea, como singularmente en algunos de sus países centrales, especialmente en Francia, pero también en Dinamarca o Suecia. De hecho, basta comprobar las sucesivas declaraciones, estudios, comunicaciones e incluso actos normativos que, especialmente durante estos últimos quince años, han ido abordando esta materia⁵ para comprobar su singular centralidad en el plano doctrinal, político o incluso legislativo, no solo nacional, sino también a nivel de la Unión Europea. Y ello, creemos, no tanto por el número específico de trabajadores o empleados ocupados en este tipo de desplazamientos –aunque es cierto que su número no deja de crecer⁶–, sino también, o sobre todo, por ser uno de los ejemplos más claros y cualificados de la posible erosión que, tanto los fenómenos de internacionalización, como sobre todo la expansión y tutela de las libertades económicas fundamentales –y tradicionales– de la Unión Europea podrían llegar a tener sobre los tradicionales sistemas de protección socio-laboral establecidos en cada uno de los Estados miembros⁷.

En este sentido, resulta evidente que aunque en muchas ocasiones lo que formal o aparentemente se discutirá es el nivel de protección que puede ofrecer

⁴ F. DE WISPELAERE, J. PACOLET, (2018) *Posting of workers...*, cit., p. 20. En cambio, Z. RASNAČA, M. BERNACIAK (2020), *Posting of workers...*, cit., p. 14 lo sitúan aún más bajo en el 0,8% del empleo en la UE. Por su parte, A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma de la Directiva 96/71: ¿Llega finalmente la reforma tantos años anunciada?” en VVAA. *La internacionalización de las relaciones laborales* (dir. LÓPEZ-TERRADA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 133 lo sitúa en torno al 1% o al 0,7% (p. 157) en 2014. Finalmente, D. CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, cit., p. 48 lo cifra, creemos que para el 2006, en el 0,4% de los trabajadores activos a tiempo completo en la UE. Más información en A. RIESCO, J. GARCIA, M. M. MAIRA, *Desplazamiento de trabajadores...*, cit., p. 32.

⁵ Un resumen de las diversas iniciativas y estudios en esta materia, tanto de la Comisión como del Parlamento Europeo, del Comité Económico y Social Europeo y del Comité de las Regiones, al que por brevedad nos remitimos, puede encontrarse en M. REMÁČ (2015) “Posting of workers - Part of the expected Labour Mobility Package”, Implementation Appraisal, EPRS, European Parliament, September 2015, disponible el 2 de enero de 2020 en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/558784/EPRS_BRI\(2015\)558784_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/558784/EPRS_BRI(2015)558784_EN.pdf). Véase igualmente A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., p. 139, n. 14.

⁶ Más ampliamente F. DE WISPELAERE, J. PACOLET, (2018) *Posting of workers...*, cit., p. 20 y ss., en especial Table 4.; RASNAČA, M. BERNACIAK (2020), *Posting of workers...*, cit., pp. 14 y ss.; D. CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, cit., p. 47; A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., p. 134.

⁷ Sobre esta perspectiva, de forma amplia, se recomienda la lectura del interesante trabajo de D. CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, cit., p. 37 y ss.

el Estado receptor a los trabajadores desplazados –obsérvese, no precisamente a sus nacionales– como interés que justificaría –con ciertas condiciones, como veremos– la imposición de ciertos límites o cargas a la libertad de prestación de servicios de las empresas extranjeras, lo cierto es que bajo la misma lo que realmente se debate –y lo que temen estos mismos Estados “huéspedes”– es el impacto que, primero sobre sus empresas y sobre su nivel de empleo “nacional”, y más tarde, sobre las propias condiciones de empleo, podrían tener estos fenómenos⁸. Y ello ya que, especialmente desde la ampliación de 2004, las profundas diferencias en costes sociales entre los distintos Estados –y sobre todo entre la EU-15 y los Estados de la ampliación⁹–, unidas a las notables carencias que aún soporta el Derecho social de la Unión –que continúa siendo básicamente “archipelágico”– podrían acabar generando un círculo vicioso y nada virtuoso en el que la integración económica y el desarrollo del mercado único podrían acabar conduciendo, precisamente, a lo opuesto a lo que preveía el art. 117 del Tratado de Roma de 1957; esto es, no a la mejora sino a la precarización y al empeoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los asalariados, consiguiendo su equiparación aunque, eso sí, no precisamente por “la vía del progreso” entonces imaginada.

Es desde esta perspectiva, desde la que esta cuestión se ha ido ligando, sobre todo en los Estados de acogida con estándares laborales más altos y para aquellas actividades con menores exigencias de cualificación –la construcción es buen ejemplo de ello¹⁰–, con una precarización laboral cada vez más generalizada¹¹. Lo singular en este caso, es que la misma no derivaría de cambios

⁸ Estas ideas aparecen claramente reflejadas, por ejemplo, en las Recomendaciones Políticas del muy interesante Dictamen del Comité Europeo de las Regiones, Revisión de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores (2017/C 185/10), disponible el 2 de enero de 2020 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016IR2881&from=EN>.

⁹ Sobre el tema, ampliamente, T. SALA FRANCO, E. LALAGUNA HOLZWARTH (2019) “Evolución y aspectos críticos...”, cit., p. 41.

¹⁰ Recuérdese cómo, de acuerdo con D. CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, cit., p. 49, el 45% de los trabajadores desplazados lo son en el sector de la construcción. Una información más detallada en A. RIESCO, J. GARCIA, M. M. MAIRA, *Desplazamiento de trabajadores...*, cit., pp. 36-37.

¹¹ Véase Z. RASNAČA, M. BERNACIAK (2020), *Posting of workers...*, cit., pp. 16-17 quienes, si bien señalan, en relación con los datos generales, como los mismos “runs counter to the popular perceptions of this form of mobility as an ‘entrance ticket’ to the EU internal market for ‘cheap’ service providers and workers”, destacan, no obstante, cómo para ciertos sectores o actividades como la construcción en Bélgica sí se observaría una sustitución de trabajadores locales por trabajadores o autónomos desplazados. Sin embargo, y si se nos permite, bastar analizar el resultado obtenido comparando entre los A1 emitidos y recibidos que ofrecen estos mismos autores (p. 18) para detectar cómo son sin duda los países de la UE 15 con más altos ingresos los que suelen ser perceptores netos (Alemania, Finlandia, Dinamarca, pero sobre todo Francia y los Países Bajos) mientras que los países de la ampliación al este suelen ser emisores netos (Bulgaria, pero sobre todo Polonia y Eslovenia). Es más, si se diferencia por sectores -A. RIESCO, J. GARCIA, M. M. MAIRA, *Desplazamiento de trabajadores...*, cit., p. 39- se aprecia claramente cómo

tecnológicos o de las respuestas normativas nacionales a las últimas crisis económicas, sino a la propia interpretación que el Tribunal de Justicia hace de las libertades fundamentales de la Unión, con todo lo que ello supone desde la óptica de la primacía de este mismo Derecho. Si a este consiguiente “desapoderamiento” nacional unimos que, como veremos, esta misma limitación fue extendida por el Tribunal de Justicia a los propios interlocutores sociales nacionales, sometiendo a nuevos e importantes límites –a veces casi incomprensibles desde la perspectiva constitucional tradicional de muchos Estados miembros– a los principales instrumentos de tutela colectiva de los asalariados, tendremos, en definitiva, las razones por las que esta cuestión fue vista progresivamente como una de las posibles grietas para las críticas populistas al proceso de integración europeo; y por lo que la misma ha sido seguramente objeto de una progresiva atención normativa por parte de la propia Unión durante estos últimos años.

De ahí que, seguramente, la mejor forma de abordar esta materia sea seguir un hilo temporal que nos permita estudiar esta evolución y analizar si esta sucesión de nuevas medidas puede constituir o no un muro adecuado a la posible precarización derivada de la interesada utilización de estos mecanismos empresariales.

2. El origen y la base del problema: la naturaleza de la Directiva 96/71 y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Pues bien, no es arriesgado señalar que el origen de todo este problema en el ámbito laboral¹² radica seguramente en dos premisas básicas, aunque íntimamente conectadas, y que diferencian este singular tipo de movilidad de la más genérica y básica libertad de circulación de los trabajadores, alterando tanto su base institucional como las reglas sobre la ley aplicable en este tipo de casos.

En este sentido, quizás convenga comenzar señalando cómo, cuando se trata de la genérica libertad de circulación de trabajadores, ha sido el propio Tribunal de Justicia el que ha venido señalando, ya desde antiguo, que el carácter

los países con bajos salarios suelen centrar el envío de trabajadores en los sectores de la construcción y de la industria manufacturera, mientras que los países con salarios más altos centrarían estas mismas situaciones en el sector terciario y, además, con destino a otros países con salarios igualmente altos, lo que seguramente permite hablar de dos tipos de desplazamientos (p. 40): los motivados por costes laborales en sectores de escasa cualificación y uso intensivo de mano de obra y los de alta cualificación y, por tanto, especialización. En cualquier caso, no está de más destacar cómo este proceso de progresivo endurecimiento de las condiciones del desplazamiento puede y debe ser visto también desde la perspectiva de la pérdida de oportunidades de los países “emisores” y de la restricción del mercado interior. En esta línea, por ejemplo, D. CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, cit., p. 46.

¹² Para el origen de tales cuestiones en el ámbito de la Seguridad Social permítasenos la remisión a D. CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, cit., pp. 40 y ss.

absoluto de la prohibición de discriminación en relación con las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores migrantes –y, por tanto, la aplicación pura y dura de la ley del lugar de ocupación– “tiene por efecto, no solamente... un acceso igualitario al empleo, sino también, conforme a la finalidad contemplada por el artículo 117 del Tratado, garantizar a los nacionales que no sufrirán las consecuencias desfavorables que podrían resultar de la oferta o de la aceptación, por nacionales de otros Estados miembros, de condiciones de empleo o de retribución menos ventajosas que las que están en vigor en el Derecho nacional, por estar prohibidas tal oferta o tal aceptación”¹³. En definitiva, evitar un “dumping social” mediante la utilización interesada de la legislación laboral personal del empleado y no la del lugar donde efectivamente se desarrolla el mismo.

Por ello no debe extrañarnos que tanto las sucesivas propuestas de regulación planteadas por el Consejo en 1972 y 1976¹⁴, como el más amplio Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales firmado en Roma el 19 de junio de 1980¹⁵ partieran en estos casos de la aplicación sin más –art. 3 de la Propuesta de la Comisión de 1976– o de la más matizada necesidad de respetar en todo caso la protección mínima proporcionada al trabajador por las normas imperativas del lugar de prestación habitual de servicios –art. 6.1 en relación con el art. 6.2.a) del Convenio– al fijar la ley aplicable en estos casos de movilidad al amparo de la libre circulación de trabajadores.

El problema es que en ambos instrumentos se preveía igualmente como situación singular o como auténtica excepción la de aquellos trabajadores desplazados temporalmente por sus empresas a otro país de la Unión. En el primer instrumento *non nato* –art. 4 de la propuesta de la Comisión– se pretendía coordinar esta regulación con la normativa de Seguridad Social¹⁶ estableciendo la continuación en la aplicación de la legislación laboral del lugar donde estuviera localizado el establecimiento de origen, si bien en su posterior art. 8 se establecían una serie de materias –por cierto, bastante similares a las posteriormente recogidas en el art. 3.1 Directiva 96/71– en las que sí serían

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1974, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, Asunto C-167/73. ECLI:EU:C:1974:35, ap. 45.

¹⁴ Amended proposal for a Regulation of the Council on the provisions on conflict of laws on employment relationships within the Community, 28 April 1976, COM(75) 653 final. Véase su texto disponible el 2 de enero de 2020 en [http://aei.pitt.edu/10779/1/COM\(75\)653.pdf](http://aei.pitt.edu/10779/1/COM(75)653.pdf). Sobre la misma T. SALA FRANCO, E. LALAGUNA HOLZWARTH (2019) “Evolución y aspectos críticos del desplazamiento transnacional de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, N. 439, p. 30.

¹⁵ Convenio 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (DO L 266 de 9.10.1980, pp. 1-19).

¹⁶ Limitando incluso su duración a los doce meses fijados entonces en el art. 14.1 del Reglamento 1408/71, aunque, eso sí, para evitar posibles descoordinaciones por la modificación de aquella, se estableciera solo una remisión a la misma.

aplicables –al menos como mínimos– las normas del Estado en el que se prestase el servicio. En cambio, en el caso del Convenio de Roma, que finalmente sí vería la luz, la necesidad de dotar de una cierta estabilidad a la ley aplicable en una relación estable como la de trabajo motivó que la regla general de libre elección –art. 3– fuera matizada por el art. 6.2.a) al fijar como normativa que determinaba la protección imperativa de la que debía disfrutar el trabajador la “del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando –y esto es lo fundamental a los efectos que aquí interesen– con carácter temporal esté empleado en otro país”¹⁷. Obsérvese que el Convenio, a diferencia de la propuesta de la Comisión finalmente abandonada, no solo no establecía límite temporal alguno en estos casos, sino que, además, no contemplaba matización alguna en relación con la hipotética necesidad de aplicar en ninguna materia la legislación laboral del Estado de destino, aunque también es cierto que no la impedía si esta era la decisión de las partes y se superaban las garantías imperativas establecidas en aquella.

Desde esta perspectiva no debe sorprendernos que, en la actualidad, esta misma irrelevancia del desplazamiento –que rompía y rompe con la clásica regla de territorialidad del lugar de prestación de servicios– apareciese nuevamente contemplada en el actual art. 8.2 del Reglamento (CE) nº 593/2008 de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) que, como se recordará, constituye una normativa universal –art. 2– para todos los operadores jurídicos, aplicable de oficio por los jueces de los Estados de la Unión con independencia incluso –art. 2– de que la ley “designada” no sea la de un Estado miembro¹⁸. En cualquier caso, lo que también es importante destacar es que, en primer lugar, tampoco Roma I delimita de forma rígida y temporal qué debe entenderse por desplazamiento temporal¹⁹. Todo lo más se limita a recordar, en su Considerando 36, que “la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo

¹⁷ Véase «DOCE» núm. 266, de 9 de octubre de 1980. En relación con España, debe tenerse en cuenta el Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, DOCE» núm. 333, de 18 de noviembre de 1992.

¹⁸ Véase, desde una perspectiva más general, el excelente trabajo de M. VILLA FOMBUENA, (2015) *La prestación de servicios transnacional. Una nueva perspectiva de análisis*, Tesis doctoral, Sevilla, 2015, p. 154 y ss. Por lo que se refiere a la previa competencia de los Tribunales españoles, recuérdese la posible aplicación del art. 16 Ley 45/1999 en relación con su DA 4.

¹⁹ Sobre las posiciones y cuestiones planteadas en este ámbito en el proceso de conversión entre el Convenio y el Reglamento Roma I véase O. FOTINOPOULOU BASURKO “La Directiva sobre desplazamiento de trabajadores: convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2019, n. 142, pp. 39 y ss.

en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”²⁰. Y, en segundo lugar, que en la lógica del nuevo precepto, la normativa del país de origen era y es un simple mínimo que en nada parecía impedir la posibilidad de que las partes acogiesen otra legislación que fijase estándares superiores a los establecidos por la normativa del país de origen²¹.

En este contexto no debe extrañarnos que cuando el Tribunal de Justicia se enfrentó a este problema (*Rush Portuguesa*) no dudase en señalar –como “singular” respuesta, eso sí, a las “preocupaciones expresadas por el Gobierno francés”– que el “Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario: el Derecho comunitario no prohíbe tampoco a los Estados miembros que impongan el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto”²²; una afirmación aparentemente incondicionada y que parecía otorgar, al menos inicialmente, una amplia libertad a los países de destino para proteger formalmente a los trabajadores desplazados y evitar materialmente la introducción de los costes sociales como elemento de competencia en sus mercados de servicios.

En cualquier caso, esto no fue finalmente así. Más allá de señalar cómo en alguna Sentencia anterior (*Seco*) esta referencia inicial se limitaba llamativamente al salario mínimo o salario social mínimo²³, lo que seguramente resulta bastante más importante es que, por las razones que fueran –imposibilidad de aplicar en aquel momento el principio de libertad de circulación de trabajadores durante el periodo transitorio tras la incorporación de Portugal (*Rush portuguesa*), o como vía para evitar la regla de unanimidad y el previsto rechazo de algún país en el proceso de adopción de la entonces propuesta de Directiva–, lo cierto es que

²⁰ Del mismo modo que “la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas... no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal”.

²¹ Considerando 34 del Reglamento Roma I.

²² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 27 de marzo de 1990, Asunto C-113/89, *Rush Portuguesa* ECLI:EU:C:1990:142, ap. 18.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de febrero de 1982, *Seco y Desquenne*, asuntos acumulados C-62/81 y 63/81 apartado 14: “Consta que el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros hagan extensiva la aplicación de sus legislaciones o de los convenios colectivos laborales celebrados por los interlocutores sociales en materia de salarios mínimos a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario, al igual que el Derecho comunitario tampoco prohíbe a los Estados miembros hacer cumplir dichas normas por todos los medios adecuados al efecto”.

rápida, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia²⁴, como la propia y posterior Directiva 96/71 desligaron progresivamente estas situaciones de las reglas de la libertad de circulación –y, por tanto, del principio de no discriminación y de la posible aplicación de la ley del país de destino para evitar, no solo discriminaciones, sino una competencia basada en estos aspectos sociales– para centrarlas casi exclusivamente en la libre prestación de servicios.

Para ello se remarcará cómo en estos casos, no serían los trabajadores los que tomaran la decisión de circular entre los Estados, sino las propias empresas, y que, además, con estas prácticas se provocarían una movilidad necesariamente temporal y, por tanto, con retorno al país de origen de sus empleados, sin intención alguna, en definitiva, de integrarse definitivamente en el mercado de trabajo del país de destino²⁵. De este modo, la base jurídica abandonaría sustancialmente la libre circulación de trabajadores –movilidad para el empleo– para asentarse básicamente en la libertad de prestación de servicios –movilidad en el empleo– que incluiría, como contenido de este derecho empresarial, la posibilidad de desplazar también temporalmente los recursos humanos necesarios desde el país de origen al de destino para el desarrollo de dicha actividad²⁶.

Y ello, como decimos, lejos de ser intrascendente, va ser decisivo en el nacimiento del problema. Situados ya en el marco de la libertad del mero prestador de servicios –y no, por tanto, en la del trabajador pasivamente afectado ni en la más duradera de establecimiento²⁷–, la anterior “obligación” del

²⁴ Véase, por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia -STJ en adelante- (Sala Quinta) de 25 de octubre de 2001, Finalarte, C-49/98, ap. 22 : “A este respecto, el Tribunal de Justicia ha señalado que el personal de una empresa establecida en un Estado miembro que es enviado temporalmente a otro Estado miembro para realizar prestaciones de servicios no pretende en modo alguno acceder al mercado laboral de este segundo Estado, ya que vuelve a su país de origen o de residencia después de haber concluido su misión (véanse las sentencias de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa, C-113/89, ap. 15, y de 9 de agosto de 1994, VanderElst, C-43/93, ap. 21).

²⁵ Esta argumentación partía, implícitamente al menos, de una hipotética contraposición con la libertad de circulación de los trabajadores que sí buscaría esta “integración definitiva” en el mercado de trabajo del país de destino. Y, aunque ello puede ser cierto en múltiples ocasiones, coincido con B. GUTIERREZ-SOLAR CALVO *El desplazamiento temporal...*, cit., pp. 51 y ss. en que no siempre es o tiene que ser así.

²⁶ STJ (Sala Sexta) de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa Asunto C-113/89, ap. 12. En general, un interesante repaso por esta jurisprudencia en B. GUTIERREZ-SOLAR CALVO *El desplazamiento temporal de trabajadores*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 27 y ss.

²⁷ No debe olvidarse que, como recordaba la STJ (Sala Quinta) de 24 de enero de 2002 Portugaia, Asunto C-164/99, ECLI:EU:C:2002:40, ap. 17: “En concreto, 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 (sentencia *Säger*, antes citada, apartado 13).”

empleador de aplicar las normas sociales del país de origen, tanto materiales como procedimentales, va a ser considerada ahora como parte de dicho derecho, cuyas limitaciones mediante la aplicación de la normas laborales del país de destino, tanto procedimentales como sustantivas, van a quedar condicionadas, no ya a la simple e inicial prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, sino al más exigente test que surge en este ámbito con la Sentencia *Säger*; un test que, como se recordará “no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio de quien presta servicios 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 puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos”²⁸.

De esta forma, y por lo que se refiere en primer lugar a las exigencias básicamente procedimentales ligadas al control, el Tribunal de Justicia, ante la parquedad en este punto de la Directiva 96/71 –finalmente no completada ni colmada (como sí se preveía en su proyecto) por la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006²⁹– va a seguir reconociendo de forma genérica, que el

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de julio de 1991, Manfred Säger contra Denmeyer & Co. Ltd., asunto C-76/90. ECLI:EU:C:1991:331. ap. 12. Un posible antecedente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1986, Comisión contra República Federal de Alemania, asunto 205/84, ECLI:EU:C:1986:463. Un ejemplo del impacto de la misma en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 5 de junio de 1997, Syndesmos, Asunto C-398/95 ECLI:EU:C:1997:282, ap. 16. Sobre esta evolución véase B. GUTIERREZ-SOLAR CALVO *El desplazamiento temporal...*, cit., pp. 79 y ss.

²⁹ Como se recordará, en el art. 24 de la inicial Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior [SEC(2004) 21] /* COM/2004/0002 final - COD 2004/0001 */ se establecía que “1. Cuando un prestador desplace a un trabajador al territorio de otro Estado miembro con objeto de prestar un servicio, el Estado miembro de desplazamiento procederá a realizar en su territorio las comprobaciones, inspecciones e investigaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de las condiciones de empleo y de trabajo aplicables a tenor de lo dispuesto en la Directiva 96/71/CE y, siempre en cumplimiento del Derecho comunitario, adoptará las medidas necesarias contra el prestador que incumpla dichas condiciones. No obstante, el Estado miembro de desplazamiento no podrá imponer al prestador o al trabajador desplazado por éste último las obligaciones que se enumeran a continuación en relación con las cuestiones contempladas en el punto 5 del artículo 17: a) obligación de obtener una autorización de las autoridades competentes nacionales o de estar inscrito en un registro por ellas u otra obligación equivalente; b) obligación de formular una declaración, salvo las declaraciones relativas a una actividad recogida en el anexo de la Directiva 96/71/CE que pueden mantenerse hasta el 31 de diciembre de 2008; c) obligación de disponer de un representante en territorio nacional; d) obligación de llevar y mantener documentos sociales en el territorio nacional o en las condiciones aplicables en el territorio nacional. 2. En el caso al que se refiere el apartado 1, el Estado miembro de origen hará lo necesario para que el prestador tome todas las medidas adecuadas con el fin de poder comunicar a las autoridades competentes de su país, así como a las del Estado miembro de desplazamiento, en un plazo que vencerá a los dos años de haber finalizado el desplazamiento, la información siguiente: a) la identidad del trabajador desplazado, b) el cargo y los cometidos que se le encomiendan, c) los datos del

Derecho Comunitario no se opondría a que los Estados miembros garantizaran la aplicación a estos trabajadores de su legislación y convenios colectivos por los medios adecuados³⁰. Pero eso sí, inmediatamente a continuación va a señalar cómo estas medidas u obligaciones –ya afectasen al prestatario o incluso al mero destinatario en el país de empleo³¹– constituirían una posible carga empresarial³² que podía actuar como limitación de esta misma libertad de prestación de servicios interpretada en sentido amplio; esto es, repetimos, como una libertad que no solo exigiría “eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios por razón de su nacionalidad o por el hecho de estar establecido en otro Estado”³³, sino también, y esto es lo importante, “suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando dicha restricción pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios”³⁴.

Desde esta perspectiva –continuaba el Tribunal– estas limitaciones solo podrían estar justificadas, en primer lugar, por razones imperiosas de interés general... en la medida en que dicho interés no quedase salvaguardado “por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está

destinatario, d) el lugar de desplazamiento, e) la fecha de inicio y fin del desplazamiento, f) las condiciones de empleo y de trabajo que se aplican al trabajador desplazado. En el caso al que se refiere el apartado 1, el Estado miembro de origen ayudará al Estado miembro de desplazamiento a la hora de garantizar el cumplimiento de las condiciones de empleo y de trabajo aplicables con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 96/71/CE y comunicará por propia iniciativa al Estado miembro de desplazamiento los datos contemplados en el primer guión cuando tenga conocimiento de hechos precisos que hagan suponer posibles irregularidades del prestador en relación con las condiciones de empleo y de trabajo. Sin embargo, y como es bien sabido, esta completa regulación desapareció en la versión definitiva de la mencionada Directiva

³⁰ STJ de 3 de Febrero de 1982, Seco, asuntos C-62 y 63/81, ECLI:EU:C:1982:34, ap. 14; STJ Rush Portuguesa, C-113/89, ap. 18; STJ VanderElst, C-43/93, ap. 23; STJ de 28 de marzo de 1996, Guiot, asunto C-272/94, ECLI:EU:C:1996:147, ap. 12; STJ Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, ap. 4; STJ Mazzoleni, asunto C-165/98, ap. 28; STJ Comisión contra Luxemburgo, Asunto C-445/03, ap. 29.

³¹ Véase, por mencionar solo una, la reciente STJ de 19 de junio de 2014, Prostějov, asuntos acumulados C-53/13 y C-80/13, ap. 26 y las allí mencionadas. Igualmente, STJ (Sala Tercera) de 3 de diciembre de 2014, De Clercq y otros, asunto C-315/13 ECLI:EU:C:2014:2408, aps. 52 y 54.

³² Por mencionar solo dos STJ Comisión contra Luxemburgo, Asunto C-445/03, ap. 23; (Sala Primera) de 18 de julio de 2007, Comisión contra Alemania, asunto C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430, ap. 68.

³³ STJ Comisión contra Alemania, asunto C-490/04, aps. 84 y sig, en relación con la imposición de una mayor información administrativa a las ETT no nacionales. Véase, no obstante, la posibilidad de establecer reglas singulares para las empresas desplazadas cuando existan “diferencias objetivas” que lo justifiquen en STJ Finalarte, C-49/98, ap. 65 y 73.

³⁴ Por todas véanse las SSTJ VanderElst, C-43/93, ap. 10; Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, ap. 33; Finalarte, C-49/98, ap. 28; Portugaia, asunto C-164/99, ap. 16; Comisión contra Alemania, asunto C-490/04, ap. 63; (Sala Tercera) de 3 de diciembre de 2014, De Clercq y otros, asunto C-315/13 ECLI:EU:C:2014:2408, ap. 53; (Sala Cuarta) de 19 de diciembre de 2012, Comisión contra Bélgica, asunto C-577/10, EU:C:2012:814, ap. 38.

establecido”³⁵; y siempre, además, que dichas normas fuesen adecuadas para el objetivo legítimo que persiguiesen, sin ir más allá de lo necesario para su consecución³⁶. En definitiva, el principio de proporcionalidad aplicado a cualquier medida que pudiera limitar esta acepción –ciertamente amplia– de la libertad de prestación de servicios, y siempre que dicha protección no se obtuviese mediante obligaciones idénticas o esencialmente comparables con las ya impuestas en el Estado de envío³⁷ y que dichos controles no convirtieran en ilusoria la libertad de prestación de servicios³⁸ o se dejasen a la discreción de la administración³⁹.

Pero es más, seguramente lo más importante es que incluso la propia imposición de las condiciones de trabajo y empleo más favorables del país de destino fue también considerada como una “carga” o limitación de esta misma libertad de prestación transnacional de servicios, cuya extensión habría quedado fijada por el art. 3 Directiva 96/71. De este modo, lo que en un principio pudo haber sido un mínimo en una norma claramente social –no debe olvidarse que la propuesta inicial de esta Directiva se enmarcaba en el capítulo sobre la libertad de circulación del Programa de acción de la Comisión relativo a la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales⁴⁰– acabó por convertirse en un máximo para los Estados de destino sin que los profundos cambios sufridos en este punto durante su tramitación por la conocida Directiva

³⁵ Por todas, STJ VanderElst, C-43/93, ap. 16; STJ Guiot, asunto C-272/94, aps. 11 y sig.; STJ Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, especialmente aps. 34 y 65-66 en relación con la exigencia de elaboración de documentos en el país de empleo cuando su finalidad quede suficientemente salvaguardada mediante la presentación de los ya exigidos por el de envío; STJ Finalarte, C-49/98, ap. 31; STJ Comisión contra Alemania, asunto C-490/04, ap. 64

³⁶ Por todas véase la STJ Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, ap. 34, 35 y 39 y todas las allí citadas; STJ Mazzoleni, asunto C-165/98, aps. 25-26; STJ Finalarte, C-49/98, ap. 32; STJ (Sala Segunda) de 12 de octubre de 2004, Wolff, Asunto C-60/03, ECLI:EU:C:2004:610, ap.34; STJ Comisión contra RFA, asunto C-244/04, ap. 31; STJ Comisión contra Austria, asunto C-168/04, ap. 37; STJ Comisión contra Alemania, asunto C-490/04, ap. 65; dos Santos Palhota y otros, asunto C-515/08 ap. 45. Un ejemplo reciente en relación con las cuantías y sanciones previstas en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones formales en Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de septiembre de 2019, Zoran Maksimovic y otros, asuntos acumulados C-64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18, ECLI:EU:C:2019:723. Véase igualmente Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2018, Čepelnik, asunto C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896.

³⁷ Esta idea se encontraba ya en el ap. 17 de la iniciática STJ de 17 de diciembre de 1981, asunto Webb, C-279/89, ECLI:EU:C:1981:314 si bien fuertemente condicionada por la peculiaridad del servicio. Por todas las posteriores véanse STJ VanderElst, C-43/93, ap. 16; STJ (Sala Primera) de 19 de enero de 2006, Comisión contra Alemania, asunto C-244/04, ECLI:EU:C:2006:49, ap. 44; STJ Comisión contra Luxemburgo, Asunto C-445/03, ap. 21.

³⁸ STJ Comisión contra Austria, asunto C-168/04, ap. 43.

³⁹ STJ Comisión contra Luxemburgo, asunto C-445/03, ap. 40.

⁴⁰ Véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51991PC0230&from=EN> – última visita el 2 de enero de 2020.

de Servicios⁴¹ alterasen una conclusión cuyas consecuencias más problemáticas se pusieron finalmente de manifiesto en el conocido “cuarteto”⁴² de Sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos, Viking-Line⁴³, Laval un Partneri⁴⁴, Rüffert⁴⁵ y Comisión contra Luxemburgo⁴⁶.

Por ahora nos interesa destacar cómo seguramente la más clara expresión de la perspectiva que acabamos de mencionar se encuentra en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de junio de 2008, Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo. Es en ella donde con meridiana claridad el Tribunal asumirá que esta regulación europea, sus normas de transposición y la propia práctica administrativa de los distintos Estados Miembros, no constituye una norma típicamente “social”, de mínimos o de derecho necesario relativo, perfectamente ampliable en cuanto al grado de protección otorgado –material o procedimental– por cada uno de los Estados Miembros a tales asalariados. Muy al contrario, y como decimos, para el Tribunal nos encontraríamos ante un instrumento de “máximos” que, en cuanto supone una limitación de la expansiva y fundamental –en el ámbito de los Tratados originarios– libertad de prestación de servicios, debía ser interpretado restrictivamente. Solo así, en definitiva, se comprende que para el Tribunal el listado contemplado en el art. 3.1 Directiva 96/71 debiera considerarse “exhaustivo” al recoger todas “las materias en las que los Estados miembros pueden hacer prevalecer las normas vigentes en el Estado miembro de acogida”

⁴¹ Como se recordará, en la propuesta inicial de lo que hoy es la Directiva 2006/123/CE se partía –considerando 59– de una premisa básica de acuerdo con la cual “las condiciones de empleo y de trabajo distintas de las contempladas en los la Directiva 96/71/CE y con arreglo al principio de la libre circulación de servicios establecido en la Directiva, el Estado miembro de desplazamiento no debe(ría) poder tomar medidas restrictivas contra un prestador establecido en otro Estado miembro”. De ahí que el art. 17.5 de esta misma propuesta señalase como excepción general al principio de país de origen a las materias que abarcaba la Directiva 96/71/CE, limitando por tanto así la capacidad expansiva antes mencionada. Pues bien, y como decimos, la redacción final mucho más neutra del considerando 86, unida a la primacía otorgada en el art. 3.1 a la Directiva 96/71 en caso de conflicto con la mencionada Directiva 2006/123/CE hubieran quizás podido dar un cierto apoyo a una interpretación más equilibrada que, sin embargo, y como veremos, no fue la finalmente asumida por el Tribunal de Justicia.

⁴² Sobre este cuarteto nos remitimos por brevedad a las como siempre oportunas consideraciones de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Libre prestación de servicios y Derecho colectivo del trabajo”, en *Temas Laborales*, 2009, n. 100, p. 517 y sig. Más recientemente, pero igualmente interesante F. FERNÁNDEZ PROL “Desplazamientos temporales de trabajadores: orientaciones actuales”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2016, n. 122, p. 41 y ss.; A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., pp. 153 y ss.

⁴³ STJ (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, Viking Line, asunto C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772.

⁴⁴ STJ (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri, asunto C-341/05; ECLI:EU:C:2007:809.

⁴⁵ STJ (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008, Rüffert, asunto C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189.

⁴⁶ STJ (Sala Primera) de 19 de junio de 2008, Comisión contra Luxemburgo, asunto C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350.

y que, además, la reserva de orden público contemplada en el art. 3.10 constituyese para el Tribunal una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debía ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no podía ser determinado por los Estados miembros unilateralmente⁴⁷. En definitiva, una vez aprobada la Directiva 96/71, esta marcaría –junto con las reglas hoy contempladas en el Reglamento (CE) n. 883/2004 en el campo de protección social– los límites de una legítima competencia en la que, por tanto, resultaría plenamente admisible o incluso plenamente legítima la utilización de los distintos costes sociales que se derivasen de tales reglas. Al igual que ocurriría en el comercio de mercancías, y ante el escaso desarrollo de un Derecho Social Europeo realmente armonizador de estas condiciones sociales, lo cierto sería que estos costes sociales, no equiparados por la redacción originaria de la Directiva 96/71, entrarían plena y legítimamente en juego, como “ventajas competitivas”, por mucho que ello pudiera suponer un “dumping social” entre sistemas laborales y de Seguridad Social dentro de la propia Unión Europea.

En cualquier caso, aún más llamativo es que esta consideración como normas de máximos no se establecía solo frente al Estado sino también frente a los propios agentes sociales y, en especial como límite a las medidas de conflicto colectivo que estos pudieran acordar frente a desplazamientos temporales transnacionales. En efecto, con el antecedente que, en relación con la libertad en este caso de establecimiento, supuso la Sentencia *Viking-Line*, y alejándose, por tanto, de la doctrina sentada en el caso *Albany*, el Tribunal, en *Laval et Partneri*, asumirá igualmente esta perspectiva de “techo” al señalar que dicha Directiva “no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima... las materias contempladas en su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), la Directiva 96/71 prevé(n) expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados

⁴⁷ STJ Comisión contra Luxemburgo, asunto C-319/06: “en el contexto de la Directiva 96/71, el artículo 3, ap. 10, primer guion, de ésta constituye una excepción al principio según el cual las materias en las que el Estado miembro de acogida puede imponer sus normas a las mencionadas empresas se enumeran, con carácter exhaustivo, en el artículo 3, ap. 1, primer párrafo, de dicha Directiva, y, por consiguiente, debe interpretarse en sentido estricto. En particular, la referida disposición no exige a los Estados miembros de cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado y, concretamente, las relativas a la libre prestación de servicios”... “De ello se deriva que el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad... 51 Debe recordarse que las razones que puede invocar un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libre prestación de servicios deben ir acompañadas de un examen de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por ese Estado, así como de datos precisos en los que pueda sustentarse su argumentación (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de junio de 2007, Comisión/Bélgica, C-254/05, Rec. p. I-4269, ap. 36 y jurisprudencia allí citada)”.

miembros en favor de sus trabajadores desplazados a su territorio". Lo novedoso en este caso es que, a pesar de la ausencia de competencia material sobre estas medidas de acción colectiva o del carácter fundamental de este mismo derecho, tanto a nivel internacional como interno, el Tribunal no va a dudar en entrar a valorar la posible colisión de ciertas formas de su ejercicio con una libertad de prestación de servicios dotada a estos efectos de eficacia horizontal. Y si bien el Tribunal reitera obviamente que "la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de *dumping social* puede constituir una razón imperiosa de interés general", este carácter de máximos del listado de materias recogido en el art. 3.1 Directiva 96/71, unido a la práctica imposibilidad de que los interlocutores sociales puedan alegar razones de orden público para incorporar otras materias (apartado 84), hace que dicho fin no lo sea cuando la acción esté destinada a imponer a este prestador transnacional condiciones laborales que vayan más allá de las que en aquel momento había "fijado" la legislación sueca.

Con independencia de las conocidas modificaciones legales que esta doctrina generó, tanto en Suecia como, por ejemplo, en Dinamarca⁴⁸, seguramente lo más llamativo de esta controvertida argumentación es, por un lado, el hecho de que el reconocimiento de estos derechos colectivos como derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario⁴⁹ se hiciera por el Tribunal para, paradójicamente, someterlos inmediatamente a continuación a un análisis desde una perspectiva tradicionalmente inversa a la normalmente utilizada tanto en los Estados miembros como en los tribunales e instancias de control internacionales, incorporando así unos límites sobrevenidos y que previamente no existían en la mayoría de los Estados Miembros. Y, en segundo lugar, que esta misma doctrina, al admitir la posible imposición de indemnizaciones en el caso de violaciones de la libertad de prestación de servicios, y condicionarlas al resultado de aplicar un principio de proporcionalidad con evidentes zonas de incertidumbre, incorporaba al arsenal empresarial un nuevo instrumento de presión, fuertemente desincentivador de este tipo de conflictos en un área cada vez más amplia de la actividad económica como es la libre prestación de servicios transnacionales. La preocupación mostrada a este respecto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ante los "significativos efectos restrictivos" "que esta doctrina... probablemente tendrá... en el ejercicio de este derecho"⁵⁰ y la propia experiencia en casos

⁴⁸ Sobre estas reformas véase más ampliamente, MALMBERG, J. The impact of the ECJ judgements..., cit., p 12 y sig.

⁴⁹ STJUE Viking-Line, ap. 43 y siguientes.

⁵⁰ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A) Informe General y observaciones referidas a ciertos países, Conferencia Internacional del Trabajo, 99.^a reunión, 2010, p. 220 y siguientes.

posteriores como el de BALPA, o IAG y BA contra SEPLA, demuestran los riesgos abiertos por una jurisprudencia que, tras el fracaso de la Propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre de prestación de servicios⁵¹, pareció sostenerse implícitamente para el Tribunal de Justicia, al menos en *Fonnship*⁵², sin que, obviamente, el contenido del art. 1.2 Directiva 2014/67 pareciera aportar novedad alguna⁵³.

En cualquier caso, y ya para terminar, esta misma óptica, ciertamente singular, es la que subyace igualmente en la Sentencia *Rüffert*⁵⁴. Aunque la polémica se traslade ahora a la presencia de este tipo de cláusulas sociales en la contratación pública, lo cierto es que el Tribunal focaliza totalmente su atención en la Directiva 96/71 –de hecho, no existen, salvo error u omisión por mi parte, referencias a la normativa europea propia de esta materia en dicha Sentencia⁵⁵– de la que se predica ya clara y expresamente –apartado 36– la necesidad de su lectura “a la luz del artículo 49 CE” al consistir su objetivo en “la consecución de la libre prestación de servicios”. Y esta misma lógica impregna claramente la posterior Sentencia *Bundesdruckerei*⁵⁶, aunque, eso sí, la inexistencia de un desplazamiento físico de los empleados implique rechazar la aplicación de la Directiva 96/71 dando en cambio más espacio a la normativa sobre contratación pública.

La cuestión en cambio se vuelve algo más compleja un año después con la conocida Sentencia *RegioPost*⁵⁷. Es cierto que para un destacado sector de la doctrina, esta resolución pudo ser percibida como un cierto giro social y un

⁵¹ COM/2012/0130 final - 2012/0064 (APP) elaborada sobre la base del Reglamento (CE) nº 2679/98 del Consejo de 7 de diciembre de 1998 sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros y las propuestas del denominado Informe Monti, Una nueva Estrategia para el Mercado único Al servicio de la economía y de la Sociedad de Europa, de 9 de mayo de 2010, p. 7º y ss. Véase igualmente las referencias a esta cuestión en la Comunicación de la Comisión “Hacia un Acta del Mercado Único Por una economía social de mercado altamente competitiva Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos”, Bruselas, 27.10.2010. COM (2010) 608 final, en especial el punto 2.2 y las propuestas 29 y 30.

⁵² STJ (Gran Sala) de 8 de julio de 2014, Asunto C-83/13, ECLI:EU:C:2014:2053 que en su ap. 41 se refiere expresamente a “la establecida por la sentencia Laval un Partneri (C-341/05, EU:C:2007:809) sobre la compatibilidad de las medidas de conflicto colectivo con la libre prestación de servicios”

⁵³ En este mismo sentido, véase el completo trabajo de GARCIA TRASCASAS, A., “Desplazamiento de trabajadores y acciones colectivas...”, cit., p. 300.

⁵⁴ STJ (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008. Dirk Rüffert contra Land Niedersachsen, asunto C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, ap. 31, 33 y 34.

⁵⁵ MIRANDA BOTO, J.M., FOTINOPOULUS BASURKO, O. “Contratación pública y cláusulas sociales...”, cit., p. 226.

⁵⁶ STJ (Sala Novena) de 18 de septiembre de 2014, Bundesdruckerei, asunto C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235

⁵⁷ STJ (Sala Cuarta) de 17 de noviembre de 2015, RegioPost, asunto C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760

alejamiento de la doctrina *Rüffert*. Pero, al menos a mi juicio, tampoco creemos que deba magnificarse su contenido o la intensidad de este viraje. Y ello porque a diferencia de *Rüffert*, en este caso sí existía una norma legal que establecía por sí misma y directamente un salario mínimo sin referencias, por tanto, a un específico convenio colectivo de más amplio campo personal y que, además, no hubiera sido declarado de aplicación general. Y porque frente a *Bundesdruckerei* –en el que en cambio sí existía una similar fijación legal del salario mínimo– en *RegioPost* sí nos encontramos ante un desplazamiento físico de trabajadores a un país distinto del de origen lo que justificaría la existencia real de una necesidad de tutela de dichos trabajadores como finalidad legítima, como imperiosa necesidad real y no como simple pantalla para justificar la protección de las empresas nacionales frente a la competencia internacional. En realidad, la argumentación de *RegioPost* se basa más –al menos a mi juicio– en la forma “correcta” que en este caso se utilizó para la fijación de esta condición, que en un cambio de la propia perspectiva de la Directiva 96/71 que seguramente seguía siendo la misma, como demostraban las referencias a la Sentencia Laval. Lo que en cambio nadie dudó es de que el Tribunal sí habría dado “indicaciones muy claras de cómo poner en práctica las cláusulas de contenido socio-laboral en la contratación pública”. Bienvenida fuese por ello.

3. El largo proceso de reformas

En cualquier caso, lo que sí resultaba evidente era que, transcurridos ya casi veinte años desde su aprobación, una parte sustancial de los países de la Unión, y en especial los que contaban con condiciones laborales más altas, consideraban como claramente deficiente el estado de la cuestión, postulando la necesidad de una reforma en profundidad de la misma.

La orientación de la jurisprudencia comunitaria, sobre todo la cristalizada en el cuarteto Laval –y que en definitiva tendía a garantizar la inclusión de elementos sociales en la competencia transnacional, justificándolo en ocasiones por las mayores dificultades que estos prestadores tenían en tales mercados⁵⁸–, provocó, como decimos, una reacción de rechazo tan notable –sobre todo en los países de destino– que acabó por favorecer movimientos nacionalistas –cuando no xenófobos– contra este nuevo tipo de emigrantes, teóricamente en el empleo, pero a través de las cuales se cristalizaría un *dumping social* –en determinados sectores estos trabajadores podían llegar a percibir un salario cerca del 50%

⁵⁸ De hecho, algunos estudios han llegado a fijar en un 32% los denominados “costes laborales transfronterizos indirectos” que, además, deberían unirse a los gastos de funcionamiento adicionales que deberían soportar estas empresas. Estos datos en el Dictamen del CESE sobre la «Propuesta de Directiva...que modifica la Directiva 96/71/CE...» [COM (2016) 128 final – 2016/0070 (COD)].

inferior⁵⁹-, paradójicamente “legal”, o incluso, aún más, dotado de primacía sobre los concretos ordenamientos nacionales y en el que ciertas diferencias laborales podrían constituir un elemento legítimo de ventaja competitiva para ciertos prestadores de servicios⁶⁰.

Seguramente por todo ello no resulta extraño el nacimiento de diversas iniciativas destinadas, en unos casos, a mejorar su grado de cumplimiento y otras destinadas –aunque fracasadas– a su conciliación con las acciones colectivas de los empleados –Propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en estos ámbitos⁶¹–, y que serán analizadas en otros trabajos de esta misma monografía. En cualquier caso, lo que sí debe destacarse es que en esta primera tanda de reformas el punto de partida pasaba por preservar o no alterar –al menos en aquel momento– la arquitectura sustantiva básica de la norma nuclear en este ámbito –la Directiva 96/71–, centrado las propuestas de reformas en el simple reforzamiento de los instrumentos de tutela –escasamente recogidos en la Directiva original– o en la mera aclaración de algunos de sus conceptos básicos.

4. Los problemas y “patologías” aplicativas: notas sobre algunos aspectos de la Directiva 2014/67, una norma necesaria pero quizás insuficiente

Pues bien, parece evidente que el propio elenco de cuestiones contempladas en la Directiva 2014/67 –la norma nuclear a estos efectos– fue, sin duda, una buena enumeración de algunos de estos problemas que podríamos denominar “aplicativos”⁶² y que se reflejaban, por lo demás, en la singularmente numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia⁶³.

Así, la primera de estas cuestiones se centraba, evidentemente, en la propia identificación de los desplazamientos reales frente a los abusivos, ficticios o simplemente fraudulentos⁶⁴. Y aunque es cierto que el art. 4 D. 2014/67 va a ofrecer un listado de elementos que pueden utilizarse para una evaluación

⁵⁹ Véase Dictamen del CESE «Una movilidad laboral más justa en la UE» (2016/C 264/02), punto 4.2.3.

⁶⁰ De hecho, y como señalan VOSS, E, FAIOLI, M. LHERNOULD, J.P., IUDICONE, F., *Posting of Workers...*, cit., p. 9 hay dos grandes modelos de desplazamientos: el primero para demandas de profesionales altamente cualificados, el segundo, “mainly driven by labour cost differentials”.

⁶¹ Véase lo ya mencionado supra en la nota al pie n. 51.

⁶² Por seguir la terminología de FOTINOPOULOU BASURKO, O. “Panorámica general de la Directiva 2014/67 de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, en *Revista de Derecho Social*, 2015. n. 70, p. 125.

⁶³ Un elenco de la misma en N. MARCHAL ESCALONA (2019) “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, en *Revista Derecho Comunitario Europeo*, n. 62, p. 88-89.

⁶⁴ O quizás de forma más correcta y amplia, del concepto de trabajador desplazado, tal como, por ejemplo, lo define con acierto N. MARCHAL ESCALONA (2019) “El desplazamiento de trabajadores...”, cit., p. 93.

global de los mismos –art. 4.5–, no lo es menos que de su propia estructura cabe deducir un tratamiento específico para los tres grandes problemas que solían identificarse en este campo.

El primero de ellos, y sin duda uno de los más destacados y reiterados⁶⁵, era y es el de las denominadas “empresas buzón” o “pantalla”; esto es, empresas que, en esencia, buscan eludir total o parcialmente la aplicación de las normas laborales, de Seguridad Social y fiscales del país en el que desarrollarán estas prestaciones, amparándose en un establecimiento meramente ficticio o formal – un buzón de correos, por ejemplo– en otro país de la Unión que, obviamente, ostenta una carga impositiva, de previsión social o de condiciones laborales ciertamente inferior. El problema en este punto surgía, seguramente, por la extrema parquedad o incluso silencio que en este, como en tantos otros puntos, guardaba la redacción original de la Directiva 96/71. Como se recordará, esta Directiva se limitaba a exigir, sin mayor concreción ni desarrollo, que la empresa que realizase el desplazamiento transnacional estuviera simplemente “establecida” en el Estado de origen o envío. Ello parecía presuponer y exigir la existencia de una conexión o un lazo genuino entre la organización productiva y el Estado miembro⁶⁶. Pero en cambio, lo que la norma no establecía eran criterios o elementos que permitieran clarificar esta cuestión⁶⁷.

Pues bien, en este ámbito, el art. 4.2 de la Directiva 2014/67 –transpuesto a nuestro ordenamiento mediante el nuevo art. 8 bis Ley 45/1999 conforme a la redacción dada por el RD-ley 9/2017– no solo fue mucho más explícito, claro y extenso que la norma precedente, sino que, además, intentó iniciar un cierto proceso de aproximación con la regulación, en este caso, de Seguridad Social; básicamente la establecida en el art. 14 del Reglamento (CE) nº. 987/2009 de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social⁶⁸, pero también con lo que a estos mismos efectos había

⁶⁵ Baste recordar lo que señalaba la Comisión Europea en su Impact assessment Revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of provision of services. SWD (2012) 63 final de 21 de marzo de 2012, p. 36 o los interlocutores sociales europeos en Report on joint work of the European social partners on the ECJ rulings in the Viking, Laval, Ruffert and Luxembourg cases, de 19 de marzo de 2010.

⁶⁶ En este sentido es importante recordar que para que se hable de establecimiento es necesario –STJ de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, asunto C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, ap. 25– que se participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro, o, desde otra perspectiva –STJ (Sala Sexta) de 17 de julio de 1997, ARO Lease, asunto C-190/95, ECLI:EU:C:1997:374, ap. 1–, es preciso que se tenga un grado suficiente de permanencia y una estructura apta, desde el punto de vista del equipo humano y técnico, para hacer posibles, de forma autónoma, las prestaciones de servicios.

⁶⁷ Por todos, puede acudir a VOSS, E, FAIOLI, M. LHERNOULD, J.P., IUDICONE, F., Posting of Workers Directive - current situation and challenges, IP/A/EMPL/2016-07, p. 29.

⁶⁸ Véase, por todos, FOTINOPOULOU BASURKO, O. “Panorámica general...”, cit., p. 128 y sig.

señalado en su momento la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, en su Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009 relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) n. 883/2004⁶⁹, y que obviamente confirmaba lo que previamente había señalado la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes en su Decisión nº 181 de 13 de diciembre de 2000 sobre la base, seguramente, de los criterios señalados previamente por el Tribunal de Justicia en su conocida sentencia *FTS*⁷⁰ y que posteriormente extendió también a las empresas subcontratistas en el asunto *Plum*⁷¹.

Y decimos aproximación ya que no existió formalmente una completa y absoluta equiparación. En efecto, si se observa con detenimiento, el art. 4.2 Directiva 2014/67 centra desde un principio la cuestión en un criterio básico que en último término decidirá la cuestión: esto es, en definitiva, si la “empresa lleva a cabo” o no “verdaderamente actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna”⁷². Se establece así, como criterio general, una exigencia que recuerda evidentemente a la establecida en el art. 14.2 R. 987/2009, si bien este último exige además que la empresa “realice *normalmente*” estas “actividades sustanciales distintas de la mera gestión interna, en el territorio miembro de establecimiento”. No obstante, y a pesar de esta omisión en la Directiva 2014/67, parece no solo posible, sino incluso razonable –al menos a mi juicio– incorporar este dato de habitualidad y frecuencia al requisito base de la Directiva 2014/67, máxime si recordamos como inmediatamente a continuación esta misma norma comunitaria exige que la evaluación se realice teniendo en cuenta un marco temporal amplio.

En cualquier caso, también existen notables similitudes, que no nuevamente identidad absoluta, entre los indicios o elementos que a título ejemplificativo establecen para la realización de esta evaluación global las letras a) a e) del art. 4.2 Directiva 2014/67 con los criterios igualmente incorporados en la ya mencionada Decisión de la Comisión Administrativa de 2009; una Decisión esta que, por cierto, incorporaba casi literalmente lo que ya establecía –si bien,

⁶⁹ En este sentido, PARAMO MONTERO, P. “La nueva Directiva 2014/67/UE sobre desplazamiento de trabajadores”, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. 3, p. 61.

⁷⁰ STJ de 10 de febrero de 2000. *FTS*, asunto C-202/97, ECLI:EU:C:2000:75, ap. 43.

⁷¹ STJ (Sala Sexta) de 9 de noviembre de 2000, *Plum*, asunto C-404/98, ECLI:EU:C:2000:607, ap. 23. En general, sobre la situación previa a la Directiva 2014/67 y la exclusión de la aplicación de la *lex originis* en caso de empresario ficticio puede consultarse el interesante trabajo de LLOBERA VILA, M. “Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores”, en *Temas laborales*, 2011, n. 108, p. 122 y sig. Sobre estas STJ, véase DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores transfronterizos en la Seguridad Social europea: del reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2006, n. 64, p. 23 y sig.

⁷² Como recuerda el Considerando 9 de la mencionada Directiva, en estos análisis “las autoridades competentes deben tener en cuenta las diferencias de poder adquisitivo de las monedas”.

obsérvase, para el caso de las Empresas de Trabajo Temporal⁷³– la previa Decisión nº 181. En cualquier caso, tampoco está de más recordar cómo en estas dos Decisiones, tales indicios o elementos debían servir para detectar en particular cuándo la empresa ejercía o no “habitualmente actividades significativas” en el primer Estado miembro –el requisito general destacado por ambas decisiones–. De ahí que algunos de estos criterios, volvemos a repetir meramente orientativos de lo que a nuestro juicio es el requisito básico –la realización habitual de actividades que vayan más allá de las administrativas o de gestión interna en el Estado de envío–, puedan resultar extraños –por ejemplo, el domicilio social y la sede administrativa– mientras que otros –el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental– seguramente debieran cobrar una mayor importancia, aunque desde luego, y por expresa imposición del art. 4.1 *in fine* Directiva 2014/67, no pueden considerarse nunca de manera aislada, lo que seguramente será importante en empresas pequeñas o de nueva creación. Además, parece razonable considerar que, como hace el art. 14.2 Reglamento 987/2009, estos criterios “deberán adecuarse a las características específicas de cada empresa y a la naturaleza real de las actividades que realiza”.

Por otra parte, un segundo riesgo o disfunción habitualmente destacado era y es, en primer lugar, la posibilidad de que estos desplazamientos se prolongasen de tal forma que “desnaturalizasen” su carácter temporal⁷⁴, lo que pondría en riesgo su necesaria conexión con la libertad de prestación de servicios y lo acercaría a la libertad de establecimiento⁷⁵, del mismo modo que, obsérvase, pondría en duda la conservación de la ley laboral del estado de envío –la piedra básica en toda esta construcción–. En realidad, se trataba de problemas igualmente planteados en el campo de la Seguridad Social y para cuya solución, por cierto, seguramente hubieran debido ser de utilidad las Decisiones de la Comisión Administrativa antes reseñada.

⁷³ Quizás porque como recuerdan VOS, E, FAIOLI, M. LHERNOULD, J.P., IUDICONE, F., *Posting of Workers...*, cit., p. 30 es este uno de los sectores donde con mayor frecuencia se observa el fenómeno cercano del “regime shopping” y por ser este el tipo de empresa enjuiciado en la citada STJ de 10 de febrero de 2000, FTS, asunto C-202/97, ECLI:EU:C:2000:75.

⁷⁴ Nuevamente VOS, E, FAIOLI, M. LHERNOULD, J.P., IUDICONE, F., *Posting of Workers...*, cit., p. 28.

⁷⁵ Y ello ya que como recordaba la STJ (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2004, Trojani, Asunto C-456/02 ECLI:EU:C:2004:488, ap. 28, “según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a una actividad ejercida con carácter permanente o, en cualquier caso, sin limitación previsible de su duración no le resultan aplicables las disposiciones comunitarias en materia de prestación de servicios (véanse las sentencias de 5 de octubre de 1988, Steyman, 196/87, Rec. p. 6159, ap. 16, y de 11 de diciembre de 2003, Schnitzer, C-215/01, Rec. p. I-0000, aps. 27 a 29). En cualquier caso, sobre los problemas de deslinde entre ambas libertades y su relación con el factor temporal – “creación de un vínculo profesional con vocación de duración indefinida o, al menos, prolongada”, véase B. GUTIERREZ-SOLAR CALVO *El desplazamiento temporal...*, cit., p. 45 y ss.

Sin embargo, y en relación con estos aspectos, lo primero que debe destacarse es que el art. 4.3 Directiva 2014/67 –igualmente transpuesto mediante el nuevo art. 8.bis Ley 45/1999 incorporado por el RD-ley 9/2017– renunció, en primer lugar, a fijar una duración máxima a estos desplazamientos⁷⁶ –o al menos a separar su regulación de otra, más incisiva y específica, para estos desplazamientos de “larga duración”⁷⁷–, limitándose en cambio a señalar la necesidad de examinar “todos los elementos fácticos que caracterizan esa labor y la situación del trabajador”, para determinar –y esto parece ser lo importante– “si un trabajador desplazado realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja”.

En realidad, la Directiva se limitó nuevamente a señalar en este punto un elenco de elementos que podrían utilizarse para dicha valoración y que si bien se alejaban de lo ya establecido en el ámbito de la Seguridad Social⁷⁸, se acercaban seguramente a los criterios indiciarios utilizados a efectos de determinar el fuero y la legislación aplicable en supuestos de itinerancia⁷⁹, lo

⁷⁶ Por todos, T. SALA FRANCO, E. LALAGUNA HOLZWARATH (2019) “Evolución y aspectos críticos...”, cit., p.38-39.

⁷⁷ Sin perjuicio de que volveremos sobre esta cuestión en el último apartado de este trabajo, el problema quizás radica en la conexión que desde un principio se hizo de estas situaciones con la libertad de prestación de servicios; un concepto este que, sobre todo en su relación con la libertad de establecimiento, se resiste a concretarse o limitarse temporalmente de forma general y predeterminada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Baste de hecho recordar, por mencionar solo un ejemplo, la STJ (Sala Quinta) de 11 de diciembre de 2003, Schnitzer asunto C-215/01, ECLI:EU:C:2003:662, aps. 30 y siguientes: “Así, el concepto de «servicio» en el sentido del Tratado puede abarcar servicios de muy distinta naturaleza, incluidos los servicios cuya prestación se efectúa durante un período prolongado, incluso de varios años... Asimismo, pueden constituir servicios en el sentido del Tratado las prestaciones que un operador económico establecido en un Estado miembro realiza de manera más o menos frecuente o regular, incluso durante un período prolongado, para personas establecidas en uno o varios Estados miembros, como por ejemplo la actividad remunerada de asesoramiento o de consulta... En efecto, ninguna disposición del Tratado permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio en otro Estado miembro no puede considerarse ya una prestación de servicios en el sentido del Tratado... De ello se deduce que el mero hecho de que un operador económico establecido en un Estado miembro preste servicios idénticos o similares con cierta frecuencia o regularidad en otro Estado miembro sin disponer en éste de una infraestructura que le permita ejercer de manera estable y continua una actividad profesional y, a partir de dicha infraestructura, dirigirse, entre otros, a los nacionales de este Estado miembro, no basta para considerar que está establecido en dicho Estado miembro”.

⁷⁸ Nuevamente FOTINOPOULOU BASURKO, O. “Panorámica general...”, cit., p. 131 y sig. Sobre la interpretación de estas cuestiones en relación con la Seguridad Social, resulta de extraordinario interés la reciente STJ (Sala Primera) de 6 de septiembre de 2018, Salzburger Gebietskrankenkasse, asunto C-527/16.

⁷⁹ En este sentido FOTINOPOULOU BASURKO, O. “Panorámica general...”, cit., p. 132 y ss.; ID. “La directiva sobre desplazamiento de trabajadores...”, cit., p. 43 y ss. En relación con estos temas véase, por todas, STJ (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2017, Nogueira, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, ECLI:EU:C:2017:688.

que, en algunas ocasiones, no deja de ser llamativo, ya que determinados criterios parecen, al menos a primera vista, no ya meros indicios, sino auténticos requisitos sustanciales para que, en su interpretación natural o más frecuente, nos encontremos ante esta situación de desplazamiento. A pesar de ello, el art. 4.4 Directiva 2014/67 es meridianamente claro al señalar como: *“la ausencia de alguno o varios de los elementos fácticos establecidos en los apartados 2 y 3 no excluye automáticamente la posibilidad de que la situación sea considerada desplazamiento”*; una lógica esta que refuerza la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión que incorporaba igualmente esta Directiva y de acuerdo con la cual *“el hecho de que el puesto al que el trabajador desplazado sea temporalmente asignado para desempeñar su labor en el marco de una prestación de servicios hubiera estado ocupado por ese mismo u otro trabajador desplazado durante periodos anteriores constituye solo uno de los posibles elementos que deberán tenerse en cuenta cuando se realice una evaluación global de la situación de hecho en caso de duda”*. Y de ahí que *“la mera circunstancia de que pudiera constituir uno de los elementos no debería interpretarse en modo alguno como la imposición de una prohibición de la posible sustitución de un trabajador desplazado por otro trabajador desplazado o como una traba a la posibilidad de dicha sustitución, que puede ser inherente en particular a servicios prestados de forma estacional, cíclica o repetitiva”*⁸⁰. En cualquier caso, lo que sí se echaba en falta –y sobre ello volveremos algo más tarde al analizar la nueva Directiva 2018/957– es la incorporación, por ejemplo, de reglas generales –con sus lógicas matizaciones– algo más claras y eficientes en la lucha contra el fraude como, por ejemplo, las asumidas por el Criterio Técnico ITSS n. 97/2016, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, de 15 de junio de 2016⁸¹.

En cualquier caso, la tercera cuestión que aborda igualmente el art. 4 Directiva 2014/67 –y con ella, nuevamente, el nuevo art. 8.bis Ley 45/1999– son los problemas derivados de los posibles intentos de elusión de esta normativa mediante el encubrimiento de la relación laboral, normalmente bajo la apariencia de un falso autónomo. Como se recordará el art. 2.2 Directiva 96/71 remitía este

⁸⁰ Esta aclaración seguramente es necesaria si recordamos cómo el art. 12 del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril señala que: “La persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona (la cursiva es nuestra)”

⁸¹ Véase, en especial, p. 6 de acuerdo con la cual “ha de existir un contrato de trabajo previo al desplazamiento y dicho contrato necesariamente se ha de concertar en Estado distinto del destinatario de la prestación. Recuérdese, además, que, como criterio indicativo, la Decisión N. A2 de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) n. 883/2004 (DOUE C-106, de 24.4.2010), señala como este trabajador deberá haber estado sujeto a la legislación del Estado miembro en el que está establecido el empleador un mes. Para periodos más cortos sería preciso hacer una evaluación en cada caso.”

concepto a la legislación del país de origen. Pues bien, sin alterar dicho precepto, lo cierto es que el art. 4.5 Directiva señala que a tales efectos, “*los Estados miembros deben guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador, independientemente de cómo se caracterice la relación en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado las partes*”, pudiendo además evaluar de manera global los distintos elementos a los que hemos hecho referencia anteriormente y que se encuentran contemplados en los puntos 2 y 3 del mismo artículo. En definitiva, y como se observará, un delicado punto de equilibrio ya que, sin alterar teóricamente la regla inicial de delimitación nacional, introduce elementos europeos en su definición. Y si bien es cierto que estos criterios, por su carácter genérico y no excluyentes, parecen destinados a alterar poco la tradicional perspectiva nacional, no lo es menos que su inclusión y la forma en la que se hace –“deberán guiarse”– abre la vía a una posible penetración de la jurisprudencia comunitaria, también en este ámbito. Cuestión distinta serían las consecuencias de estas indagaciones sobre la relación de Seguridad Social, más aún si recordamos, por un lado, lo que a estos efectos contempla el tantas veces mencionado Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril⁸² y del otro la reiterada doctrina del Tribunal de Justicia en relación con los certificados E 101 y PD A1, y de acuerdo con la cual ni los órganos judiciales ni, obviamente, los órganos administrativos del Estado de empleo están habilitados para comprobar por sí mismos la validez de dicho certificado, en particular en lo relativo a la existencia del vínculo orgánico con el pretendido empleador⁸³. Pero como se comprenderá está cuestión desborda el campo del presente trabajo.

⁸² Como se recordará, en relación con este concreto punto, la mencionada Decisión señala “Se considerará que el trabajo se efectúa por cuenta del empleador del Estado de envío si queda establecido que se efectúa para dicho empleador y sigue existiendo una relación directa entre este y el trabajador desplazado. Para determinar si se mantiene dicha relación directa... deben tomarse en consideración varios elementos, entre los que figura la responsabilidad de la contratación, del contrato laboral, de la remuneración (sin perjuicio de los posibles acuerdos entre el empleador en el Estado de envío y la empresa en el Estado de empleo sobre la remuneración de los trabajadores), del despido y de la autoridad para determinar la naturaleza del trabajo”.

⁸³ Véanse SSTJ de 10 de febrero de 2000, FTS, asunto C-202/97, ECLI:EU:C:2000:75; STJ (Sala Cuarta) de 26 de enero de 2006, HerboschKiere, asunto C-2/05, ECLI:EU:C:2006:69; STJ (Sala Primera) de 27 de abril 2017, A-Rosa FlussschiffGmbH, asunto C-620/15. Véase igualmente el Criterio Técnico ITSS 97/2016, p. 5. No obstante, para una cierta matización a la hasta entonces absolutamente rígida defensa de la capacidad del estado de origen y de las vías en caso de desacuerdo, véase la STJ (Gran Sala) de 6 de febrero de 2019, ÖmerAltun, asunto C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, en virtud de la cual la institución expedidora, en virtud del principio de cooperación leal, debería revisar de oficio la validez de los certificados ante la petición del otro Estado Miembro. Pero si la institución de origen no llevase a cabo la revisión de oficio en un plazo razonable, el juez del Estado miembro al que se han desplazado los trabajadores podría no tener en cuenta esos certificados respetando el derecho de contradicción de los afectados para garantizar su derecho a un proceso equitativo. Sin embargo, véase posteriormente STJ (Sala Primera) de 6 de septiembre de 2018, SalzburgerGebietskrankenkasse, asunto C-527/16, de acuerdo con la cual estos

Por ello nos limitaremos aquí a recordar, en relación con estos tres aspectos –que, en definitiva, se coordinan al analizar, aún desde distintas perspectivas, la existencia o no de un auténtico desplazamiento temporal transnacional–, la permanente necesidad de una valoración global que deberá adaptarse a cada caso particular y tener en cuenta las peculiaridades de la situación –art. 4.4 Directiva 2014/67–. Cuestión distinta es que esta caracterización tipológica y por indicios, aunque atenta a las singularidades de cada caso y situación, debería igualmente garantizar –como sí exige expresamente la tantas veces mencionada Decisión de 2009– que “en situaciones iguales o similares, deberán aplicarse de manera constante y uniforme los criterios utilizados para determinar si un empleador ejerce normalmente sus actividades en el territorio de un Estado” y “si existe una relación directa entre la empresa y el trabajador”. Y que cuando no exista una situación de desplazamiento real y surja un conflicto de leyes, deberían tenerse en cuenta –como recuerda el propio Considerando 11 de la Directiva– las disposiciones del Reglamento (CE) nº 593/2008 («Roma I») dirigidas a garantizar que los trabajadores no se vean privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio.

Sea como fuere, y más allá de otros problemas que cabría igualmente considerar como aplicativos y que no fueron abordados por la Directiva 2014/67 –como las dudas sobre la interpretación de la confusa expresión “cuantías de salario mínimo”⁸⁴ o la necesidad de adecuar la referencia establecida en el art. 3.9 Directiva 96/71 a lo establecido posteriormente, a nivel comunitario, por el

certificados “vinculan tanto a las instituciones de seguridad social como a los tribunales del Estado miembro en que se ejerza la actividad mientras no sean retirados o invalidados por el Estado miembro en el que hayan sido emitidos, aun cuando las autoridades competentes de ese último Estado miembro y del Estado miembro en que se ejerza la actividad hayan elevado el asunto a la Comisión Administrativa y esta haya llegado a la conclusión de que los certificados habían sido emitidos indebidamente y de que procedía retirarlos”; en definitiva “el tribunal remitente queda vinculado por los certificados A1 controvertidos en el litigio principal mientras no sean retirados por la institución húngara competente ni invalidados por los tribunales” del país de origen (en este caso Hungría). Sobre este mismo tema véase igualmente STJ (Sala Quinta) de 11 de julio de 2018, Comisión Europea contra Reino de Bélgica, C-356/15, ECLI:EU:C:2018:555. En la doctrina, por mencionar solo algunos de los trabajos más recientes O. FOTINOPOULOU BASURKO “La Directiva sobre desplazamiento...”, cit., nota al pie n. 17 y, en especial D. CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, cit., pp. 56 y ss. a quien se reenvía para una correcta delimitación del ámbito de aplicación de la excepción contemplada en el caso Altun. Sobre este tema véase igualmente la Decisión N. A1 de 12 de junio de 2009 de CACSS relativa al establecimiento de un procedimiento de diálogo y conciliación sobre la validez de los documentos, la determinación de la legislación aplicable y el abono de prestaciones (DOUE C-106, de 24.4.2010)

⁸⁴ Véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia mencionadas en nota al pie n. 147 y las referencias a este tema que se realizarán más adelante en este mismo trabajo.

art. 5 de la Directiva 2008/104/CE–, lo cierto es, como decimos, que lo que sí estableció esta nueva Directiva fue un amplio elenco de medidas destinadas, en primer lugar, a mejorar la información sobre estas condiciones de trabajo legales y convencionales⁸⁵. De hecho, el art. 5 exigía ahora a los Estados esta información gratuita, actualizada, publicada por medios electrónicos “*de una manera clara, transparente, inteligible y fácilmente accesible, a distancia*”, en un único sitio web a escala nacional y “*en las lenguas que el Estado miembro de acogida considere más pertinentes teniendo en cuenta las demandas en su mercado de trabajo*”⁸⁶.

Esta novedad –que, por cierto, motivó la incorporación de la DA 9 a la Ley 45/1999 y que en la Directiva se conectaba con la posibilidad de que los Estados o incluso la Comisión apoyasen igualmente a las organizaciones que facilitasen esta información a los trabajadores desplazados (art. 8.3 D. 2014/67 y DA 10 Ley 45/1999)– estaba destinada no solo a facilitar el cumplimiento voluntario por parte de los empleadores, sino también a facilitar la exigencia de tales condiciones por parte de los trabajadores. De ahí que, como en su momento ya señalásemos, quizás hubiese sido deseable que esta regulación se completase con una modificación del viejo art. 4 de la Directiva 91/533/CEE que obligase a que el empresario informase igualmente a los trabajadores de la ubicación electrónica de este sitio web y de aquellos datos necesarios para comprobar la cuantía en los países de origen y de destino de los conceptos a los que hace referencia el art. 3 Directiva 96/71. La finalidad legítima de una medida de este tipo, adecuada a una razón de imperiosa necesidad pública como es la tutela de los derechos de los trabajadores, unida a su mínimo coste hubiera sin duda justificado, ya entonces, la imposición de un contenido adicional a una obligación, al menos a nuestro juicio, ya preexistente y a cargo del empresario. Y todo ello, claro está, siempre que el Estado destinatario hubiera realmente adecuado dicho sitio web en relación, especialmente, con las capacidades lingüísticas de la mayor parte de los desplazados, algo que, al menos a mi juicio,

⁸⁵ Recuérdese la importancia que tradicionalmente ha otorgado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la posibilidad del empleador que ejercita su libertad de prestación de servicios de acceder y conocer tales normas. Véase, por señalar un último y reciente ejemplo la STJ (Sala Primera) de 12 de febrero de 2015, Sähköalojen ammattiliitto, C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86 que reitera, nuevamente, la necesidad de que determinados elementos del salario deban ser accesibles y claros para su inclusión entre las condiciones de trabajo del Estado de destino que pueden ser reclamadas por los trabajadores desplazados. De hecho, esta misma idea latía ya desde la de STJ de 23 de noviembre de 1999, Arblade, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575, ap. 43 y se expresa igualmente de forma meridianamente clara –“precisas y accesibles” en la STJ (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri, asunto C-341/05; ECLI:EU:C:2007:809, ap. 110.

⁸⁶ En el caso de España esta web, http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/debes_saber/index.htm - solo está disponible, salvo error u omisión por mi parte, (última visita el 5 de octubre de 2019) en inglés, lo que resulta llamativo teniendo en cuenta que, según los datos de la Unión Europea mencionados, no parece ser esta la nacionalidad de la mayor parte de los trabajadores desplazados a nuestro país.

no ocurre en el caso español. Pero sobre ello volveremos al hilo del análisis de la nueva regulación establecida por la Directiva 2019/1152.

Por ahora nos limitaremos a recordar como la Directiva 2014/67 no se limitó a exigir esta labor de información a cargo exclusivamente del Estado. En sus capítulos IV y V va a incorporar igualmente medidas destinadas al seguimiento y supervisión de este cumplimiento y a garantizar el mismo, desarrollando ampliamente las escasas referencias establecidas originariamente en los arts. 4 a 6 de la Directiva 96/71⁸⁷. Sin podernos detener aquí en los aspectos jurisdiccionales contemplados en el art. 11 o en las referencias a mecanismos de responsabilidad en supuestos de subcontratación del art. 12, ambos de la Directiva 2014/67 –aspectos estos serán objeto de estudio en otros apartados de este mismo volumen–, nos centraremos aquí en otro de los elementos más novedosos de esta regulación y que obviamente sí ha provocado importantes reformas en la Ley 45/1999; esto es, en los requisitos administrativos y medidas de control ahora contemplados en el art. 9 de Directiva 2014/67 y que, obviamente, han provocado las consiguientes modificaciones de los arts. 5 y 6 de la Ley 45/1999 por el art. 6 del RD-ley 9/2017.

Como ya hemos señalado anteriormente, el punto de partida para comprender esta regulación era la importante doctrina que, ante el silencio en este punto de la Directiva 96/71 y, por lo tanto, ante su falta material de armonización⁸⁸, tuvo que desarrollar –no sin cierta polémica– el Tribunal de Justicia. Con estos presupuestos, y desde la perspectiva de la doctrina enunciada en *Säger*, lo cierto es que el Tribunal no dudó en reconocer que la efectiva⁸⁹ protección de los trabajadores constituía una razón imperiosa de interés general⁹⁰, del mismo modo que también lo sería la intención de evitar perturbaciones en el mercado de trabajo permitiendo así que un Estado miembro

⁸⁷ Sobre la transposición de estas normas tanto en España como en otros países de la Unión véase N. MARCHAL ESCALONA (2019) “El desplazamiento de trabajadores...”, cit., p. 94 y ss.

⁸⁸ Véanse por todas las Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de octubre de 2010, dos Santos Palhota y otros, asunto C-515/08, EU:C:2010:589, aps. 25 a 27 –de lo que deduce el TJ que “estas medidas pueden ser libremente definidas por los Estados miembros, respetando el Tratado y los principios generales del Derecho comunitario”–, y (Sala Tercera) de 3 de diciembre de 2014, De Clercq y otros, asunto, C-315/13 ECLI:EU:C:2014:2408, aps. 46 a 48.

⁸⁹ De ahí que no pueda alegarse este motivo cuando la “carga social” no se corresponda con ninguna ventaja social para dichos trabajadores, STJ Seco, C-62 y 63/81, ap. 10; STJ Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, ap. 52 y 54. En una línea aún más incisiva la STJ Finalarte, C-49/98, ap. 41 reclama que “contribuya de manera significativa a la protección social” (la cursiva es nuestra) y en Portugaia, asunto C-164/99, ap. 29 reclama que la norma nacional suponga “una ventaja real que contribuya, de manera significativa, a su protección social”. Esta misma expresión, algo más tarde, en STJ Wolff, asunto C-60/03, ap. 38.

⁹⁰ STJ Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, ap. 36 y todas las allí citadas que, además, recuerda que no lo serían “consideraciones de orden meramente administrativo”. En este mismo sentido, por mencionar otros ejemplos, STJ Finalarte, C-49/98, ap. 33; Comisión contra Alemania, asunto C-490/04, ap. 70; dos Santos Palhota y otros, asunto C-515/08 ap.47.

comprobase si una empresa utiliza la libre prestación de servicios con fines distintos a la ejecución de la prestación que se trate⁹¹. En cambio, no lo sería objetivos de carácter económico como la protección de las empresas nacionales⁹², pero sí evitar la competencia desleal, claro está, de aquellas empresas que abonasen menos del salario mínimo⁹³. En cualquier caso, y una vez señalado esto, el Tribunal también exigió, en primer lugar, que estas medidas fueran adecuadas para dicho fin –lo que obligaba a analizar si las mismas realmente suponían una mayor garantía para los trabajadores o solo tenían como efecto desincentivar la libre prestación de servicios– y, sobre todo, que no existiesen otras medidas menos desproporcionadas, que pudiese alcanzar de forma menos restrictiva e igualmente eficaz el mencionado fin⁹⁴.

Es desde estas premisas, en definitiva, desde las que se rechazó, por ejemplo, la viabilidad de una legislación estatal que impusiese una autorización previa –o un “procedimiento de confirmación materialmente idéntico⁹⁵– para el empleo de nacionales de terceros países –y, evidentemente, la imposición de un periodo previo de contratación de seis meses o de un año⁹⁶– en el marco de un desplazamiento transnacional europeo– cuando, en cambio, una simple declaración previa acreditando que dichos trabajadores se encuentran en situación regular en el país de envío, unida a la obligación de notificar previamente a las autoridades locales el desplazamiento de uno o varios trabajadores, la duración prevista para su estancia y la prestación o prestaciones de servicios que justifican tal desplazamiento resulta igualmente eficaz y menos restrictiva⁹⁷. Igualmente, el Tribunal también consideró que no superaba este test la necesidad de elaborar por duplicado una documentación, mientras que, en cambio, sí admitió la posibilidad de pedir en todo momento al prestador de servicios que informase de los datos que tuviera en su poder relativos a las obligaciones a las que esté sometido en el estado de envío⁹⁸. Y, por señalar un último ejemplo, para el Tribunal “las exigencias de un control efectivo por parte de las autoridades del Estado miembro de acogida pueden justificar la obligación de un empresario, establecido en otro Estado miembro y que preste

⁹¹ Véanse STJ Comisión contra Luxemburgo, Asunto C-445/03, ap. 38 t 39; STJ Comisión contra RFA, asunto C-244/04, ap. 40.

⁹² STJ Finalarte, C-49/98, ap. 39; Portugaia, asunto C-164/99, ap. 26.

⁹³ STJ Wolff, Asunto C-60/03, ap.41.

⁹⁴ Véase, por ejemplo, STJ Comisión contra RFA, asunto C-244/04, ap. 41; Comisión contra Luxemburgo, Asunto C-445/03, aps. 30 y 31.

⁹⁵ STJ Comisión contra Austria, asunto C-168/04, aps. 39 a 53. En relación con un procedimiento similar de registro y notificación del mismo dos Santos Pahlota y otros, asunto C-515/08 ap. 52.

⁹⁶ STJ Comisión contra Luxemburgo, Asunto C-445/03, ap. 44; STJ Comisión contra RFA, asunto C-244/04, aps. 52 y siguientes.

⁹⁷ STJ Comisión contra Luxemburgo, Asunto C-445/03, ap. 31; STJ Comisión contra RFA, asunto C-244/04, ap. 41; STJ Essent Energie, Asunto C-91/13, aps. 56-59.

⁹⁸ STJ Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, ap. 70.

servicios en el Estado miembro de acogida, de tener determinados documentos a disposición de dichas autoridades a pie de obra o, como mínimo, en un lugar accesible y claramente identificado del territorio del Estado miembro de acogida⁹⁹, incluso traducidos¹⁰⁰, pero no la de “conservar los documentos previstos en la legislación social en el territorio del Estado miembro de acogida durante cinco años en el domicilio de una persona física, excluyendo a las personas jurídicas”¹⁰¹. En cambio, nada cabría objetar a la obligación, menos restrictiva que la anterior, de enviar, al término del período de desplazamiento, los documentos que el empleador esté obligado a elaborar con arreglo a la legislación del Estado miembro de establecimiento, o la copia de tales documentos, a las autoridades nacionales del Estado miembro de acogida, que podrán revisarlos y, en su caso, conservarlos¹⁰².

Pues bien, era este, en definitiva, el contexto en el que apareció finalmente el novedoso art. 9 Directiva 2014/67. Una vez desechada en el texto definitivo la extraordinariamente liberal normación que en su momento preveía la propuesta inicial de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior¹⁰³, lo cierto es que el nuevo art. 9 de la Directiva 2014/1967 comenzaba su regulación con una declaración “tradicional” de acuerdo con la cual se limitaban expresamente las medidas que pudieran establecerse para el efectivo cumplimiento de esta normativa sobre desplazamientos a aquellas “necesarias para garantizar” su “supervisión efectiva”, siempre que, además, estuviesen justificadas y fuesen proporcionales con el Derecho de la Unión; en definitiva, una enunciación de lo que ya había estado exigiendo el propio Tribunal de Justicia ante la carga o barrera que estas medidas normalmente suponen para la libertad de prestación de servicios. Por ello, lo que a mi juicio resultaba más interesante era que el mismo precepto sintetizó igualmente en gran parte la misma doctrina del Tribunal de Justicia ofreciendo a los Estados Miembros un elenco “seguro”

⁹⁹ STJ Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, ap. 74, eso sí, siempre que tal medida sea necesaria para comprobar el cumplimiento de la normativa –ap. 80-. Sobre el tema véase igualmente dos Santos Palhota y otros, asunto C-515/08 ap. 57.

¹⁰⁰ STJ Comisión contra Alemania, asunto C-490/04, ap.72.

¹⁰¹ STJ Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, ap. 77. Véase, en una línea similar lo señalado en la STJ (Sala Primera) de 19 de junio de 2008, Comisión contra Luxemburgo, asunto C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, aps. 93 y 94: “el Gran Ducado de Luxemburgo no puede exigir a las empresas que desplazan trabajadores que hagan lo necesario para conservar dichos documentos en el territorio luxemburgués al término de la prestación de los servicios... Por consiguiente, tampoco puede exigirse que un mandatario residente en Luxemburgo conserve esos mismos documentos, en la medida en que, dado que la empresa afectada está presente físicamente en el territorio luxemburgués durante la prestación de los servicios, los documentos en cuestión pueden quedar en poder de un trabajador desplazado que cuidará de su conservación”.

¹⁰² Véase dos Santos Palhota y otros, asunto C-515/08 ap. 59.

¹⁰³ Véase el art. 24 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior [SEC(2004) 21] /* COM/2004/0002 final - COD 2004/0001 y lo ya recordado supra en la nota al pie n. 41.

aunque no exhaustivo¹⁰⁴ de estas posibles medidas de control –comunicación del desplazamiento y contenido del mismo, conservación y puesta a disposición de documentación como contratos de trabajo, nóminas, fichas de horarios y su posible obligación de su entrega una vez concluida la misma en un plazo razonable, designación de una persona de enlace y/o de contacto con los interlocutores sociales– que, en principio, podrían imponer y serían admisibles siempre, claro está, que cumpliesen realmente con las exigencias del principio de proporcionalidad¹⁰⁵.

En este punto, el impacto de la nueva norma comunitaria sobre la regulación de la comunicación del desplazamiento –art. 5 Ley 45/1999– ha sido a mi juicio menor, limitándose a grandes rasgos a la incorporación de los medios electrónicos como vía para esta comunicación y a la aparición de unos nuevos contenidos de la misma centrados, en esencia, en la designación de un representante como enlace con las autoridades competentes españolas para el envío y recepción de documentos o notificaciones, así como de otro que pudiera actuar en su representación en los procedimientos de información, consulta y negociación que, desarrollados en España, afectasen a sus empleados desplazados¹⁰⁶.

En cambio, un impacto seguramente mayor ha tenido la posibilidad, prevista en las letras b) y c) del art. 9.1 Directiva 2014/67, de exigir a estos empleadores tener disponible durante todo el periodo de desplazamiento una amplia información en un lugar accesible y claramente identificado. De hecho, los nuevos puntos 2 a 5 del art. 6 Ley 45/1999 –incorporados por el RD-ley 9/2017– contemplan ahora esta obligación sobre el contrato de trabajo y sus elementos esenciales, los recibos de salario y comprobantes de pago, los registros horarios de la jornada diaria y, como novedad frente a la Directiva, la autorización de trabajo de los nacionales de terceros países conforme a la legislación de establecimiento. Además, se establece la obligación de aportar

¹⁰⁴ Sobre las discusiones en torno a estas dos posibilidades y la importancia de esta norma en el proceso de aprobación de la Directiva véase PARAMO MONTERO, P. “La nueva Directiva...”, cit., p. 91.

¹⁰⁵ En un sentido similar, FOTINOPOULOU BASURKO, O. “Panorámica general...”, cit., p. 145 quien no obstante recuerda la oportunidad perdida para haber realizado una delimitación de los posibles comportamientos que no superarían este test.

¹⁰⁶ Recuérdese que de acuerdo con la STJ Portuguesa, asunto C-164/99, “El hecho de que un empresario nacional pueda, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, abonar un salario mínimo más bajo que el establecido en un convenio colectivo, declarado de aplicación general, mientras que un empresario establecido en otro Estado miembro no puede hacer lo mismo, constituye una restricción injustificada de la libre prestación de servicios”. En este sentido, coincido con A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., pp. 149-150, al señalar cómo esta reflexión deja “la puerta abierta a multitud de interrogantes” en especial en aquellos países que otorgan prioridad aplicativa a los convenios de empresa sobre los convenios colectivos sectoriales de aplicación “universal”.

estos mismos documentos a la ITSS cuando sean requeridos para ello en castellano o en las lenguas cooficiales de los territorios donde se vayan a prestar servicios, incorporándose además la obligación de notificar a la Autoridad Laboral los daños para la salud de los trabajadores desplazados que se hubieran producido con ocasión o por consecuencia del trabajo en España.

Finalmente, y ya para concluir, la Directiva 2014/67 prestó una especial atención al fortalecimiento de la cooperación administrativa –art. 6–, especialmente en el acceso a los registros, en la rápida respuesta a peticiones de información o en la inspección de las condiciones de empleo –art. 7– que, sin ser “discriminatoria ni desproporcionada” –art. 10– sí debía estar orientada por una “evaluación de riesgos”¹⁰⁷ que, junto a otros factores –por ejemplo, la vulnerabilidad de determinados grupos– detectase los sectores en los que se concentran tales peligros. Ya por último, la Directiva contemplaba –art. 11– medidas destinadas a facilitar la defensa mediante mecanismos eficaces y seguros de estos derechos, así como en la ejecución transfronteriza de las sanciones o multas –arts. 13 a 19–, un tema este ciertamente fundamental en la práctica pero que por cuestiones de espacio no abordaremos aquí, máxime ante la presencia de otro trabajo específico sobre este último tema en el presente monográfico.

5. El tratamiento de los problemas estructurales y la nueva Directiva 2018/957

En cualquier caso, pronto resultó evidente que para muchos países el profundo “refuerzo” establecido en la Directiva 2014/67 tampoco resultaba suficiente para atajar el problema generado por estos desplazamientos¹⁰⁸. De hecho, antes incluso de que concluyese el periodo establecido para su transposición, no faltaron voces que destacaran la necesidad de abordar, no ya solo la lucha contra los posibles abusos o ilegalidades cometidos en este campo, sino más directa y profundamente la raíz última de toda esta cuestión y que, como se comprenderá, se encontraba en la propia estructura de la Directiva 96/71 tal como fue interpretada por el Tribunal de Justicia¹⁰⁹.

Desde esta perspectiva, lo que nos interesa destacar aquí es que estas voces no tardaron en ser asumidas incluso desde las más altas instancias europeas. Y así, ya en julio de 2014, el entonces candidato a la presidencia de Comisión, Jean-Claude Juncker, sostenía en sus “Orientaciones políticas” que no solo se aseguraría “que la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores se apli(case) estrictamente” sino que además se comprometía igualmente a iniciar

¹⁰⁷ Sobre la conexión de esta norma con el art. 10 D. 2009/52 de 18 de junio, PARAMO MONTERO, P. “La nueva Directiva...”, cit., p. 64.

¹⁰⁸ En un sentido similar, por todos, N. MARCHAL ESCALONA “El desplazamiento de trabajadores...”, cit., p. 96; A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., p. 158.

¹⁰⁹ Véase A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., p. 138.

“una revisión limitada de sus disposiciones para que el *dumping social* no tenga cabida en la Unión Europea”, caracterizando esta reforma bajo un eslogan de acuerdo con el cual “en nuestra Unión, el mismo trabajo en el mismo lugar debería tener idéntica retribución”¹¹⁰. Y, obviamente, unas ideas similares transmitió el ya presidente de la Comisión en su discurso del Estado de la Unión en septiembre de 2015 al señalar que si bien “la movilidad laboral es bienvenida y necesaria para que prosperen la zona euro y el mercado único” esta “ha de basarse en normas y principios claros”, entre los que destacaba como “principio fundamental... garantizar la misma remuneración por el mismo trabajo realizado en el mismo lugar”¹¹¹.

Por ello no debe extrañarnos que poco después la propia Comisión anunciase en su Programa de trabajo de 2016¹¹² una revisión específica de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores “para hacer frente a prácticas desleales que conducen al *dumping social* y la fuga de cerebros, asegurándonos” –y esta parecía ser la idea clave– “que un mismo trabajo en un mismo puesto tiene la misma remuneración”¹¹³. Y esta tercera iniciativa cristalizó poco más tarde, el 8 de marzo de 2016¹¹⁴.

No obstante, antes de entrar a analizar su contenido, lo primero que seguramente debe destacarse es la clara división que esta propuesta –enmarcada en el paquete normativo ligado al desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales– provocó, no solo entre los interlocutores sociales –que, por cierto, no fueron consultados a nivel europeo previamente a su publicación¹¹⁵–, sino incluso entre los propios Estados Miembros¹¹⁶. De hecho, fueron muchos los parlamentos nacionales que enviaron dictámenes motivados sobre el respeto o no de esta iniciativa al principio de subsidiariedad, a pesar de lo cual la Comisión mantuvo su propuesta inalterada¹¹⁷. Y es evidente que algunas cuestiones

¹¹⁰ El texto aún está disponible el 2 de enero de 2019 en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_es.pdf

¹¹¹ Disponible el 2 de enero de 2019 en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_15_5614

¹¹² Sobre las referencias a esta reforma en el Programa de trabajo de 2015 véase A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., p. 138.

¹¹³ Comunicación de la Comisión *Programa de trabajo de 2016. No es momento de dejar las cosas como están*, Estrasburgo, 27.10.2015, COM (2015) 610 final, p. 9.

¹¹⁴ Estrasburgo, 8.3.2016 COM (2016) 128 final 2016/0070(COD).

¹¹⁵ Véase p. 3.7 del Dictamen del CESE sobre la Propuesta de Directiva, mencionado supra en la nota 58. Sobre las posiciones de las principales organizaciones sindicales y empresariales frente a la Propuesta de la Comisión, véase A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., pp. 171 y ss.

¹¹⁶ Ampliamente T. SALA FRANCO, E. LALAGUNA HOLZWARH (2019) “Evolución y aspectos críticos...”, cit., p. 26-27; A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., pp. 160-161.

¹¹⁷ Puede accederse al texto de las mismas en <http://bit.ly/2wWRJ5l> (última visita el 5 de octubre de 2017). Un resumen de la posición de las partes en la propia Exposición Motivos de la Propuesta aprobada por la Comisión, punto 3.1, disponible en <http://bit.ly/2xGW0Ie> (última visita el 5 de

partieron realmente en dos a los Estados Miembros, lo que, paradójicamente, no impidió su posterior aprobación en lo que hoy es la Directiva 2018/957 de 28 de junio que, esta sí, modifica la Directiva 96/71/CE¹¹⁸.

Intentando resumir al máximo su ambicioso contenido, podríamos decir que la nueva Directiva adopta finalmente gran parte de las opciones políticas más incisivas que se proponían en el documento de evaluación de impacto que acompañaba la propuesta de la Comisión¹¹⁹, centrando su atención –no sin importantes cambios producidos durante este complejo proceso legislativo/negociador– en cinco grandes campos, coincidentes, en esencia, con buena parte de los problemas básicos que presentaba, ya desde un principio, la Directiva 96/71¹²⁰.

El primero de ellos, obviamente, es la alteración del art. 1 de la Directiva. Como de todos es sabido, el nuevo texto de la Directiva 96/71 no solo amplía la denominación del precepto –incorporando ahora a su “Ámbito de aplicación” el “Objeto” de la misma– sino que, además, incluye tanto su finalidad expresa –la garantía de la protección de los trabajadores desplazados durante el mismo (nuevo art. 1.1 Directiva 96/71)–, como una “cláusula Monti” de no afectación de los derechos fundamentales¹²¹, incluyendo la huelga, el derecho a emprender medidas de conflicto colectivo y la negociación colectiva (nuevo art. 1.bis Directiva 96/71).

octubre de 2017). Sobre el tema, nuevamente, A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., pp. 140 y ss., en especial, p. 162.

¹¹⁸ Aunque la entrada en vigor de esta Directiva se produjo a los veinte días de su publicación en el DOUE, no debe olvidarse que las “medidas” necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella comenzarán a aplicarse a partir del 30 de julio de 2020 –art. 3 Directiva 2018/957 de 28 de junio–.

¹¹⁹ En este sentido, parece evidente que entre las distintas opciones políticas que en un momento se planteó –véase *Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services* SWD/2016/052 final - 2016/070 (COD)- la Comisión, finalmente adoptó una suma de las más ambiciosas.

¹²⁰ De los grandes núcleos previstos en la propuesta inicial, seguramente el único que finalmente no logró ser aprobado es el relativo a las reglas sobre subcontratación. Véase N. MARCHAL ESCALONA (2019) “El desplazamiento de trabajadores...”, cit., p. 102. Sobre su contenido originario. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., pp. 170-171

¹²¹ Véase la cláusula similar incorporada en el art. 2 del Reglamento (CE) n° 2679/98 del Consejo de 7 de diciembre de 1998 sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros. En relación con este tema, el Informe Monti de 2010 y la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios COM (2012) 130, resulta de interés la lectura de N. CASTELLI, “Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II” en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 59, pp. 147 y ss.

Se trata, como es fácilmente perceptible, de dos modificaciones claramente programáticas y que deben ser saludadas positivamente al reflejar algunas de las principales preocupaciones que motivaron este proceso de reforma¹²². Ambas reformas poseen así un importante valor orientativo e inspirador para todos y cada uno de los operadores jurídicos que se acerquen a esta norma. Pero también es obvio que, por sí mismas y consideradas aisladamente, no parece que pudieran tener un impacto decisivo, sobre todo en el plano práctico.

En primer lugar, y en relación con la primera cláusula, porque, como ya hemos indicado, esta finalidad tuteladora de los trabajadores desplazados ya había sido admitida tradicionalmente por el Tribunal de Justicia como finalidad que permitía el establecimiento de cargas a los prestadores de servicios. Y aunque es cierto que esta tutela aparece ahora como finalidad única de la Directiva 96/71 reformada –y, por tanto, sin mención alguna (a diferencia del art. 1.1 *in fine* Directiva 2014/67) a la libre prestación de servicios o al funcionamiento del mercado interior–, no lo es menos que la reforma no ha alterado la base normativa de esta Directiva. Y ello supone, en definitiva, que no nos encontramos ante una norma reguladora de mínimos, propia de política social¹²³ o antidiscriminatoria, como en la libertad de circulación de los trabajadores, sino ante una regulación que aborda, aun desde la mencionada perspectiva tuteladora, ciertos límites, nuevamente máximos, a la libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea¹²⁴.

Y por lo que se refiere, en segundo lugar, a la cláusula Monti, porque si la primitiva redacción el Considerando 22 de la Directiva 96/71 –de acuerdo con el cual su regulación “no afectaba la situación de la normativa de los Estados miembros en materia de acción colectiva para la defensa de los intereses

¹²² Véase, por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo “Retos para los convenios colectivos en la Unión Europea” de 22 de octubre de 2008, (2008/2085(INI)), P6_TA(2008)0513

¹²³ De hecho, y como veremos, una de las causas de impugnación planteadas por Hungría de esta Directiva es, precisamente, que “no se ha adoptado sobre la base jurídica adecuada, dado que, habida cuenta de su finalidad y de su contenido, dicha Directiva –apartándose de la autorización legislativa que se establece, con respecto a la libre prestación de servicios, en los artículos 53 TFUE, apartado 1, y 62 TFUE, mencionados en la Directiva como base jurídica– se dirige exclusivamente, o al menos con carácter principal, a la protección de los trabajadores, por lo que el legislador de la Unión debería haber adoptado la Directiva sobre la base del artículo 153 TFUE o, cuando menos, fundándose primordialmente en esta última base jurídica (primer motivo de recurso) -Recurso interpuesto el 2 de octubre de 2018 – Hungría / Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea(Asunto C-620/18)-. Sin embargo, y estando ya en segundas pruebas este trabajo, fueron objeto de publicación las Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona de 28 de mayo de 2020 -ECLI:EU:C:2020:392- que con acertados argumentos rechazaba esta causa de impugnación.

¹²⁴ Destacando esta idea T. SALA FRANCO, E. LALAGUNA HOLZWARTH (2019) “Evolución y aspectos críticos...”, cit., p. 25.

profesionales” – no evitó la conocida doctrina del Tribunal de Justicia en los casos *Viking* o *Laval*, es factible suponer que tampoco la adición de esta cláusula en el texto articulado de la nueva Directiva –similar por lo demás a la ya contemplada en el art. 1.2 de la Directiva 2014/67– sea capaz de provocar una modificación radical de esta misma jurisprudencia. Para ello sería seguramente necesaria una reforma de los propios Tratados y no del Derecho derivado, que resituara la importancia de las clásicas libertades económicas originales en el contexto de una nueva Unión, dotándola de un más amplio elenco de Derechos Fundamentales entre los que deberían destacarse, obviamente, los sociales¹²⁵.

En definitiva, y como decimos, cláusulas ciertamente importantes y significativas, pero que por sí solas no serían seguramente suficientes, al menos a nuestro juicio, para atajar los principales problemas que se suscitaban en este ámbito. De ahí que, como se recordará, no se encontraban en la Propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión¹²⁶, sino que fueron incorporadas en base a la enmienda transaccional 39 en el marco del proceso legislativo de la Comisión con el Parlamento Europeo¹²⁷.

En cambio, bastante más concreto y específico, era y es el nuevo tratamiento de lo que se ha dado en denominar desplazamientos de larga duración; uno de los elementos sin duda nucleares de la reforma y cuya

¹²⁵ Sobre el tema véase <https://baylos.blogspot.com/2018/08/la-necesidad-de-introducir-un-protocolo.html>. Una conclusión creo que similar si bien proponiendo otras alternativas en J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71 por la Directiva (UE) 2018/957: una mejor solución del conflicto entre la libre prestación de servicios y la protección sustantiva del trabajo desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2019, n. 11, p. 1068-1069.

En cualquier caso, resulta también importante destacar que el cuarto motivo del Recurso interpuesto el 2 de octubre de 2018 – Hungría / Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea (Asunto C-620/18) se centra en que “el Gobierno húngaro considera que la Directiva impugnada es contraria al artículo 56 TFUE, que consagra la libre prestación de servicios, ya que la Directiva excluye de su ámbito de aplicación el cumplimiento de dicha libertad por cuanto se refiere al ejercicio del derecho de huelga y de otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros, así como en lo relativo al ejercicio del derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos y llevar a cabo acciones colectivas”. Sin embargo, y estando ya en segundas pruebas este trabajo, fueron objeto de publicación las Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona de 28 de mayo de 2020 - ECLI:EU:C:2020:392- que rechazaba igualmente esta causa de impugnación señalando incluso que “La Directiva 2018/957 no introduce ninguna novedad en la Directiva 96/71 respecto de las acciones colectivas”.

¹²⁶ COM/2016/0128 final - 2016/070 (COD) disponible el 2 de enero de 2020 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016PC0128>

¹²⁷ Véase la nota informativa de la Secretaría General del Consejo de 1 de junio de 2018 disponible el 2 de enero de 2020 en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9467-2018-INIT/ES/pdf>. No obstante, véase también el considerando 11 (bis) de la Propuesta transaccional recogida en el Informe del Comité de Representantes Permanentes al Consejo de 18 de octubre de 2017.

redacción final genera, no obstante, ciertas dudas y problemas interpretativos, fruto seguramente del complejo proceso negociador que partió nuevamente en dos a los Estados miembros¹²⁸.

Pues bien, intentando sintetizar al máximo una cuestión que, como decimos, resulta especialmente compleja y polémica, podríamos comenzar señalando cómo la Propuesta inicial de la Comisión postulaba –en el entonces art. 2.bis– una aparente “aclaración” del Reglamento Roma I¹²⁹ ya que, sin modificarlo, se señalaba expresamente que “cuando la duración real o prevista del desplazamiento fuese superior a veinticuatro meses” –o de duración acumulada en caso de sustitución– “se considerará que el país de destino es el país en el que se realiza habitualmente el trabajo”, añadiendo a continuación que “en caso de sustitución de trabajadores desplazados que realizan el mismo trabajo en el mismo lugar, deberá tenerse en cuenta la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de los trabajadores afectados”, eso sí solo “por lo que se refiere a los trabajadores desplazados por un período de al menos seis meses”. El intento de acercar esta regulación a la general de Seguridad Social era evidente¹³⁰, recuperando así, paradójicamente, la lógica presente en las propuestas de la Comisión de 1976 y tratando de superar, de paso, las carencias que en este punto planteó, como ya hemos señalado, la Directiva de refuerzo 2014/67.

No obstante, de todos es sabido cómo durante su tramitación esta propuesta original fue objeto no solo de una fuerte polémica, sino también de múltiples cambios que seguramente han alterado de forma relevante aquel texto original. De hecho, estas discusiones comenzaron ya durante el debate del

¹²⁸ Véase, en este sentido, y por mencionar solo un ejemplo, el Informe del Comité de representantes Permanentes al Consejo de 18 de octubre de 2017 disponible el 2 de enero de 2019 en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_13153_2017_INIT&from=EN

¹²⁹ Véase en este sentido no solo el Considerando 8 de la mencionada propuesta –“El objetivo es simplemente generar seguridad jurídica en la aplicación del Reglamento Roma I a una situación específica, sin modificar dicho Reglamento en modo alguno. En particular, el trabajador ha de disfrutar de la protección y las prestaciones que le confieren el Reglamento Roma I”– sino también la Explicación detallada de las disposiciones específicas en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicio, Estrasburgo, 8.3.2016, COM(2016) 128 final; 2016/0070(COD), p. 7 y 8 disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0128&from=EN>. En relación con los problemas que podrían plantearse en relación con la cláusula de cierre del art. 8.4 del Reglamento Roma I véase A. GUAMÁN HERNÁNDEZ “El proceso de reforma...”, cit., p. 168.

¹³⁰ Recuérdese que de acuerdo con el artículo 12 del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, la legislación del país de acogida será aplicable cuando se prevé que los trabajadores desplazados lo estén durante un período de 24 meses. Esta misma “atracción” en O. FOTINOPOULOU BASURKO “La Directiva sobre desplazamiento...”, cit., apartado 2.2 in fine.

Dictamen del CESE¹³¹, que si bien acogió de forma favorable la iniciativa –al considerar que “los desplazamientos de larga duración o repetitivos hasta encadenar desplazamientos durante varios años están” “en la práctica” “a la orden del día”–, consideró, no obstante, que los períodos de desplazamiento debían de sumarse desde el primer día –y, por tanto, con independencia de su duración– y que, además, estos no deberían superar los seis meses en total¹³². Y, en una línea similar, el casi coetáneo Dictamen del Comité Europeo de las Regiones de 7 de diciembre de 2016¹³³, tras criticar esta coordinación con las normas de Seguridad Social¹³⁴, postuló –enmiendas dos y cuatro– una reducción a doce meses del mencionado plazo, al mismo tiempo que, en segundo lugar, intentaba clarificar las relaciones entre esta norma y el art. 8 del Reglamento Roma I señalando que la posibilidad de opción prevista en dicha norma no debería tener “como consecuencia privar al empleado de la protección que le proporcionan aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley aplicable en virtud del apartado 1”.

En cualquier caso, es importante destacar cómo ya en la Propuesta transaccional de la Presidencia de octubre de 2017¹³⁵ está cuestión no solo se trasladaba del art. 2 bis al art. 3 –lo que de por sí ya era sintomático– sino que, además, incorporaba una profunda modificación, no tanto en el periodo máximo –que permanecía en aquel momento en veinticuatro meses– sino en la lógica

¹³¹ Véase en este sentido la Propuesta de Dictamen, ciertamente distinta, contemplada en la Enmienda a la Totalidad del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios» [COM(2016) 128 final – 2016/0070 (COD)] (2017/C 075/15), que, si bien rechazada, obtuvo al menos la cuarta parte de los votos emitidos. Aún disponible el 2 de enero de 2019 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AE2470&from=EN>

¹³² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios» [COM(2016) 128 final – 2016/0070 (COD)] (2017/C 075/15). Este Dictamen recordaba, además, cómo: “Para que esta reglamentación no se traduzca en un simple intercambio de trabajadores desplazados, es importante que el lugar de trabajo concreto siga siendo el punto de referencia a este respecto. Para ello hay que obligar al empresario a garantizar la transparencia sobre los puestos de trabajo y facilitar a los empleados y a las autoridades competentes información sobre el número de trabajadores empleados antes en el puesto de trabajo y durante cuánto tiempo”.

¹³³ (2017/C 185/10) disponible aún el 2 de enero de 2020 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016IR2881&from=EN>

¹³⁴ “En opinión del Comité, no existe ninguna razón concluyente para coordinar los plazos previstos en estos dos actos jurídicos únicamente porque regulan situaciones en las que ciudadanos de la UE trabajan y residen temporalmente en un determinado Estado miembro”.

¹³⁵ Propuesta transaccional de la Presidencia (anexo I del doc. 13153/17). Véase el Informe del Comité de representantes Permanentes al Consejo de 18 de octubre de 2017 previamente citado

básica de la norma. Y es que sin entrar a abordar la legislación que en estos casos fuera aplicable a la relación laboral, lo único que hacía esta nueva Propuesta era ampliar la garantía de mínimos del Estado receptor a todas las condiciones de trabajo –y, por tanto, no solo a las establecidas en el art. 3.1–, excluyendo, eso sí, los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de rescisión del contrato de trabajo, con inclusión de las cláusulas de no competencia, así como los regímenes complementarios de jubilación profesional. Además, también desaparecería la originaria limitación de seis meses para computar estos desplazamientos en caso de sustitución de trabajadores en el mismo lugar.

De hecho, la reducción final a doce meses y la expresa mención a que “el Estado miembro en que se preste el servicio ampliará, con arreglo a una notificación motivada de un proveedor de servicios, a dieciocho meses el periodo de aplicabilidad de las disposiciones del presente apartado” solo aparecerán algo más tarde, en el texto de la orientación general sobre la Directiva de referencia, acordada por el Consejo EPSCO en su sesión n.º 3569 celebrada el 23 de octubre de 2017¹³⁶, dando lugar, tras algunas modificaciones derivadas nuevamente de la negociación con el Parlamento Europeo¹³⁷, prácticamente a la regulación hoy contemplada en el texto final de la Directiva 2018/957.

El resultado, por tanto, es claramente transaccional, aunque ello no haya evitado la impugnación de este precepto por los dos Estados Miembros que votaron en contra de su adopción¹³⁸. Transaccional, en primer lugar, en relación con el supuesto de hecho porque, aunque la duración ahora se haya reducido de 24 a 12 meses –eso sí, ampliables a dieciocho–, debiéndose sumar todos los desplazamientos para el mismo trabajo en el mismo lugar con independencia de su duración –incluso aunque esta sea inferior a seis meses¹³⁹–, no lo es menos que esta regla solo se aplicará a aquellos desplazamientos cuya duración “efectiva” sea superior a ese periodo, y no, como se preveía en la propuesta

¹³⁶ Véase el Informe del Comité de representantes Permanentes al Consejo C-527/16.

¹³⁷ Véase la Nota Informativa de la Secretaría General del Consejo al Comité de Representantes Permanentes de 1 de junio de 2018 disponible el 2 de enero de 2019 en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9467_2018_INIT&from=EN. Sobre el tema O. FOTINOPOULOU BASURKO “La Directiva sobre desplazamiento...”, cit., apartado 2.3.

¹³⁸ Véanse los recursos interpuestos el 2 – Hungría / Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea (Asunto C-620/18)- y el 3 de octubre de 2018 – República de Polonia / Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (Asunto C-626/18)-.

¹³⁹ En relación con el cómputo o no de posibles interrupciones, seguramente debería considerarse la posible inspiración del criterio establecido en el punto 3.b por la Decisión n. A2 de 12 de junio de 2009 de la CACSS de acuerdo con la cual, y eso sí, en relación con la normativa de Seguridad Social, “la breve interrupción de las actividades que el trabajador realiza en la empresa situada en el Estado de empleo, independientemente del motivo (vacaciones, enfermedad, formación en la empresa que lo envía, etc.), no constituirá una interrupción del período de desplazamiento”.

inicial, a aquellas cuya duración “real” o “simplemente prevista” excediese de dicho plazo¹⁴⁰.

Si a ello sumamos, en segundo lugar, que de lo que se trata mediante la consecuencia jurídica prevista no es de establecer la legislación aplicable –¿desde el primer momento?– sino de garantizar como mínimo un elenco más amplio de condiciones de trabajo del país de destino¹⁴¹, obtendremos en conclusión una situación en la que lejos de imponer la legislación del país de referencia desde el primer día para aquellos desplazamientos previstos para más de doce meses, lo que la norma parecería imponer finalmente es una tutela progresiva para que, a partir de la superación de ese plazo, y solo a partir de ese momento (12 o 18 meses), las condiciones garantizadas del Estado de destino fueran más amplias¹⁴². Y todo ello, claro está, sin olvidar, de un lado, los problemas que pueden plantearse en la definición de qué debe considerarse “mismo trabajo y lugar”, especialmente en sectores como el de la construcción en el que las obras pueden extenderse en un amplio ámbito locativo¹⁴³; de las dudas que suscita la

¹⁴⁰ Véase igualmente J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p.1074.

¹⁴¹ No obstante, el tantas veces señalado Recurso interpuesto el 2 de octubre de 2018 por Hungría / Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea (Asunto C-620/18) señala aún como quinto motivo del recurso que “la Directiva impugnada es contraria al Reglamento (CE) n. 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, (2) así como a los principios de seguridad jurídica y claridad normativa, dado que modifica la aplicación del Reglamento n. 593/2008 sin alterar el texto normativo de este, generando de este modo una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la correcta aplicación del Reglamento. También se vulneran los principios de claridad normativa y, consecuentemente, de seguridad jurídica debido a la falta de determinación del concepto de remuneración que figura en la Directiva impugnada y a las incertidumbres sobre la interpretación de ese concepto”. Una interpretación distinta a la aquí sostenida en N. MARCHAL ESCALONA (2019) “El desplazamiento de trabajadores...”, cit., p. 97-98. A mi juicio, y como ya hemos señalado, la propia evolución locativa del precepto y el hecho de que el mismo se limite a “garantizar” más condiciones además de las establecidas en el punto 1, demuestra que en nada se afecta a Roma I –recuérdese que el propio precepto comienza significativamente señalando cómo “con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral”- ni, por tanto, se entra a modificar la legislación aplicable –la del lugar donde habitualmente se desarrolla el trabajo- limitándose esta norma a extender el número de materias en las que la legislación social del Estado de destino, mediante los instrumentos que señalaremos, fija un suelo mínimo para aquella. En este mismo sentido O. FOTINOPOULOU BASURKO “La Directiva sobre desplazamiento...”, cit., apartado 2.3. Finalmente, y estando ya en segundas pruebas este trabajo, fueron objeto de publicación las Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona de 28 de mayo de 2020 –ECLI:EU:C:2020:392- que rechazaba igualmente esta causa de impugnación señalando que: “El artículo 23 de este Reglamento permite la coexistencia de las normas especiales de la Directiva 96/71 junto con las generales del artículo 8 del propio Reglamento, respecto a los contratos de los trabajadores desplazados”.

¹⁴² Esta misma parece ser la posición de J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1074 que, además, postula una interpretación restrictiva de este precepto.

¹⁴³ Recuérdese que en este punto la Directiva se limita a señalar que “El concepto de “mismo trabajo en el mismo lugar” contemplado en el párrafo cuarto del presente apartado se determinará teniendo en cuenta, entre otras cosas, la naturaleza del servicio que se preste, el trabajo que se realice y la dirección o direcciones del lugar de trabajo”.

posibilidad de que estas sustituciones se produzcan en el seno de la misma empresa principal pero por distintas empresas, incluso del mismo país de origen –dada la expresa referencia en el nuevo texto a las empresas a las que se refiere el art. 1.1 de la Directiva 96/71, ciertamente mucho más concreta que la correlativa referencia del art. 12 del Reglamento (CE) n. 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social¹⁴⁴–; o finalmente a si una vez alcanzada esta duración, todo desplazamiento posterior para el mismo puesto y lugar de trabajo debiera someterse a este régimen –ya que la norma nada distingue ni limita al respecto– o si, por el contrario, el transcurso de un cierto tiempo –por ejemplo los dos meses a los que se refiere, a efectos de Seguridad Social, la Decisión A2 de la CACSS¹⁴⁵– permitiría iniciar de nuevo este cómputo.

Sea como fuere, otro de los contenidos más relevantes o trascendentes de toda esta reforma se centra –sin desmerecer obviamente el anterior– en un tercer núcleo relativo a la modificación de lo que sin duda ha sido el epicentro de toda esta discusión: la determinación de las condiciones de trabajo¹⁴⁶ del Estado receptor y los instrumentos o fuentes de fijación de su umbral que deben ser garantizadas, como mínimo –pero también prácticamente como máximo–, al trabajador desplazado desde el primer día en el Estado miembro de destino.

Pues bien, por lo que se refiere al primer elemento –materias sobre las que se extiende esta protección–, una atenta lectura del nuevo art. 3.1 de la Directiva 96/71 refleja tres modificaciones, de las que, sin duda, la más importante se centra en sustituir el controvertido concepto de salario mínimo –fijado, de acuerdo con el antiguo art. 3.1 *in fine* de la Directiva 96/71, por la legislación de cada uno de los Estados miembros¹⁴⁷–, por un término bastante más

¹⁴⁴ Sobre la interpretación de estas cuestiones en relación con la Seguridad Social, resulta de extraordinario interés la reciente STJ (Sala Primera) de 6 de septiembre de 2018, Salzburger Gebietskrankenkasse, asunto C-527/16.

¹⁴⁵ Decisión 3.c) de la Decisión n. A2 de 12 de junio de 2009 relativa a la interpretación del art. 12 Reglamento (CE) n. 883/2004 de la CACSS.

¹⁴⁶ En este sentido, no creemos que deba considerarse relevante la sustitución en el nuevo art. 3.1 del anterior término “condiciones de trabajo y empleo” por el más breve de “condiciones de trabajo”. Más allá del mantenimiento del título del artículo y del hecho evidente de que no se eliminan, sino que se adicionan condiciones en este listado, debe recordarse igualmente que este término sí se mantiene en la versión de esta norma en otras normas como en la italiana (*condizioni di lavoro e di occupazione*)

¹⁴⁷ Como recordaba la STJ (Sala Séptima) de 7 de noviembre de 2013, Isbir, asunto C-522/12, ECLI:EU:C:2013:711, ap. 37 “la Directiva 96/71 no proporciona por sí misma dato alguno para definir materialmente el salario mínimo. Por lo tanto, la tarea de definir cuáles son los elementos que lo constituyen, para aplicar esta Directiva, depende del Derecho del Estado miembro interesado, con la sola condición de que esta definición, tal como resulte de la legislación o de los convenios colectivos nacionales aplicables, o de la interpretación que de ellos hagan los tribunales nacionales, no tenga el efecto de obstaculizar la libre prestación de servicios entre los Estados miembros”. En relación con este mismo tema son igualmente de interés, entre otras las SSTJ Comisión contra RFA, asunto C-244/04 y, sobre todo, de 12 de febrero de 2015, Sähköalojen

omnicomprensivo¹⁴⁸, como era y es el de la remuneración a la que ahora se da un expansivo concepto comunitario.

En este sentido, resulta evidente, en primer lugar que, ante la premisa política antes enunciada –“idéntica remuneración para el mismo trabajo en el mismo lugar”– la Comisión optó, ya desde un principio, no por realizar una simple clarificación de la composición del salario mínimo, codificando la jurisprudencia que a este respecto había ido fijando poco a poco el Tribunal de Justicia –sobre todo en las sentencias *Isbir*, *Comisión contra RFA* y, especialmente *Sähköalojen*¹⁴⁹ (aunque es obvio, como veremos, el influjo sobre todo de esta última en la propia Directiva)–, sino que, yendo un paso más allá, procedió a sustituir este término, cuanto menos confuso, por otro más claro y amplio¹⁵⁰ como el de remuneración cuyo efecto expansivo ya había motivado su incorporación en otras normas anteriores como, por ejemplo, en la Directiva 2008/104/CE. De hecho, bastaba observar la amplitud con la que esta misma expresión fue analizada, por mencionar otro caso, en el borrador de Directrices

ammattiliitto, C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86 que, como se ha destacado, supone un nuevo enfoque más expansivo en la doctrina del Tribunal -J.M. MIRANDA BOTO “De nuevo sobre la noción de salario mínimo en los desplazamientos transnacionales de los trabajadores”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, n. 2, pp. 191 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER “Un nuevo enfoque de la Directiva 96/71 sobre la protección de los trabajadores desplazados”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, n. 5, pp. 485 y ss.-. No obstante, debemos recordar que estas mismas dudas sobre el concepto y contenido del salario mínimo surgieron incluso antes de la finalización del periodo de transposición. Véase en este sentido STJ Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, aps.46 y 47: “puesto que la cantidad que debe pagarse en concepto de los regímenes de «timbres de fidelidad» y de «timbres de mal tiempo» se calcula en relación con el salario mínimo bruto, no puede formar parte integrante de éste”. Igualmente sobre este tema véase STJ (Sala Primera) de 14 de abril de 2005, Comisión contra RFA, Asunto C-341/02 ECLI:EU:C:2005:220 ap. 39 –primas de calidad y por trabajos insalubres en el marco de la normativa alemana que sí definía a estos efectos el concepto de salario mínimo: “en contra de lo que afirma la Comisión, los incrementos y los complementos que no se definen como conceptos que forman parte del salario mínimo ni por la legislación ni por la práctica nacionales del Estado miembro a cuyo territorio se haya desplazado el trabajador y que modifican la relación entre la prestación del trabajador, por un lado, y la contrapartida que percibe, por otro, no pueden considerarse como tales conceptos en virtud de lo dispuesto en la Directiva 96/71” –.

¹⁴⁸ Vid. T. SALA FRANCO, E. LALAGUNA HOLZWARTH (2019) “Evolución y aspectos críticos...”, cit., p. 45; “más amplio” para J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1072, o “mucho más amplio” para D. CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, cit., p. 45.

¹⁴⁹ Véase las referencias a estas sentencias en la nota inmediatamente anterior.

¹⁵⁰ Partiendo de que, como recordó el propio CESE, “El concepto de «cuantías de salario mínimo» no es igual a las normas obligatorias que se aplican a los trabajadores locales”, quizás no esté de más recordar cómo durante buena parte de la negociación de este precepto se incorporó– véase por ejemplo, el texto recogido en el Informe de Presidencia al Comité de representantes Permanentes de 9 de junio de 2017- una propuesta de considerando 12 bis de acuerdo con el cual “El concepto de «remuneración» debe incluir, *entre otras cosas*, todos los elementos de cuantías de salario mínimo desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (la cursiva es nuestra).

sobre la presentación estandarizada del informe de remuneración en virtud de la Directiva 2007/36/CE, modificada por la Directiva (UE) 2017/828¹⁵¹ o en el considerando 20 de la reciente Directiva 2019/1152 de 20 de junio de 2019¹⁵² –sobre la que volveremos inmediatamente– para comprender esta finalidad tendencialmente expansiva frente a cualquier percepción económica, en dinero o en especie, fija o variable, debida al trabajador en razón de su trabajo, siempre, eso sí, que aquellas se generen durante el periodo de desplazamiento.

Pero como decimos, estos cambios no han quedado limitados a la sustitución del término salario mínimo por el de remuneración: también se ha alterado la definición de una y otra y el papel que en las mismas juegan las distintas instancias normativas. Así, si en la escueta redacción original del art. 3.1 Directiva 96/71, el entonces segundo párrafo se limitaba a señalar que a estos efectos “la noción de cuantías de salario mínimo” “se definirá mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado”, en el texto actual tras la reforma operada por la Directiva 2018/957 se especifica claramente que “el concepto de remuneración vendrá determinado por la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro en cuyo territorio esté desplazado el trabajador y comprenderá todos los elementos constitutivos de la remuneración obligatorios en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales o de los convenios colectivos o los laudos arbitrales que, en dicho Estado miembro, hayan sido declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8”.

Para comprender esta nueva regulación y lo que implica, quizás convenga comenzar recordando cómo la propuesta inicial de la Comisión era aún más reveladora, ya que se limitaba a establecer un nuevo concepto comunitario de remuneración considerando como tal –obviamente “a efectos de la presente Directiva”– “todos” los elementos de la remuneración “obligatorios en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales o de los convenios colectivos o los laudos arbitrales” a los que hacía referencia aquel documento original. Es cierto que el considerando 12 de aquella misma propuesta reconocía, como no podía ser menos, que era competencia de “los Estados miembros establecer normas sobre remuneración de conformidad con su legislación y sus prácticas”. Pero resultaba sin duda llamativa la omisión de

¹⁵¹ Disponible el 14 de enero de 2020 en https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/news/standardised_representation_of_the_remuneration_report_-_draft_12072019.pdf

¹⁵² “La información que se proporcionará sobre la remuneración debe comprender todos los componentes de la remuneración indicados de forma separada, incluidas, si procede, las retribuciones en metálico o en especie, el pago de horas extraordinarias, las primas y otros derechos, recibidos directa o indirectamente por el trabajador en razón de su trabajo”.

toda referencia en el texto articulado al papel de los Estados miembros en este concreto ámbito.

Seguramente por ello, el dictamen del CESE señaló como, a pesar de que “la Comisión afirma(ba) que la propuesta no afectará a las competencias y las tradiciones de los Estados miembros en cuanto a la fijación de salarios”, y que mantenía “un papel fuerte y autónomo para los interlocutores sociales”, resultaba preocupante la eliminación de la anterior mención, proponiendo así que “a efectos de dicha Directiva, el concepto de remuneración deber(ía) definirse mediante la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacional del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre desplazado el trabajador”¹⁵³.

De ahí probablemente que, ya en el documento de trabajo de 9 de junio de 2017, se procediera a incorporar a este mismo párrafo una primera frase inicial que, sin alterar sustancialmente la delimitación “comunitaria” de remuneración, sí se remitía expresamente al “Derecho y/o las prácticas nacionales del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado” para la determinación –y, lógicamente se entiende, la cuantificación– de esta misma remuneración.

Tras este complejo proceso resulta lógico que el fruto del mismo sea un texto final algo confuso, cuya aparente tautología puede no obstante evitarse si asumimos que, en realidad, lo que el texto pretende es, por un lado, respetar expresamente las competencias del Estado miembro en la fijación de la estructura, composición y alcance de la remuneración –como no podía ser menos, dado el tenor expreso del art. 153.5 del TFUE¹⁵⁴–, pero estableciendo al mismo tiempo un concepto básicamente europeo, a efectos, eso sí, de garantía para los trabajadores desplazados, y que pivotaría sobre la obligatoriedad o no de los distintos elementos establecidos a nivel nacional y no sobre la confusa referencia anterior al “mínimo” o mínimos salariales. Esta es la razón por la que, como recordaba el propio Comité Europeo de las Regiones los Estados no podrían imponer una remuneración “normal” sino solo la obligatoria¹⁵⁵, del mismo modo que el Considerando 18 de la Directiva 2018/957 se limitaba y se

¹⁵³ Véanse los puntos 4.1.5 y 4.1.6 del Dictamen tantas veces mencionado sobre esta Propuesta de modificación.

¹⁵⁴ Como recuerda el Considerando 17 de la propia Directiva “Compete a los Estados miembros fijar normas sobre remuneración de conformidad con su legislación o las prácticas nacionales. La fijación de los salarios es competencia exclusiva de los Estados miembros y los interlocutores sociales. Debe prestarse especial atención a que no se menoscaben los sistemas nacionales de fijación de los salarios ni la libertad de las partes implicadas”.

¹⁵⁵ “El hecho de que solo los componentes obligatorios de la remuneración y elementos de cálculo del país de acogida puedan y deban utilizarse cuando se fije una remuneración en el sentido de la Directiva en el respectivo Estado miembro significa que no será posible que el país de acogida exija a un empresario aplicar a sus trabajadores lo que puede considerarse la remuneración «normal» o promedio para un trabajo similar en el país anfitrión”.

limita a reiterar como para comparar la remuneración abonada a un trabajador desplazado con la remuneración adeudada de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro de acogida, se deben tener en cuenta los importes totales brutos de la remuneración, más que los elementos individuales constitutivos de la remuneración que se hayan convertido en obligatorios según lo dispuesto en la presente Directiva¹⁵⁶. Y todo ello sin olvidar que este cambio no vendría sino a confirmar la línea interpretativa claramente fijada en *Sähköalojen ammatiliitto* y de acuerdo con la cual el cálculo, ahora de la remuneración obligatoria, deberá hacerse a efectos de comparación utilizando la clasificación de los trabajadores en los grupos salariales previstos por los convenios colectivos pertinentes del Estado miembro de acogida, siempre que el cálculo y la clasificación se efectúen conforme a reglas vinculantes y transparentes, extremo que corresponde comprobar al juez nacional.

Es seguramente desde esta perspectiva, desde la que debe analizarse el segundo grupo de materias incorporadas al art. 3.1 de la Directiva 96/71; una incorporación esta de una importancia seguramente menor –aunque obviamente exigirán una modificación del art. 3 y una posible adaptación del art. 4.3 Ley 45/1999–, y que se concretaría en la adición de dos nuevas letras al listado de materias del art. 3.1; esto es, las letras (h) relativa a las “condiciones de alojamiento de los trabajadores, cuando el empleador se las proporcione” –directa o indirectamente–¹⁵⁷ a trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual”¹⁵⁸, e (i) concerniente a “los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención previstos para los trabajadores que están fuera de su domicilio por motivos profesionales” cuando estos deban viajar a y desde su lugar habitual de trabajo situado en el Estado miembro en cuyo territorio estén desplazados, o cuando su empleador los envíe temporalmente desde dicho lugar habitual de trabajo a otro lugar de trabajo¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Sobre el tema resulta de interés la STJ Mazzoleni, C-165/98, ap. 39, de acuerdo con la cual “para comprobar si la protección de que disfrutaban los empleados en el Estado miembro de establecimiento es equivalente, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida deben tomar en consideración, entre otros extremos, los relativos a la cuantía de la retribución y a la duración del trabajo a la que corresponde dicha cuantía, así como al importe de las cotizaciones a la seguridad social y a la incidencia de la fiscalidad”.

¹⁵⁷ Véase en este sentido el Considerando 7 de la Directiva 2018/957.

¹⁵⁸ Sobre el significado de esta inclusión véase J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1070. Obsérvese, no obstante, que la disparidad de aspectos sobre los que pueden versar las distintas regulaciones implicadas –tipo y calidad de alojamiento, simple o doble, con o sin manutención, distancia al centro de trabajo...– puede llegar a hacer difícil la selección de la norma que, por ser más favorable, debe garantizarse al trabajador desplazado.

¹⁵⁹ Sobre el tema véanse lo señalado en los considerandos 19 y 20 de la Directiva 2018/957 y lo establecido específicamente en la nueva redacción dada al art. 3.7 de la Directiva 96/71 por el art. 1.2.c de la Directiva 2018/957. En la doctrina, un interesante estudio de la misma en J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1070 y ss.

Como se recordará, y a diferencia de la anterior, ninguna de estas dos incorporaciones se encontraba contemplada en la propuesta inicial de la Comisión. Y, de hecho, las primeras referencias a las mismas dentro del texto articulado se encontraban, creo, en la Propuesta transaccional recogida en el Informe del Comité de Representantes Permanentes al Consejo de 18 de octubre de 2017, pasando ya –con una redacción casi idéntica a la final– al texto aprobado por el Parlamento europeo¹⁶⁰.

Pues bien, si sumamos el contenido de estas incorporaciones y lo relacionamos obviamente con el nuevo tenor literal dado al art. 3.7 de la Directiva 96/71 –establecido por el art. 1.1.c de la Directiva 2018/957–, cabría concluir señalando que seguramente con las mismas de lo que se trata es de adaptar y aclarar, en el marco de la nueva regulación, la lógica previa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en especial, la establecida en la conocida Sentencia *Sähköalojen ammattiliitto*. Como se recordará, en esta, el Tribunal señaló expresamente que, mientras otros complementos ligados a desplazamientos sí se incluirían a efectos de determinar el entonces “salario mínimo”, el pago de alojamiento y los cheques restaurantes, como reembolsos de gastos de viaje y manutención, no quedarían incluidos en aquel concepto sin que, además, cupiera incorporarlo en ningún otro apartado de las condiciones a las que se refería el art. 3.1.

Pues bien, en este contexto, y dada la importancia de los complementos de desplazamiento y la posible presencia en los mismos de varios fines –Considerandos 19 y 20 Directiva 2018/957– el juego conjunto de estas incorporaciones y de la nueva redacción dada al apartado 7 del art. 3 va a permitir el establecimiento de reglas expresas que, no solo pretenden clarificar esta cuestión, sino que, al menos a mi juicio, buscan también desarrollar el principio de “igualdad de trato” que ahora novedosamente se incorpora igualmente como criterio general o “base” en el nuevo primer párrafo del art. 3.1¹⁶¹.

Así y por simplificar, podríamos decir que, obviamente, y al igual que ocurría con anterioridad, los complementos ligados al desplazamiento deberán ser considerados remuneración siempre que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento, añadiéndose ahora, eso sí, una regla supletoria en virtud de la cual cuando no se indique si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de reembolso de gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento o como parte de la remuneración y, en su caso, cuáles son esos

¹⁶⁰ El texto del mismo en el Informe de la Secretaría General del Consejo al Comité de Representantes Permanentes de 1 de junio de 2018. Recordando igualmente que ambos conceptos se introducen en el curso de la discusión con el Parlamento Europeo J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1070.

¹⁶¹ Véase J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1070.

elementos, se considerará que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos. Lo singular ahora es que los efectos aparentes de esta presunción se ven claramente alterados al incorporarse como elementos específicos de comparación, separados de la retribución. Y ello claro está, sin perjuicio de que inicialmente el empresario deberá reembolsar a los trabajadores desplazados estos gastos “de conformidad” –esto es, seguramente, en lo relativo a los requisitos, justificaciones y modo, no necesariamente en relación con su cuantía– con la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral¹⁶².

En cualquier caso y desechando nuevamente otras posibles modificaciones que, al menos a nuestro juicio, son solo debidas a problemas de traducción –al no haberse alterado sustancialmente la redacción en otras lenguas ni la estructura general y la finalidad de la normativa¹⁶³–, igualmente importantes son los cambios o alteraciones en relación con los instrumentos llamados a fijar y cuantificar la regulación de estas cuestiones en los países de origen.

Y ello, en primer lugar, y de forma general, ya que la nueva normativa elimina, ya desde un principio, el cuanto menos confuso juego que establecían los art. 3.1 y 3.10 de la redacción original de la Directiva 96/71 y que, como se recordará, exigían en primer lugar, que los Estados destinatarios garantizaran como mínimo las condiciones establecidas en el art. 3.1 por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general a las actividades contempladas –básicamente de construcción– en el Anexo de la misma, mientras que, en cambio, se abría la mera posibilidad –“la presente Directiva no impedirá”– que estos mismos Estados miembros pudieran imponer –de conformidad, eso sí, con “las disposiciones del Tratado”– las condiciones de trabajo y empleo establecidas por estos mismos instrumentos para el resto de actividades. Esta dicotomía, como decimos, desaparece mediante las correspondientes omisiones en los párrafos 1 y 10 del nuevo texto del art. 3, haciendo ahora que los Estados deban velar en todo caso, y para todos los

¹⁶² Se comparte aquí la opinión de J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1071, de acuerdo con la cual esta norma hace referencia a las cuestiones relativas a la forma de justificación, las modalidades y la forma de este reembolso y no para su cuantía. En relación con este precepto debe tenerse en cuenta la Corrección de errores de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (Diario Oficial de la Unión Europea L 173 de 9 de julio de 2018).

¹⁶³ Sobre estas cuestiones lingüísticas véase Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 24 de enero de 2019, Balandin y otros, Asunto C-477/17, ECLI:EU:C:2019:60.

sectores, de las condiciones de unos convenios colectivos cuya delimitación en la nueva Directiva es ahora, además, más amplia¹⁶⁴.

Y ello, claro está, no tanto por la a nuestro juicio intrascendente modificación del anterior término eficacia o aplicación general por la nueva expresión relativa a la aplicación universal, debida seguramente a problemas o cambios de mera traducción¹⁶⁵. A mi juicio, lo realmente importante es que mientras antes los convenios a los que hacía referencia el precepto en su segundo párrafo –en especial los que fuesen solo “ampliamente aplicados”– solo podrían entrar en juego “a falta de un sistema de declaración de aplicación general”, ahora se abre la puerta a que los mismos lo sean, no solo “a falta de”, sino también “además de”¹⁶⁶.

Si a todo ello sumamos las correspondientes modificaciones destinadas a coordinar la anterior regulación sobre estas fuentes a las nuevas previsiones sobre desplazamientos de larga duración que antes analizamos; la inevitable coordinación de esta regulación con la establecida para las ETT en la Directiva 2008/104 –nuevo art. 3.1.ter en relación con el art. 3.9¹⁶⁷ y la aclaración sobre las situaciones que quedan cubiertas por la directiva¹⁶⁸; la mejora e insistencia en relación con la colaboración en el control (nueva redacción de los arts. 4.2 y 5)¹⁶⁹ y la obligación expresa de dar publicidad a estas condiciones incorporada igualmente en el art. 3.1 *in fine*¹⁷⁰ tendremos, en definitiva, una modificación

¹⁶⁴ Para algunos autores, nos encontraríamos ante la novedad más destacable de la Directiva -N. MARCHAL ESCALONA (2019) “El desplazamiento de trabajadores...”, cit., p. 100-. Esta misma interpretación en J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1077.

¹⁶⁵ Como se demostraría por la ausencia de modificación del primer párrafo del art. 3.8; comparando el texto de la nueva y antigua directiva en otros idiomas, o recordando que este mismo término ya se encontraba en el considerando 19 de la Directiva 2014/67 en relación con el viejo término del texto original de la Directiva 96/71. Una conclusión similar en J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1077.

¹⁶⁶ La conexión de esta modificación con los problemas detectados en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de abril de 2008, Rüffert, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, en especial considerando 27, nos parece evidente.

¹⁶⁷ Sobre el tema y su impacto sobre la normativa española, véase J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., pp. 1076-1077. Sobre las opciones que abre el nuevo art. 3.9 véase N. MARCHAL ESCALONA (2019) “El desplazamiento de trabajadores...”, cit., p. 100.

¹⁶⁸ Véase sobre el tema J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1066 cuyas conclusiones sobre la adecuación de la actual normativa española en este punto compartimos plenamente.

¹⁶⁹ Sobre las mismas, más ampliamente, T. SALA FRANCO, E. LALAGUNA HOLZSWARTH (2019) “Evolución y aspectos críticos...”, cit., p. 48 y ss.

¹⁷⁰ Y que, como señala nuevamente J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1073, claramente recuerdan las exigencias del Tribunal de Justicia en relación con la necesidad de que estas reglas deben ser no solo transparentes, sino también, accesibles y claras. En esta línea de clarificar en general las condiciones laborales aplicables en cada Estado Miembro, véase lo establecido, además, en el art. 5 de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo

ciertamente importante cuyo efecto expansivo, eso sí, sería ciertamente diferente en función del sistema de relaciones laborales con el que nos enfrentemos¹⁷¹ y que, seguramente por ello, ha sido, como hemos señalado, objeto de sendas impugnaciones ante el Tribunal de Justicia.

6. Algunas notas sobre el transporte por carretera: la propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE

En cualquier caso, esta labor reformadora no ha quedado limitada a la normativa general, ahora claramente “intersectorial”, sino que se ha extendido igualmente a ciertos sectores tradicionalmente peculiares como es el transporte y, muy singularmente, en relación con el desarrollado por carretera. Las amplias diferencias de costes laborales, acrecentadas tras la última ampliación hacia el este de la Unión, unidas a la progresiva liberalización del sector y a la inadecuación de una normativa general –basada esencialmente en el sector de la construcción–, generaron una situación ciertamente conflictiva¹⁷² que motivó la aparición de diversas normas nacionales que, al hilo de la transposición de la Directiva de refuerzo, exacerbaban las exigencias administrativas y de control generando importantes cargas administrativas y una notable inseguridad jurídica¹⁷³.

Sin entrar aquí a analizar una cuestión que por su complejidad y singularidad requeriría de un estudio específico, incompatible con la ya excesiva extensión de este trabajo, nos limitaremos aquí a recordar cómo, tras reconocer la necesidad de un tratamiento normativo específico de esta materia que reforzase la lucha contra el fraude y los abusos en este sector –Considerando 15¹⁷⁴–, el art. 3.3 de la Directiva 2018/957 retrasó su aplicación a “la fecha de

y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

¹⁷¹ Para un análisis de este distinto impacto véase el Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services SWD/2016/052 final - 2016/070 (COD). p. 23-24. En este mismo sentido, el Dictamen del CESE señalaba en su punto 4.1.3: “La «remuneración» podría incluir algunos elementos no contemplados en el concepto de «cuantías de salario mínimo», como la prima de antigüedad, las primas y los complementos por trabajos insalubres, penosos o peligrosos, las primas de calidad, las pagas extraordinarias, los gastos de viaje o los vales de alimentación, aunque la mayoría de los países de acogida ya han incluido varios de estos elementos en la «cuantías de salario mínimo”.

¹⁷² Constatable, si se nos permite, por la progresiva especialización del transporte internacional en los países del Este y, aunque de forma más limitada en la Europa del Sur. Véanse los datos en A. RIESCO, J. GARCIA, M. M. MAIRA, *Desplazamiento de trabajadores...*, cit., p. 61 y ss.

¹⁷³ Sobre esta cuestión resulta ineludible la remisión al brillante estudio DE O. FOTINOPOULOU BASURKO “La Directiva sobre desplazamiento...”, cit., apartado 3.

¹⁷⁴ “Debido a la elevada movilidad del trabajo en el transporte internacional por carretera, la aplicación de la presente Directiva en ese sector plantea problemas y dificultades jurídicas particulares, que se deben abordar, en el marco del paquete sobre movilidad, mediante normas

aplicación de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y que establezca normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de conductores en el sector del transporte por carretera”¹⁷⁵.

Pues bien, lo cierto es que este último proceso, lejos de ser sencillo, se ha convertido en un auténtico campo de minas que, de hecho, se prolonga en el momento en el que se cierran estas líneas.

Intentado nuevamente simplificar la cuestión podríamos tratar de resumirla señalando cómo en este campo la propuesta originaria de la Comisión era, en principio, relativamente simple¹⁷⁶ y se centraba, por un lado, en la posible inaplicación de ciertas reglas de la Directiva 96/71 en determinados transportes internacionales y en el establecimiento de un número limitado de requisitos y medidas de control¹⁷⁷.

En este sentido, y por lo que se refiere a lo primero, la propuesta partía básicamente de una distinción entre los desplazamientos internacionales y los más específicos de “cabotajes”. En relación con los primeros¹⁷⁸, el art. 2.2 de la Propuesta establecía un umbral temporal mínimo para la plena aplicación de las letras b) y c) del art. 3.1 de la Directiva 96/71. De ahí que solo cuando el período de desplazamiento en su territorio fuese superior a tres días en un periodo de

específicas para el transporte por carretera que también refuercen la lucha contra el fraude y los abusos”.

¹⁷⁵ Excluyéndolo así de la regla general que, como es bien sabido, señala como límite para dicha transposición el próximo 30 de julio de 2020. De hecho, véase en este sentido la Declaración de la Comisión de acuerdo con la cual “Hasta la fecha de aplicación del acto legislativo sectorial específico, la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE permanecerán en vigor para el sector del transporte en carretera. Dichos actos legislativos no son de aplicación a las operaciones de transporte por carretera que no constituyan desplazamiento”. En relación con esta cuestión, véase J. GARATE CASTRO, “La modificación de la Directiva 96/71...”, cit., p. 1065.

¹⁷⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, Bruselas, 31.5.2017 COM (2017) 278 final, 2017/0121(COD). Disponible el 2 de enero de 2020 en <http://bit.ly/2wWSHhT>

¹⁷⁷ Sobre ella, más ampliamente N. MARCHAL ESCALONA (2019) “El desplazamiento de trabajadores...”, cit., p.107 y ss.

¹⁷⁸ Esto es, los definidos en el art. 2.2 del Reglamento (CE) 1072/2009 de 21 de octubre de 2009 de una forma muy amplia, incorporando todos los desplazamientos con o sin carga –de vacío– cuando el punto de partida y/o el punto de destino se encuentren en dos países distintos cuando al menos uno de los dos sea un Estado miembro, o incluso aunque ninguno lo fueran cuando sí se atravesara en tránsito uno o más Estados miembros. Y, de hecho, una línea similar, aunque no idéntica, se plasmaba en el art. 2.1 del Reglamento (CE) 1073/2009 de 21 de octubre de 2009 que, para los servicios de autocares y autobuses, incluía también los viajes realizados por un vehículo cuyos puntos de partida y de destino estén situados en el mismo Estado miembro, si bien la recogida o depósito de viajeros tenga lugar en otro Estado miembro o en un tercer país.

un mes natural¹⁷⁹, los Estados miembros aplicarían lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, letras b) –duración mínima de las vacaciones retribuidas– y c) –remuneración–.

En cambio, en relación con los segundos, esto es los de cabotaje¹⁸⁰ – básicamente aquellos transportes nacionales llevados a cabo dentro un específico Estado miembro de acogida con carácter temporal por un trabajador desplazado¹⁸¹– el vínculo entre el conductor y el Estado de acogida parecía y parece tan evidente¹⁸² que la Propuesta inicial no dudó en excluirlo del régimen antes establecido para los transportes internacionales, postulando, por tanto, la plena aplicación de la retribución y las vacaciones anuales mínimas del Estado miembro de acogida con absoluta independencia de la frecuencia y la duración de los transportes realizados por un conductor; una propuesta está, por lo demás, plenamente lógica si recordamos como el Considerando 17 del Reglamento (CE) 1072/2009 de 21 de octubre de 2009 ya había señalado que “las disposiciones de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se aplican a las empresas de transporte que efectúan transportes de cabotaje”¹⁸³.

Finalmente, y por lo que se refiere al segundo –mecanismos de control–, el art. 2.4 de aquella propuesta concretaba y limitaba estos requisitos y medidas en la obligación de que el operador de transporte por carretera establecido en otro Estado miembro enviase una declaración de desplazamiento a las autoridades nacionales competentes a más tardar al comienzo del

¹⁷⁹ Es más, la norma contemplaba en su apartado tercero algunas reglas para el cálculo de estos periodos de desplazamiento que, por las razones que expondremos a continuación, ni tan siquiera mencionaremos en este sintético resumen.

¹⁸⁰ Cuya definición se encuentra básicamente en el art. 2.6 del Reglamento (CE) 1072/2009 de 21 de octubre de 2009 por lo que se refiere al transporte de mercancías y en el art. 2.7 del Reglamento (CE) 1073/2009 de 21 de octubre de 2009 para los servicios de autocares y autobuses.

¹⁸¹ Y, por tanto, sin disponer en él de sede u otro establecimiento. Sobre el régimen de los mismos véase el art. 8 Reglamento (CE) 1072/2009 de 21 de octubre de 2009. A esta definición en relación con el transporte de mercancías habría que añadir, además, en el caso de los autocares y autobuses, la recogida y traslado de viajeros en el mismo Estado miembro, durante un servicio internacional regular de transporte siempre que no se trate del propósito principal de dicho servicio.

¹⁸² Considerandos 11 y 12 de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión.

¹⁸³ En una línea similar el Considerando 11 del del Reglamento (CE) 1073/2009 de 21 de octubre de 2009 para los servicios de autocares y autobuses señalaba expresamente cómo: “Las disposiciones de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se aplican a las empresas de transporte que efectúan actividades de cabotaje.

desplazamiento¹⁸⁴, por vía electrónica, en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de acogida o en inglés, con un contenido, eso sí, limitado¹⁸⁵; que, en segundo lugar, el conductor conservase y/o pusiera a disposición –cuando así se solicitase en el control en carretera– una variopinta documentación que incorporaba desde una copia de la declaración de desplazamiento, a las pruebas de la operación de transporte que se efectúe en el Estado miembro de acogida y los datos registrados por el tacógrafo, pasando por la copia del contrato de trabajo o un documento equivalente, así como las dos últimas nóminas. Ya para concluir, también se preveía la posibilidad de que el Estado impusiera al operador de transporte por carretera la obligación de entregar, después del período de desplazamiento, en papel o en formato electrónico, copias de los documentos antes mencionados a petición de las autoridades del Estado miembro de acogida y en un plazo razonable.

En cualquier caso, lo que pronto resultó claro es que esta Propuesta inicial era ciertamente polémica, como demostraron no solo el Dictamen sobre la misma del CESE¹⁸⁶ sino, y sobre todo, las reacciones de ciertos países y organizaciones¹⁸⁷ y que seguramente están detrás de las profundas modificaciones que sobre aquel texto planteó el Parlamento Europeo¹⁸⁸.

¹⁸⁴ El apartado 5 permitía que: “a los efectos del apartado 4, letra a), el operador de transporte por carretera podrá presentar una declaración de desplazamiento para un período de un máximo de seis meses”.

¹⁸⁵ Esta comunicación no parecía poder extenderse más allá de: i) la identidad del operador de transporte por carretera; ii) los datos de contacto de un gestor de transporte o de cualquier otra persona o personas de contacto que se hallen en el Estado miembro de establecimiento para el enlace con las autoridades competentes del Estado miembro de acogida en que se presten los servicios y para el envío y la recepción de documentos o notificaciones; iii) el número previsto de conductores desplazados y sus identidades; iv) la duración previsible y las fechas previstas del comienzo y de la finalización del desplazamiento; v) las matrículas de los vehículos utilizados en desplazamiento; vi) el tipo de servicios de transporte, es decir, transporte de mercancías, transporte de pasajeros, transporte internacional u operación de cabotaje.

¹⁸⁶ Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 18 de enero de 2018 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera [COM(2017) 278 final – 2017/0121 (COD)].

¹⁸⁷ Más ampliamente N. MARCHAL ESCALONA (2019) “El desplazamiento de trabajadores...”, cit., p. 110.

¹⁸⁸ Véase la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de abril de 2019, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera (COM(2017)0278 – C8-0170/2017 – 2017/0121(COD)), disponible el 2 de enero de 2020 en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/provisoire/2019/04-04/0339/P8_TA-PROV\(2019\)0339_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/provisoire/2019/04-04/0339/P8_TA-PROV(2019)0339_ES.pdf)

Seguramente por todo ello el último texto –y parece que el definitivo– al que hemos tenido acceso justo antes de cerrar estas líneas introdujo muy importantes modificaciones como compromiso entre las distintas instancias del proceso¹⁸⁹. Sin poder detenernos nuevamente aquí en cada una de ellas –y en especial en las diversas modificaciones en los considerandos–, nos limitaremos escuetamente a destacar cómo, en principio, la norma, partiendo siempre de la existencia o no de un vínculo suficiente del servicio prestado con el territorio del teórico Estado miembro de acogida¹⁹⁰, establece dos excepciones aparentemente más cercanas a las posiciones empresariales que a las tradicionalmente asumidas por las organizaciones sindicales implicadas¹⁹¹.

La primera, excluye la consideración de desplazamiento a las situaciones de tránsito, sin carga o descarga de mercancía y, por tanto, sin recoger o depositar a pasajeros –transporte internacional en tránsito (art. 1.5)–, sin que en dicha exclusión incidan, obviamente, las inevitables paradas relacionadas, por ejemplo, con motivos higiénicos¹⁹². Y ello porque, como recuerda el propio Considerando 11 del texto sobre el que se ha alcanzado un acuerdo político, no

¹⁸⁹ Ya en pruebas de este capítulo se tuvo conocimiento de la Posición del Consejo en primera lectura, adoptada el 7 de abril de 2020. Su texto en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5112_2020_REV_1&from=EN. Previamente son igualmente de interés el Working Document del Secretariado General del Consejo a las delegaciones de 12 de noviembre de 2019 disponible el 2 de enero de 2020 en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_7894_2019_REV_4&from=EN. Debe destacarse que una vez cerrado ya este documento, el 20 de diciembre de 2019 se alcanzó un acuerdo político sobre la solución transaccional, frente al que mostraron su descontento las legaciones búlgara, chipriota, húngara, letona, lituana, maltesa, polaca y rumana –Véase https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5424_2020_INIT&from=EN–. Por su parte, el 23 de enero de 2020 la Comisión TRAB aprobó dicho acuerdo provisional. El texto del mismo en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5424_2020_ADD_3&from=EN

¹⁹⁰ Sobre este “criterio equilibrado” véase el Considerando 9 de la Propuesta de Directiva sobre la que se ha alcanzado el acuerdo político.

¹⁹¹ Véase por ejemplo un resumen de las principales posiciones en A. RIESCO, J. GARCIA, M. M. MAIRA, *Desplazamiento de trabajadores...*, cit., pp. 168 y, en especial, p. 170 en donde se destacaba como la posición empresarial española se centraba en delimitar los supuestos de desplazamientos al cabotaje y al cross trading, como finalmente ha ocurrido, al menos sustancialmente.

¹⁹² Considerando 11 de la Propuesta de Directiva objeto de acuerdo político: “Debe precisarse que el transporte internacional en tránsito a través del territorio de un Estado miembro no constituye una situación de desplazamiento. Tales operaciones se caracterizan por el hecho de que el conductor pasa por el Estado miembro sin cargar o descargar mercancías y sin recoger o dejar pasajeros y por ello no hay un vínculo significativo entre las actividades del conductor y el Estado miembro por el que transita. En la calificación como tránsito de la presencia del conductor en un Estado miembro no inciden por tanto las paradas relacionadas, por ejemplo, con motivos higiénicos”.

habría en estos casos “un vínculo significativo entre las actividades del conductor y el Estado miembro por el que transita”¹⁹³.

En cambio, la segunda es bastante más trascendente al considerar igualmente que un conductor no debería ser considerado desplazado a efectos de la Directiva 96/71/CE cuando realice operaciones de transporte bilateral¹⁹⁴. En el caso del transporte de mercancías (art. 1.3), se entenderían como bilaterales aquellas basadas en un contrato de transportes y realizadas desde el Estado miembro de establecimiento¹⁹⁵ hasta otro Estado miembro o tercer país, o bien desde otro Estado miembro o tercer país hasta el Estado miembro de establecimiento¹⁹⁶. Mientras que, por lo que se refiere al transporte internacional discrecional o regular de pasajeros (art. 1.4), quedarían igualmente excluidas aquellas operaciones en las que se recojan pasajeros en el Estado miembro de establecimiento y se “dejan” en otro Estado miembro o tercer país; en las que se recojan pasajeros en un Estado miembro o tercer país y los trasladen al Estado miembro de establecimiento; o, finalmente, cuando se recojan y se dejen pasajeros en el Estado miembro de establecimiento para realizar excursiones locales en otro Estado miembro o en un tercer país, conforme a lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 1073/2009¹⁹⁷.

No obstante, debe destacarse cómo, en ciertas condiciones¹⁹⁸, esta misma exención se amplía a ciertos supuestos conexos. Así, en relación con el transporte

¹⁹³ Se coincidiría así con la visión de la Dirección general de Movilidad y Transporte recogida nuevamente en A. RIESCO, J. GARCIA, M. M. MAIRA, *Desplazamiento de trabajadores...*, cit., pp. 173.

¹⁹⁴ Sobre las diferencias entre el transporte bilateral excluido y las relaciones triangulares o cross-trade véase A. RIESCO, J. GARCIA, M. M. MAIRA, *Desplazamiento de trabajadores...*, cit., p. 63.

¹⁹⁵ Tal como se define en el artículo 2, apartado 8, del Reglamento (CE) n.º 1071/2009

¹⁹⁶ Considerando 10 de la Propuesta de Directiva objeto de acuerdo político: “Cuando un conductor efectúa operaciones de transporte bilateral desde el Estado miembro en cuyo territorio esté establecida la empresa (en lo sucesivo, «Estado miembro de establecimiento») hasta el territorio de otro Estado miembro o de un tercer país, o de vuelta al Estado miembro de establecimiento, la naturaleza del servicio está estrechamente vinculada al Estado miembro de establecimiento. Es posible que un conductor efectúe varias operaciones de transporte bilateral durante un solo viaje. Constituiría una restricción desproporcionada a la libertad de prestación de servicios de transporte por carretera transfronterizos si se aplicaran a dichas operaciones bilaterales las normas sobre el desplazamiento y, por consiguiente, las condiciones de trabajo y empleo garantizadas en el Estado miembro de acogida”.

¹⁹⁷ Aún más amplias son las excepciones previstas para vehículos con tacógrafos inteligentes

¹⁹⁸ Esta excepción, cuya fecha aún está por concretar, se aplicará únicamente hasta la fecha en la que el tacógrafo inteligente que realice el registro del cruce de fronteras y otras actividades adicionales a las que se refiere el artículo 8, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento (UE) n.º 165/2014 se instale en los vehículos que se matriculen por primera vez en los Estados miembros, tal como especifica el artículo 8, apartado 1, párrafo segundo, del citado Reglamento. A partir de esa fecha, la excepción a la que se refiere el presente apartado se aplicará únicamente a los conductores que utilicen vehículos equipados con tacógrafos inteligentes tal como disponen los artículos 8, 9 y 10 de dicho Reglamento.

de mercancías se ampliaría, además, a aquellas operaciones de transporte bilateral en las que el conductor realice, además, otra actividad de carga o descarga en los Estados miembros o países terceros que atraviese el conductor, siempre y cuando dicho conductor no cargue mercancías y las descargue en el mismo Estado miembro (art. 1.3). Y de forma relativamente simétrica, esta misma excepción se extendería a los supuestos en los que, en el marco del transporte de pasajeros bilateral, se recoja, además, pasajeros una vez o se depositen pasajeros una vez en Estados miembros o en terceros países que atraviese el conductor, siempre y cuando el conductor no ofrezca servicios de transporte de pasajeros entre dos localidades situadas dentro del Estado miembro que atraviese. Esta misma excepción se aplicará para el viaje de vuelta, si bien en el caso de transportes por mercancías se exige que cuando una operación de transporte bilateral que comience en el Estado miembro de establecimiento durante la cual no se realice otra actividad adicional esté seguida de una operación de transporte bilateral hacia el Estado miembro de establecimiento, la exención se aplicará como máximo a dos actividades más de carga o descarga, en las condiciones antes establecidas¹⁹⁹.

En cambio, lo que sí mantiene la propuesta consensuada (art.1.7) es que el conductor que efectúe transportes de cabotaje, tal como se define en los Reglamentos (CE) n.º 1072/2009 y (CE) n.º 1073/2009, se considerará desplazado en virtud de la Directiva 96/71/CE, al igual que también lo estarán las operaciones de transporte no bilateral caracterizadas por el hecho de que el conductor efectúe un transporte internacional fuera del Estado miembro en el que está establecida la empresa que realiza el desplazamiento²⁰⁰. En estos casos, lo que sí es llamativo –y debe relacionarse obviamente con la nueva regulación de los desplazamientos de larga duración incorporados por la Directiva 2018/957– es que de acuerdo con el art. 1.8 cada periodo de desplazamiento “no se acumulará a periodos de desplazamiento previos en el contexto de operaciones internacionales de este tipo del mismo conductor o de otro conductor al que haya sustituido”, teniendo en cuenta que, además, se considerará que un desplazamiento finaliza cuando el conductor deja el Estado

¹⁹⁹ Obsérvese, con todo que “Esta excepción se aplicará únicamente hasta la fecha en la que el tacógrafo inteligente que realice el registro del cruce de fronteras y otras actividades adicionales a las que se refiere el artículo 8, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento (UE) n.º 165/2014 se instale en los vehículos que se matriculen por primera vez en los Estados miembros, tal como especifica el artículo 8, apartado 1, párrafo segundo, del citado Reglamento. A partir de esa fecha, la excepción a la que se refiere el presente apartado se aplicará únicamente a los conductores que utilicen vehículos equipados con tacógrafos inteligentes tal como disponen los artículos 8, 9 y 10 de dicho Reglamento”.

²⁰⁰ Considerando 13 de la Propuesta de Directiva objeto de acuerdo político. Sobre la importancia del transporte crosstrade A. RIESCO, J. GARCIA, M. M. MAIRA, *Desplazamiento de trabajadores...*, cit., p. 63 y ss.

miembro de acogida como parte de su actividad de transporte internacional de mercancías o de pasajeros.

Finalmente, en el caso de que el conductor efectúe una operación de transporte combinado (art.1.6)²⁰¹, la Propuesta de Directiva parte del principio de acuerdo con el cual naturaleza del servicio prestado durante las partes inicial o final del recorrido por carretera está estrechamente vinculada al Estado miembro de establecimiento solo si el recorrido en sí mismo constituye una operación de transporte bilateral. En cambio, existiría un vínculo suficiente con el territorio de un Estado miembro de acogida cuando la operación de transporte durante el recorrido por carretera se realiza dentro del Estado miembro de acogida o como una operación de transporte internacional no bilateral y, por consiguiente, en tales casos sí se deberían aplicar las normas sobre el desplazamiento²⁰².

Finalmente, y siguiendo nuevamente la posición del Parlamento, el texto consensuado incorpora el principio de acuerdo con el cual las empresas de transporte establecidas en un Estado que no sea miembro no deberán obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en un Estado miembro (art. 1.10)²⁰³ y varias modificaciones en relación con los posibles requisitos administrativos y las medidas de control, tendiendo básicamente a facilitar su cumplimiento. De ahí que la Propuesta de Directiva (art.1.11) señale que “no obstante lo dispuesto en el art. 9.1 y 2 de la Directiva 2014/67” los Estados miembros solo podrán imponer los requisitos administrativos y las medidas de control que en ella se contempla. Del mismo modo que si bien determinados documentos deben estar disponibles en el vehículo para las inspecciones en carretera, otros deben ser facilitados por la interfaz pública del IMI.

7. Últimas reformas: la Autoridad Laboral Europea y los derechos de información en la Directiva (UE) 2019/1152

Ya por último, solo quisiéramos dejar constancia de que el interés por este tema no se ha agotado con todas estas reformas, sino que ha continuado tras las mismas²⁰⁴.

²⁰¹ Véase la Directiva 92/106/CEE del Consejo, de 7 de diciembre de 1992.

²⁰² Véase el Considerando 12 de la Propuesta de Directiva sobre la que parece haberse alcanzado un acuerdo político.

²⁰³ Véase el Considerando 15 de la Propuesta de Directiva sobre la que parece haberse alcanzado un acuerdo político: “Este principio también se debe aplicar en relación con las normas específicas sobre el desplazamiento contempladas en la presente Directiva. Debe aplicarse, en particular, cuando transportistas de terceros países llevan a cabo operaciones de transporte con arreglo a acuerdos bilaterales o multilaterales que den acceso al mercado de la Unión”.

²⁰⁴ Sobre las reformas en este punto en el marco de la Seguridad Social nos remitimos nuevamente a D. CARRASCOSA BERMEJO, “Desplazamiento en la UE y dumping social...”, cit., pp. 61 y ss.

Así, en el marco establecido en la Declaración conjunta sobre las prioridades legislativas de la UE para 2018-2019 –en la que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión se comprometieron a tomar medidas para reforzar la dimensión social de la Unión, trabajando para, entre otras cuestiones, garantizar un trato equitativo para todas las personas en el mercado laboral de la Unión mediante la modernización de las normas sobre el desplazamiento de trabajadores²⁰⁵–, se procedió a crear la Autoridad Laboral Europea²⁰⁶ como instrumento cuyos fines y actividades serán fundamentales en cuestiones como la cooperación de los Estados miembros en la detección y sanción de empresas fantasmas, falsos autónomo y derechos de los trabajadores desplazados en el marco de la normativa antes enunciada (art.1.4 Reglamento (UE) 2019/1149)²⁰⁷, así como en la ayuda a los Estados miembros en el cumplimiento de las obligaciones sobre divulgación y acceso a la información en relación con “el desplazamiento de trabajadores, tal como establece el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE, en particular por medio de referencias a fuentes de información nacionales, como los sitios web nacionales oficiales únicos” (art. 5.c Reglamento (UE) 2019/1149)²⁰⁸.

En cualquier caso, y dejando a un lado este tema –que será desarrollado en profundidad en otro capítulo de esta misma monografía– creemos que igualmente importante y significativa es la regulación específica de los derechos de información de los trabajadores desplazados incorporada al art. 7 de la Directiva 2019/1152 de 20 de junio de 2019. Significativa en la medida en la que la inclusión de esta esta cuestión dentro de una norma destinada en gran medida a mitigar la progresiva precarización de las condiciones de trabajo, demuestra la clara conexión que se ha ido estableciendo entre desplazamientos y precarización del empleo. E importante, en segundo lugar, ya que, como hemos indicado anteriormente, una de las principales causas de la falta de eficacia de todo este conjunto normativo era, y en muchos casos aún es, al menos a nuestro

²⁰⁵ Iniciativa 4 de la Declaración conjunta sobre las prioridades legislativas de la UE para 2018-2019 (2017/C 446/01)

²⁰⁶ Véase el Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) nº 883/2004, (UE) nº 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344.

²⁰⁷ Véase, en especial, el Considerando 21 del Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Sobre la importancia de esta institución en relación con la normativa sobre desplazamientos transnacionales véase <https://baylos.blogspot.com/2018/08/la-necesidad-de-introducir-un-protocolo.html> . Una conclusión creo que similar si bien proponiendo otras alternativas en J. GARATE CASTRO, “La modificación...”, cit., p. 1066.

²⁰⁸ Sobre esta normativa véanse F. GONZÁLEZ DE LENA “El Reglamento UE/2019/1149 y la Autoridad Laboral Europea”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2019, n. 11, pp. 1079 y ss. A. DOMÍNGUEZ MORALES, “Un paso más hacia la equidad laboral en el mercado interior de la Unión Europea: a propósito de la aprobación del Reglamento por el que se crea la Autoridad Laboral Europea”, en *Temas Laborales*, 2019, n. 149, pp. 147 y ss.

juicio, la ausencia de una información correcta, adecuada y específica al trabajador desplazado de los mínimos sociales garantizados en el Estado de destino.

No obstante, también debemos señalar que, aun siendo un importante e indudable avance sobre la situación anterior, la nueva normativa no deja de presentar algunos déficits que, al menos en mi opinión, pueden limitar de forma significativa su posible eficacia²⁰⁹.

En este sentido, es evidente, en primer lugar, que la nueva norma presenta significativas mejoras sobre el precedente constituido por el art. 4 de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991. La notable ampliación de contenidos, singularmente en relación con los trabajadores desplazados y cubiertos por la Directiva 96/71, es sin duda una de ellas. En especial, las nuevas referencias a la información “complementaria” relativa a la remuneración a la que tienen derecho con arreglo a la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; a “todo complemento específico por desplazamiento y toda disposición relativa al reembolso de los gastos de viaje alojamiento y manutención” –incorrectamente ubicada en la propuesta inicial de la Comisión²¹⁰–; o al enlace al sitio web del art. 5 Directiva 2014/67 son, sin duda, importantes avances sobre la regulación anterior, aunque llamativamente no alcancen todas y cada una de las materias a las que hace referencia el art. 3.1 Directiva 96/71 en función, además, de la duración del desplazamiento.

Pero en cualquier caso, aún más grave es el riesgo subyacente de que, salvo que el Estado de destino desarrolle eficazmente su labor, estas remisiones sean en realidad ineficaces, sobre todo si tenemos en cuenta, en primer lugar, que la información sobre retribución podrá ofrecerse –si así lo determina la normativa del Estado de origen– mediante una mera referencia a las disposiciones o convenios que contemplen esta información; y, en segundo lugar, porque en tales casos, salvo que estas disposiciones o estos sitios web estén adecuados a las necesidades culturales e idiomáticas de los trabajadores

²⁰⁹ En general sobre esta norma y, más concretamente, sobre otros aspectos contemplados en la misma y de interés para este colectivo –por ejemplo, las reglas específicas sobre comunicación en los supuestos de modificación de la relación laboral en los casos de desplazamientos ex art.6– véase el completo trabajo de M.C. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, “La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2019, n. 11, en especial, pp. 1101 y ss.

²¹⁰ Véase el entonces art. 6.1.c) de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea {SWD(2017) 478 final} {SWD(2017) 479 final}, Bruselas, 21.12.2017, COM(2017) 797 final, 2017/0355(COD). La conexión con la nueva regulación del art. 3.1 derivada de la Directiva 2018/957 es evidente.

desplazados²¹¹, las dificultades para comprender, en muchas ocasiones, no solo la posible “jungla retributiva” de la normativa, sobre todo convencional, del Estado de destino, sino también las no siempre fáciles reglas de clasificación profesional de estos mismos textos, determinarán o pueden causar la falta de eficacia real de un derecho que, así regulado, corre el riesgo de convertirse, nuevamente, en una simple carga administrativa más²¹².

Por ello, quizás hubiera sido mucho más adecuado que en vez de una simple referencia a las disposiciones legales del Estado de destino²¹³ se hubiera impuesto al empleador la obligación de informar al trabajador de las condiciones individuales que, en relación con todas las materias del art. 3.1. Directiva 96/71 –pero, en especial, en relación con la remuneración–, se deducen de las normas heterónomas y autónomas del país de destino y que, de acuerdo con el mencionado art. 3, podrían llegar a ser exigibles en función de la duración más o menos prolongada del desplazamiento. Y ello ya que, lógicamente, debemos presumir que el empleador ha debido realizar dichos cálculos para cumplir con las obligaciones impuestas por la Directiva y fijar, por tanto, las condiciones de servicio legalmente establecidas para cada trabajador durante dicho desplazamiento. De ahí que incorporar esta información pormenorizada a la comunicación que debe realizar en todo caso al empleado –distinguiendo incluso su contenido según su duración más o menos prolongada– no debería suponer –salvo que presumamos que el empleador no realiza este cálculo con el

²¹¹ Sobre estos problemas son de interés las reflexiones y enmiendas –especialmente la 12- que en su momento planteo el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (2018/C 387/10)

²¹² En una línea similar se situaba igualmente el Dictamen del CESE-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea» [COM(2017) 797 final – 017/0355 (COD)] (2018/C 283/06)- cuando en su punto 4.2.6 señalaba que “El CESE observa que el vínculo al sitio web que deberá desarrollar cada Estado miembro –de conformidad con el artículo 5, apartado 2, letra a), de la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento– no cumple adecuadamente el requisito de facilitar información. Ello se debe a que esta referencia presupone que cada Estado miembro ha cumplido plenamente las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva relativa a la garantía de cumplimiento y que los trabajadores desplazados pueden comprender la información a la vez en cuanto al fondo y la lengua. Habida cuenta de que muchos países, entre ellos Alemania, no cumplen satisfactoriamente las obligaciones derivadas del artículo 5 de la Directiva 2014/67/CE, pese a haber expirado el plazo para su transposición, esta referencia carece de cualquier utilidad si las páginas web se limitan a ofrecer información de carácter muy general y no la brindan en las lenguas pertinentes”.

²¹³ Y ello ya que como también señalaba el CESE “una mera referencia a las disposiciones vigentes, como prevé el artículo 6, apartado 3, no basta para cumplir adecuadamente la obligación de informar a los trabajadores extranjeros si las normas no están disponibles en una lengua que puedan comprender. También en relación con la remuneración prevista en el extranjero, los empleados extranjeros requieren una información directa y clara y no deben ser informados mediante una referencia a normas que no pueden comprender”.

consiguiente riesgo de incumplimiento– un coste añadido superior al que necesariamente conlleva la aplicación de todo este grupo normativo.

Además, obsérvese que, aunque la información debe ser facilitada antes de la partida²¹⁴ –si bien esto solo se establece en el primer punto del art. 7, parece razonable extender esta regla a ambos supuestos de desplazamiento–, y se establecen además reglas específicas en caso de modificación de la relación laboral –art. 6–, el control sobre el cumplimiento de la misma se realiza, al menos aparentemente, por el Estado de origen, sin que se haya previsto –quizás por los posibles problemas de una norma como esta desde la perspectiva del tantas veces mencionado test *Säger*– la obligación de que la justificación de su cumplimiento se conservase o se pudiera poner a disposición, si así lo requiriese el Estado de destino, mediante una modificación, por ejemplo, del art. 9 Directiva 2014/67.

Y tampoco completamente favorable es, al menos a mi juicio, la valoración que debe recibir el nuevo art. 7.4 Directiva 2019/1152. Y ello ya que, si bien reduce mínimamente²¹⁵ la duración de aquellos desplazamientos que quedan excluidos de este derecho –pasando del mes contemplado en la regulación anterior a las cuatro semanas consecutivas o menos de la actual redacción²¹⁶–, la reforma aprovecha para aclarar implícitamente, aunque también sin ningún género de dudas, que lo trascendente a estos efectos es la duración de cada uno de estos desplazamientos singulares, sin que, en cambio, se contemple la hipotética y seguramente deseable agregación de sucesivos desplazamientos de duración individual inferior a estas cuatro semanas, sobre todo cuando se reiteran al mismo país y por plazos sucesivos inferiores a estas cuatro semanas en posibles periodos de referencia como, por ejemplo, el anual²¹⁷.

²¹⁴ Recuérdesse cómo de acuerdo con el Considerando 26 de la propia Directiva: “Por lo que se refiere a las sucesivas tareas encargadas en diversos Estados miembros o terceros países, la información para varias tareas asignadas debe poder agruparse antes de la partida inicial y modificarse después en caso de que se produzcan cambios”

²¹⁵ De hecho, la Enmienda n. 13 propuesta por el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones – Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (2018/C 387/10)- proponía reducir este periodo a dos semanas o menos ya que, como se recordaba “Después de todo, las normas obligatorias del país de acogida son aplicables desde el primer día de la estancia”

²¹⁶ En esta misma línea, el tantas veces mencionado informe del CESE ya señalaba en su punto 4.2.8 cómo “El artículo 6, apartado 4, introduce una exención de la obligación de informar en caso de prestar un periodo de trabajo en el extranjero cuya duración sea de cuatro semanas consecutivas o menos. El CESE expresa su preocupación por que ello pueda crear un vacío legal que posibilite eludir los requisitos de información. Recomienda realizar una evaluación de esta exención cuando proceda”.

²¹⁷ Se comparten, por tanto, las acertadas críticas de J.M. MIRANDA BOTO “Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español”, en *Temas Laborales*, 2019, n. 149, p. 88.

Es cierto que en la nueva redacción esta regla aparece como derecho dispositivo –queremos suponer que relativo– para los Estados miembros, permitiendo por tanto que estos limiten los desplazamientos excluidos de tales obligaciones de información, y permitiendo, por tanto, otras posibles opciones como esta agregación de diversos y sucesivos desplazamientos a un mismo país de destino²¹⁸. Pero no debe olvidarse que en estos casos la normativa aplicable será en principio la del país de origen, y que es más que razonable suponer que muchos de los países en los que estas reglas serían de mayor interés no estarán interesados –dada su posición frente a anteriores reformas en este ámbito– en expandir una nueva “carga” frente a la libre prestación de servicios de sus empresarios.

8. A modo de conclusión

Tras todo lo ya visto parece evidente la singular atención prestada a esta cuestión por el Derecho de la Unión Europea que lo ha situado casi en el epicentro de la acción normativa social durante estos últimos años.

En general, parece evidente que el hilo conductor de todo este proceso ha sido, como ya señalara en su momento el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones –al hilo de la elaboración de la actual Directiva 2018/957–, la creencia de que una de las condiciones para el correcto funcionamiento del mercado interior de servicios es que la competencia –incluso cuando se trata de situaciones transfronterizas– no debe basarse fundamentalmente en los costes laborales, sino en factores como “la calidad del servicio prestado y la eficacia de la actividad del prestador de servicios”. Una competencia básicamente asentada en las diferencias salariales implica –como recordaba este mismo Comité– el riesgo de presiones salariales a la baja que ponen en peligro a las empresas que no recurren al desplazamiento. De ahí que alcanzar el equilibrio necesario entre el desarrollo y fomento del mercado interior y la protección, no solo de los trabajadores desplazados, sino también de los estándares sociales de los países de origen, sea un reto ineludible para lograr la generalizada aceptación del funcionamiento del mercado interior por parte de los ciudadanos de la UE y, añadimos nosotros, para privar de argumentos a los discursos nacionalistas que ponen en riesgo los logros ya alcanzados –y los que esperamos que alcance– la propia Unión.

Los pasos dados en estos últimos años han sido ciertamente importantes y, sobre todo, claramente inspirados en el intento de evitar que esta posible competencia salarial acabara por convertirse en un auténtico *dumping social* con

²¹⁸ Véase en este sentido la propuesta de J.M. MIRANDA BOTO “Algo de ruido...”, cit., p. 88 quien propugna, creo que con acierto, que el legislador español renunciara a esta exclusión, señalando, además, que no existiría riesgo alguno de conflicto con la libertad de prestación de servicios, al tratarse de una posibilidad prevista por la propia Directiva.

sus consiguientes efectos en la precarización de nuestros mercados de trabajo. Cuestión distinta es si esta nueva batería normativa conseguirá, por un lado, evitar estas nuevas formas de precarización –sin impedir el necesario desarrollo de un imprescindible mercado único interior–, y, por el otro, sobrevivir a las impugnaciones que dos Estados miembros han realizado del instrumento central de todo este proceso –la Directiva 2018/957–, al considerar que, más allá de otras cuestiones concretas, “las obligaciones y restricciones que impone dicha Directiva” son “discriminatorias, innecesarias y desproporcionadas con respecto al objetivo que pretenden alcanzar”²¹⁹; eliminan la “ventaja competitiva que para ellos se deriva de los menores salarios que se abonan en el Estado donde están establecidos”; o, por último, suponen una “discriminación para los prestadores de servicios transfronterizos...”, sin que las mismas estén “justificadas por razones imperiosas de interés general, respeten “el principio de proporcionalidad” o aseguren “unas condiciones de competencia equitativas”.

²¹⁹ Recurso interpuesto el 2 de octubre de 2018 — Hungría / Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea (Asunto C-620/18) (2018/C 427/40)

DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS: SITUACIÓN DE *STATU QUO* SALVO REFORMA DE LOS TRATADOS UE*

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

PROFESOR CONTRATADO DOCTOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

ORCID: 0000-0003-0345-5046

1. Introducción

El estudio que a continuación se presenta parte de la premisa de la intrínseca relación que existe entre lo individual y lo colectivo en Derecho del Trabajo; es más, de la singular función que la unión de intereses de los trabajadores desempeña a la hora de alcanzar unas condiciones laborales dignas que serán disfrutadas por cada trabajador. Desgraciadamente, esta premisa no está ni mucho menos tan clara en el Derecho Comunitario, pues, aunque el art. 151 TFUE se propone objetivos ambiciosos¹, pronto se aprecia que lo primero va a ser siempre el mercado y la competitividad de la economía, quedando “lo social” en un segundo plano. La prueba está en la dispar consideración de los derechos colectivos, según avanzamos en la lectura del Capítulo dedicado a la Política Social: mientras el art. 153.1 TFUE determina una labor de apoyo y complemento de la acción de los EEMM en lo relativo a la “información y consulta a los trabajadores”, así como a la “representación y defensa colectiva de intereses de trabajadores y empresarios, incluida la gestión”, con rapidez se indica la abstención de la propia Unión en lo relativo a “remuneraciones, derecho de asociación y sindicación, derecho de huelga y derecho de cierre patronal”.

La realidad es que la UE ha desarrollado fundamentalmente la representación de los trabajadores en la llamada empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria, en la sociedad anónima europea, y en las empresas de trabajo temporal (o “de trabajo interino”, en algunas versiones en español de

* Este trabajo es resultado de los Proyectos “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: Desigualdad, precariedad y exclusión social” (RTI2018-098794-B-C31) y “Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social” (FEDER18-1264479 y US-1264479). Igualmente, se vincula al Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía “SEJ103: Europe Labour Research Group”.

¹ “el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo adecuado y duradero y la lucha contra las exclusiones”.

textos internacionales y comunitarios)². En cambio, no ha hecho lo propio con los restantes derechos colectivos, particularmente la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. Y esto queda igualmente confirmado en el objeto de nuestro estudio, pues la presencia de los derechos colectivos resulta pírrica en las Directivas 96/71 y 2014/67³, pudiéndose observar que ni siquiera en materia de representación se llega a hacer mención de lo previsto para los supuestos de cesión de trabajadores por ETT en la Directiva 2008/104, algo que se podría haber realizado aprovechando la reforma acometida por la Directiva 2018/957.

El conocido desencuentro en la jurisprudencia comunitaria entre el derecho fundamental de huelga y las libertades de prestación de servicios y de establecimiento, con saldo a favor de las últimas, ha sido intensamente criticado por la doctrina iuslaboralista nacional y comunitaria. Algunas de esas críticas se han centrado en que los pronunciamientos del llamado “Cuarteto Laval”⁴ terminan actuando sobre la configuración del derecho de huelga pese a que el art. 153.5 TFUE señala explícitamente la abstención de toda interferencia en el mismo por parte de las Instituciones de la UE. Otras se han dirigido, en cambio, a procurar resituar el derecho social y el económico en pie de igualdad, recurriendo a la asunción por la propia UE de la Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Social Europea (en adelante: CSE) y los Convenios OIT núms. 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva, respectivamente⁵. Igualmente criticado fue en su momento el intento de

² Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre (hoy Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo) sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria; Reglamento 2157/2001 y Directiva 2001/86, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y se completa dicho Estatuto en lo que se refiere a la implicación de los trabajadores, respectivamente; arts. 7-8 Dir. 2008/104, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

³ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios; y de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE y por la que se modifica el Reglamento n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IML»), respectivamente. La primera de ellas fue reformada por la Directiva 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018.

⁴ Asuntos C-341/05 *Laval*, C-438/05, *Viking*, C-346/06 *Rüffert* y C-319/06 *Comisión contra Luxemburgo*.

⁵ IOSSA, A., (2011), “Protecting the right to collective action and to collective bargaining: developments and new perspectives at European and international levels”, y BÜCKER, A., DORSSEMONT, F., WARNECK, W., (2011), “The search for a balance: analysis and perspectives”, ambos en AA.VV., *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert* (A. Bucker, W. Warneck, Eds.), Nomos, Germany, pp. 245 y 315 y ss., respectivamente; BUSBY, N., y ZAHN, R., (2016), “Collective labour rights in EU and International Law: Consolidation, reconciliation and beyond?”, en AA.VV., *The Future Regulation of Work. New Concepts, New Paradigms* (D. Brodie, N. Busby, R. Zahn, Eds.), Palgrave, UK, pp. 125

conciliación que planteó la Propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, conocido como “Monti II”, que fue retirada ante la desaprobación de numerosos EEMM.

Tras esta necesaria ubicación contextual, la tesis que me propongo defender es que esa pretendida disección entre el interés laboral individual y el colectivo solo puede ser aparente; o, dicho de otro modo, que no resulta posible, pese a lo que el TFUE y el TJUE pretenden, actuar sobre las condiciones laborales individuales dejando al margen a la autonomía colectiva y todo lo que esta supone. La razón teórica es conocida: el conflicto colectivo resulta un instrumento necesario para alcanzar mejores condiciones de trabajo. Y todo Estado de libertades –o un conjunto de estos– que se considere “social” no puede menos que reconocer a los trabajadores el derecho fundamental de huelga, para cuyo ejercicio sus representantes y, especialmente, los sindicatos desempeñan un papel decisivo. El propio Derecho Comunitario contiene referencias que cuestionan la total separación, pudiéndosele reprochar una cierta incoherencia interna. Así, por ejemplo, cuando el art. 153.1 TFUE se refiere a la labor de ayuda y complemento en materia de “defensa colectiva de intereses de trabajadores”, ¿cómo puede prescindirse de la libertad sindical y del recurso a la huelga? O cuando el art. 1 bis Directiva 96/71 indica que la misma no va a afectar a los derechos de huelga, negociación colectiva y otras acciones colectivas, que se regirán por lo establecido por los Derechos nacionales, ¿podrá estar pensando en un aislamiento de los mismos como ámbito inmune a la actuación legislativa y jurisprudencial de la UE? Decididamente, no⁶. Y la prueba más evidente de ello lo constituye no solo el acervo de jurisprudencia comunitaria que sometió el derecho de huelga a la prevalencia de las libertades económicas, sino las consecuencias legislativas que de ella se derivaron, como la emblemática Ley *Laval* sueca, que supuso una intensa reducción de dicho derecho fundamental⁷.

y ss.; y ZAHN, R., (2017), *New Labour Laws in old Member States. Trade Union Responses to European Enlargement*, Cambridge University Press, New York, pp. 276-277.

⁶ De opinión similar es MAZUYER (2018): “l’impact de certaines décisions sur les limites du droit de grève demontre, qu’en réalité, peu de domaines échappent à l’influence européenne. Ce n’est pas une nouveauté. On peut revenir aux origines de la politique sociale européenne et au paradoxe endémique qui veut que compétence n’engendre pas forcément action et qu’incompétence ne signifie pas inaction” (“Les compétences-frontières de L’Union Europeenne en matiere sociale: quels moyens d’action pour les Etats membres et les partenaires sociaux europeens?”, en AA.VV., *Cahiers Européens n° 11. Les frontieres de L’Europe sociale* (S. Barbou des Places, E. Pataut, P. Rodiere, Dirs.), Pedone, Paris, p. 52).

⁷ Un relato completo de lo sucedido en dicho Estado en RÖNNMAR, M., (2019), “Autonomous Collective Bargaining in Sweden under Pressure”, en AA.VV., *Collective Bargaining and Collective Action. Labour Agency and Governance in the 21 st Century?* (J. López López, Ed.), Hart Publishing, UK, pp. 189 y ss. Para el impacto en otros EEMM (Alemania, Bélgica, Italia, Polonia y Reino Unido): AA.VV., *Reconciling Fundamental Social Rights...*, cit., pp. 45 y ss.

Para dar mayor solidez a esa imbricación de lo laboral en su doble plano –individual y colectivo– realizaré un recorrido de las realidades y aspectos jurídicos que muestran la propia *necesidad* de la regulación de lo colectivo por la UE. Comenzaré con un análisis de las instituciones vigentes en relación con los derechos de información y consulta, en donde la labor comunitaria ha sido más afirmativa y coherente, para, a continuación, ir mostrando la dialéctica jurídica en la que la Unión se ha visto envuelta por su consciente decisión de reducción y contención de los derechos de negociación colectiva y huelga; una opción que la ha conducido a la actual situación de bloqueo cuya reversión se presenta particularmente compleja.

2. Atisbos de negociación colectiva: Comité y Sociedad Europeos

Pese a las dificultades que entraña la disparidad existente entre los ordenamientos de los EEMM⁸, se han conseguido aprobar Directivas relativas a la participación de los trabajadores, tratando de dar respuesta a este derecho laboral en las empresas que superan el ámbito territorial de un único EM. Una participación que va desde la configuración de los denominados “Comités de Empresa Europeos”, en empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, hasta la “implicación” –curioso vocablo que reemplaza al de participación– en las Sociedades, Anónimas o Cooperativas, Europeas. La labor de la UE en este sentido ha sido correcta y supone un primer reconocimiento del derecho de la negociación colectiva, en cuanto que esta es necesaria para alcanzar el acuerdo de constitución de la Comisión Negociadora que dará lugar al nacimiento de un Comité de Empresa Europeo (o European Work Council: EWC) o a la “implicación” que constituirá la base jurídica de una Sociedad Anónima Europea (en adelante: SE)⁹.

⁸ Junto al caso de Alemania, en donde los trabajadores participan de manera intensa en la gestión empresarial (cogestión) se encuentra el del Reino Unido, donde la implicación de los mismos es mínima. En opinión de PONS CARMENA (2016), la limitada ordenación establecida por la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo responde al posible veto británico (*La participación de los trabajadores en la empresa en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 191-192).

⁹ INSA PONCE DE LEÓN (2010) considera que el primer pilar sobre el que se asienta la Directiva 94/45 es “la autonomía colectiva de los interlocutores sociales a nivel europeo”, al permitir el acuerdo –fruto de la negociación– entre la Dirección empresarial y los representantes de los trabajadores para decidir el establecimiento de un EWC o bien un procedimiento de información y consulta alternativo. Igualmente, “al situar la Directiva SE a la autonomía negocial en el centro del sistema da a las definiciones analizadas un carácter abierto, por lo que no pretende agotar su contenido. Partiendo de este planteamiento, los problemas que puedan surgir de la delimitación concreta de las facultades de información, consulta y participación, así como de cualesquiera otras por las que los representantes de los trabajadores puedan ejercer su influencia en las decisiones de la empresa, es asunto que compete, en primer lugar, a las partes implicadas en el correspondiente “acuerdo de implicación”, siendo éstas las que determinen el contenido concreto de los términos estudiados...” (*Los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 148-149 y 259, respectivamente).

Los EWC permiten que las grandes empresas, con sucursales en distintos EEMM, puedan funcionar mejor, desde el punto de vista económico y productivo, al compartir información entre sí y con los representantes de los trabajadores, haciendo estos de transmisores a los trabajadores “de plantilla”. Lo anterior es aplicable, y con más motivo, a la figura de los grupos de empresas de dimensión comunitaria. Sin embargo, ahí se fija “el límite”, pues no parece que estos Comités puedan alcanzar mejoras efectivas en las condiciones laborales de los trabajadores, ya que ni intervienen de forma plena en la toma de decisiones de la empresa –su función se limita a ser informados y consultados–, ni tampoco están llamados a representar a los trabajadores con vistas a alcanzar acuerdos con la Dirección empresarial, pactos estos, en cambio, que sí terminan por influir en la gestión empresarial. Lo anterior, no obstante, debe ser cuestionado, ya que los EWC están participando en la negociación de los Acuerdos Marco Internacionales, que, aunque en términos algo genéricos, llegan a reconocer derechos y condiciones laborales (como la cuantía salarial) a los trabajadores de las empresas firmantes¹⁰. Pese a todo, el reciente *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2009/38* ni utiliza la expresión negociación ni se hace eco de ampliación de competencia alguna¹¹.

Por otro lado, la realidad práctica es que el número de EWC no es elevado, si tenemos en cuenta el número de empresas comunitarias que tienen derecho a designarlos¹². Las razones que explican este fenómeno son variadas y a ellas se

¹⁰ Así lo defiende CANALDA CRIADO (2019), quien menciona como ejemplos el Acuerdo Marco de las Estaciones Remotas Europeas de la empresa Air France-KLM (2013), el Acuerdo Marco firmado con el EWC sobre la reestructuración del Departamento de Ventas para la UE de Daimler Chrysler (2007) o el Acuerdo sobre Comités de Empresa Mundiales firmado entre el EWC de France Telecom y la Dirección (2010) (“European Works Councils and the Convergence of National Collective Bargaining Processes”, en AA.VV., *Collective Bargaining and Collective Action...*, cit., p. 182). También se refieren a esta competencia negociadora, pronunciándose positivamente, SKUPIEN’, D. (2018), “European Works Councils: Problems of Effectiveness”, en AA.VV., *Labour Law and Social Protection in a Globalized World* (J. Pichrt, K. Koldinská, Eds.) Wolters Kluwer, The Netherlands, pp. 85-86; y, entre nosotros, MOLL NOGUERA (2018), quien -remitiéndose a ALES y DUFRESNE (2018), “Transnational collective bargaining: Another (problematic) fragment of the European Multi-level Industrial Relations Systems”, *European Journal of Industrial Relations*, vol. 18/2012, issue 2, pp. 96, 98-99)- comenta que los EWC “son vistos por el empresario como el interlocutor en materia de negociación “natural”, lo que conlleva una legitimidad de hecho (“La negociación colectiva transnacional a nivel de empresa y los comités de empresa europeos”, *RTSS.CEF*, n° 419, p. 25).

¹¹ De 14 de mayo de 2018: “En las empresas multinacionales, las decisiones que afectan a los trabajadores de un Estado miembro son adoptadas a menudo por una dirección central situada fuera de ese Estado miembro. Los comités de empresa europeos contribuyen a crear solidaridad y sinergias entre trabajadores de diferentes Estados miembros, a compartir mejores prácticas y a configurar, comprender y aplicar decisiones sobre las cuestiones transnacionales a las que se enfrenta la empresa multinacional” (II).

¹² “La Directiva refundida (Dir. 2009/38/CE)...no ha frenado la tendencia descendente de creación de dichos comités de empresa europeos. La evaluación reveló que se han constituido en torno a

refiere el *Informe*: “un desconocimiento de las disposiciones legales por parte de los interlocutores sociales nacionales; un cambio de la estructura de la empresa debido a fusiones o adquisiciones; la ausencia de una obligación de constitución de comités de empresa europeos; empresas radicadas en países en los que existe una tradición de diálogo social menos desarrollada; y el periodo para la negociación de los acuerdos de los comités de empresa europeos por parte de los interlocutores sociales”¹³. En mi opinión, y junto a las anteriores, considero que otras dos razones son también relevantes: una, de derecho interno, es el bajo nivel de representación de los trabajadores en las propias empresas nacionales¹⁴, por lo que el objetivo puede carecer de unas bases firmes y sólidas; la otra se refiere a la escasa presencia de los sindicatos en la Directiva, al tiempo que, cuando son mencionados, no se les atribuye una función lo suficientemente consistente¹⁵.

veinte comités de empresa europeos al año...principalmente en empresas con sede en Francia, Suecia y los Estados Unidos” (*Informe... cit.*, IV.B); “En estos momentos, 1.072 empresas poseen un acuerdo vigente mediante el cual se aprueba un EWC, lo que representa poco más del 50% de las 2.048 empresas de dimensión comunitaria identificadas por el ETUI (Instituto Sindical Europeo)” (DÍAZ, D., PRIETO, J., y DE LA PUEBLA, A., (2015), “Los instrumentos de gestión laboral transnacional: una visión desde la perspectiva de las relaciones colectivas”, en AA.VV., *El Derecho español del siglo XXI en una economía globalizada*, La Ley y Baker&Mckenzie, Madrid, p. 644. Los datos que ofrece dicho Instituto en 2019 elevan los EWC a 1.151, lo que supone dos más que en 2.018, pero no se indica el número de empresas poseedoras de los requisitos necesarios para constituir dicho órgano (<http://www.ewcdb.eu/stats-and-graphs>).

¹³ *Informe...cit.*, IV.B. En cuanto a la comprensión del último motivo, GORDO GONZÁLEZ (2019) aporta algo más de luz: “Las negociaciones, que estarán presididas bajo el espíritu de colaboración para tratar de alcanzar un acuerdo, se podrán desarrollar a lo largo de un plazo máximo de tres años, pasados los cuales se aplicarán las disposiciones subsidiarias previstas por el Estado en el que se encuentre o se presuma que se sitúe la sede central de la empresa, que deberán respetar a su vez las normas subsidiarias previstas en la Directiva. El periodo máximo concedido por la Directiva para desarrollar negociaciones de constitución del Comité de Empresa Europeo es demasiado largo y facilita que bajo su excusa se prorroguen espuriamente las negociaciones del Comité de Empresa Europeo en la empresa o grupo de dimensión comunitaria. Para solucionar esta distorsión del procedimiento de negociación sería aconsejable que el legislador comunitario redujera este periodo a 18 meses, periodo que, por otra parte, es el tiempo medio que tarda en constituirse un Comité de Empresa Europeo”. El autor nos informa de que las Organizaciones Sindicales europeas vienen reclamando –desde mayo 2008– que el periodo de negociación se reduzca a un año (*La representación de los trabajadores en las empresas transnacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 191-192 y nota nº 492 al pie de la última p. indicada).

¹⁴ La recíproca influencia entre el funcionamiento práctico de los EWC y el nivel de las relaciones industriales de cada país y de cada empresa es subrayado por CANALDA CRIADO (2019), quien comparte la opinión de DE SPIEGELAERE (2016) cuando sostiene que “trabajadores, sindicatos y empresarios ponen más interés en organizar un EWC en aquellos países que tienen un nivel más elevado de derechos de información y consulta” (“European Works Councils...”, *cit.*, p. 172; La obra de DE SPIEGELAERE es *Too Little, Too Late? Evaluating the European Works Councils Recast Directive*, ETUI, Brussels, p. 30).

¹⁵ GORDO GONZÁLEZ, L., (2019), *La representación de los trabajadores...*, *cit.*, p. 161. El Considerando 27 de la Directiva se refiere a una posible labor “de apoyo” a los representantes de los trabajadores por parte de las organizaciones sindicales competentes. CANALDA (2019) nos

Desde el punto de vista del trabajador desplazado, lo más habitual será que su empresa carezca de dicho órgano representativo, o que –de existir– el escaso número de reuniones anuales con la Dirección no le reporte especiales ventajas. Lo que sí le puede resultar de interés, en todo caso, es que la comunicación tanto con la empresa contratista –cuyos delegados de representación obrera son ajenos a él– como con la suya propia –y aquí será decisivo la voluntad de la empresa de origen de facilitar el canal adecuado– sea lo más fluida y eficaz posible.

En cuanto a la SE, esta es concebida con carácter facultativo por el legislador comunitario, si bien tal decisión va a conllevar necesariamente la negociación de cómo se va a llevar a cabo la “implicación” de los trabajadores en la misma, pues de lo contrario no se podrá registrar la sociedad. Tal término (“implicación”) –que podría rápidamente conducirnos a suponer una cogestión empresarial a lo alemán– es definido con un alcance menor por la Directiva 2001/86: “la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”¹⁶. También resulta de interés lo que la Directiva entiende por “participación”: “la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante: a) el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad; o b) el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los

ofrece un interesante ejemplo práctico al señalar que los EWC constituyen una organización de máxima importancia cuando en una misma empresa o grupo convergen trabajadores de distintas culturas y que ahí los sindicatos internacionales, como UNI Europa, pueden desempeñar un papel fundamental designando coordinadores que formen a los integrantes de las comisiones negociadoras de constitución de EWC para que conozcan las diferencias de la legislación y sistema de relaciones industriales existentes a nivel nacional y puedan así conformar un interés común que satisfaga los intereses de los trabajadores de los distintos países implicados (“European Works Councils...”, cit., p. 179).

¹⁶ Art. 2.h). ESCUDERO RODRÍGUEZ (2015) observa que se utiliza “una fórmula deliberadamente elástica a fin de garantizar la participación de los trabajadores en ciertas decisiones empresariales, pero es claro que ello no implica que se imponga, directamente, el derecho de veto o la cogestión, sin perjuicio de que uno y otra puedan admitirse por parte de un determinado Estado miembro. Son posibles, pues, otros mecanismos más tenues y menos incisivos de influencia de los trabajadores en dichas decisiones” (“Fundamento y alcance de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas y en las fusiones transfronterizas intracomunitarias”, AA.VV., *Las modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles* (A. Rojo, A. B. Campuzano, L. J. Cortés, A. Pérez Troya, Coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, p. 726). Por su parte, INSA PONCE DE LEÓN (2010) considera que en la expresión “cualquier otro mecanismo”, que la Directiva no precisa, “podemos entender incluidos también los sistemas de negociación de convenios colectivos (“collective bargaining”), de solución de conflictos, o de fiscalización o vigilancia. Por el contrario, si bien el texto comunitario no lo dice expresamente, parece que quedan excluidas para tal fin la adopción de medidas de conflicto colectivo” (*Los derechos de implicación...*, cit., p. 257).

miembros del órgano de administración o de control de la sociedad”. Pese a todo, si bien la información y consulta a los representantes de los trabajadores deben quedar, en todo caso, garantizadas, no ocurre lo mismo con la participación, pues “al descansar la Directiva sobre el principio de respeto de los derechos adquiridos, en el caso de que los trabajadores de las sociedades fundadoras no tuvieran establecido un régimen de participación en los órganos de su propia sociedad, la SE sí que podría ser registrada sin la adopción de unas normas de participación, al contrario de lo que ocurre con la información y consulta, que siempre deberán quedar garantizadas”¹⁷.

Como observa PONS CARMENA, la iniciativa negocial de la parte empresarial y su puesta en marcha con el banco social es en esta figura esencial. Además –sigue señalando esta autora– conviene tener presente que en las disposiciones para constituir el órgano de representación de los trabajadores cuando las negociaciones han sido infructuosas, aparece el término “acuerdo” entre el órgano empresarial directivo y el de representación en materia de circunstancias extraordinarias que afecten a la empresa; algo singular si tenemos en cuenta lo limitado de los planteamientos comunitarios de los derechos de participación. En la práctica, parece que la mayoría de SE constituidas son meras tenedoras de acciones, sin trabajadores a su servicio, por lo que la repercusión de estos derechos participativos queda muy limitada¹⁸. Pese a todo, la doctrina

¹⁷ INSA PONCE DE LEÓN, F.-L., (2010), *Los derechos de implicación...*, cit., pp. 256-257. Este autor remite al Considerando 8 de la Directiva 2001/86 para hacer ver que la participación queda como opcional. También invita a pensar en ello el art. 4.2.a) de la propia Directiva, relativo al contenido del acuerdo de implicación, que señala la información y consulta –sin mencionar la participación– como derechos obligatorios del órgano de representación de los trabajadores. En su opinión, la “participación” constituyó la cuestión más espinosa entre los Estados para aprobar la Directiva; de ahí que se prefiriera el término “implicación”, y que se llegara a un acuerdo de mínimos donde tuvieran presencia la información y consulta, dejando la participación a lo que se acordara por parte de cada SE (pp. 244-245 y 257-258).

¹⁸ (2016), *La participación de los trabajadores...*, cit., pp. 204-205, 238-239; “(desde 2007) se han creado cerca de dos mil Sociedades Anónimas Europeas y, de ellas, cerca del 70 por 100 en la República Checa y en Alemania. Es muy significativo el hecho de que la mayoría de estas empresas lo han hecho como sociedades tenedoras de acciones, es decir, que no tienen empleados y, por tanto, las complicadísimas normas sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea carecen de aplicación. Así, según datos de ETUI de marzo de 2014, únicamente un 14 por 100 de las Sociedades Anónimas Europeas registradas (unas 289) pueden considerarse “SE normal”, con más de 5 trabajadores y con actividad comercial de algún tipo” (p. 321). Esta última cifra aumenta a 534 en el *Informe* de CARLSON, A., de fecha 12 de marzo de 2018, siendo Chequia, Dinamarca y Eslovaquia los Estados con mayor número de estas Sociedades domiciliadas (<http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Latest-developments>). En cuanto a la implantación de sistemas de implicación de trabajadores, PONCE RODRÍGUEZ (2018) –a partir de datos proporcionados por ETUI de octubre 2017– observa que “de casi 2.800 SE, alrededor de 2.600 no contaban con ningún sistema específico de implicación de los trabajadores...En concreto, del total de SE, 132 contaban exclusivamente con acuerdos de derechos de información y consulta y 67 con derechos de participación”, lo cual “resulta...tremendamente llamativo”. Y añade: “Centrándonos específicamente en el caso

valora también la intención última de esta “implicación”, que va ligada a corresponsabilizar a los trabajadores en la marcha de estas sociedades¹⁹.

La última intervención normativa con repercusión en los derechos de representación de los trabajadores viene constituida por la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), cuyos rasgos son muy similares a los de la SE, si bien merece la pena destacar, como diferencias, la posibilidad de participación de los representantes en la Asamblea General o en la Asamblea de Sección o Sectorial, propias del mundo cooperativista, así como un planteamiento más vinculado con las legislaciones nacionales en cuanto a la implicación de los trabajadores cuando se trate de SCE integradas exclusivamente por personas físicas o por estas y una sola entidad jurídica, que den empleo a menos de cincuenta trabajadores o un número superior pero en único EM²⁰. La implantación de estas SCE es ciertamente residual en la práctica, como indica PONCE RODRÍGUEZ a partir del estudio de estadísticas proporcionadas por ETUI²¹. El mismo autor se une al listado de causas señalado por GONZÁLEZ BEGEGA y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ para explicar la escasa utilización tanto de las SE como de las SCE: a) Gran complejidad para constituir las o crearlas, que no se compensa mediante ventajas o incentivos adecuados; b) recelo de ciertos EEMM con un sistema de gestión societaria monista hacia fórmulas de implicación de los trabajadores que suponga acceso a la información e, incluso, a la composición del órgano de administración o de control; y c) escaso papel de los sindicatos que tampoco ven en estas Sociedades una fórmula idónea para sus intereses²².

español, se puede afirmar sin duda que la SE y la SCE tienen un carácter absolutamente marginal: solo existen 2 SE con domicilio social en España, las cuales, además, originariamente fueron establecidas en terceros países y trasladaron su domicilio social a España con posterioridad. En el pasado, tampoco ha habido muchas más en España; por ejemplo, en marzo de 2013 constaban solo 3 SE y 2 SCE” (“La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea y Sociedad Cooperativa Europea”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* (M^o. E. Casas Baamonde, R. Gil Alburquerque, Dirs.), Lefebvre-El Derecho, Madrid, pp. 1106-1109).

¹⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (2015), “Fundamento y alcance de los derechos...”, cit., pp. 720-721.

²⁰ Arts. 9 y 8.2, respectivamente, Directiva 2003/72, de 22-7-2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de trabajadores. A estas diferencias se refieren LUJÁN ALCARAZ, J., (2008), “La participación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea”, en AA.VV., *La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España* (R. Alfonso Sánchez, Dir.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pp. 524-525; y PONCE RODRÍGUEZ, S., (2018), “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 1104.

²¹ PONCE RODRÍGUEZ, S., (2018), “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 1106.

²² PONCE RODRÍGUEZ, S., (2018), “La implicación de los trabajadores...”, cit., pp. 1107-1108. La obra a la que se remite de GONZÁLEZ BEGEGA, S., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., (2014), es “La Sociedad Anónima Europea (SE). Una evaluación desde la perspectiva de la implicación de los trabajadores”, *RMEySS*, n^o 111.

3. Ausencia y presencia de los derechos colectivos en la Directiva y en las leyes nacionales de transposición

Como ya se ha adelantado, la Directiva que se refiere al desplazamiento de trabajadores es la 96/71, que fue reformada recientemente por la Directiva 2018/957. Existe también la Directiva 2014/67, cuyo objetivo es contribuir a la mejor aplicación de la mencionada en primer lugar, de manera que su contenido y pervivencia es autónomo, pues no se trata de una mera Directiva de reforma. Por tanto, en este apartado me referiré bien a la 96/71 en su versión actual bien a la 2014/67.

Los artículos 1º de ambas incurren en la premisa errónea que se ha denunciado en el apartado introductorio de este estudio, consistente en pretender establecer una línea de separación entre las condiciones individuales de los trabajadores desplazados y sus derechos colectivos, en sintonía con lo previsto en el TFUE. Me reitero en la crítica que también adelanté: no considero compatible sostener que su objetivo sea garantizar “la protección de los trabajadores desplazados... estableciendo disposiciones obligatorias sobre las condiciones de trabajo y la protección de la salud y la seguridad”, con realizar dicho cometido sin afectar “en modo alguno...al derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones”, derechos que –dicho sea de paso– se califican como fundamentales, ni “al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas”, que se consideran derechos ordinarios. Y ello desde el punto y hora de que la Directiva decide respetar, luego asumir, la autonomía colectiva “doméstica”, pues las condiciones laborales aplicables a los trabajadores desplazados podrán ser las contenidas en convenios colectivos de eficacia universal o asimilados a estos.

Es cierto que la norma comunitaria no tiene como fin primario establecer un sistema de negociación colectiva europea; no pretende, en este sentido, alcanzar una homogeneidad en “lo colectivo”. Su objetivo es hacer frente al *dumping social*, evitando que las empresas de los EEMM de mejor posición económica decidan subcontratar con empresas cuya ley laboral les permita “vender” su mano de obra a un menor coste, repercutiendo esto en la contabilidad de la empresa principal. Se trata de evitar el recurso a trabajadores de otros Estados “más baratos” que los propios nacionales. Pero cuando, para ello, determina que al trabajador desplazado le será de aplicación el salario mínimo determinado por la ley del Estado de destino o por el convenio colectivo universal, sí está, en forma no menor, interviniendo en el Derecho interno, al obligar –si se quiere luchar en el ámbito doméstico frente a esa mano de obra ajena y barata– a que la ley nacional determine ese salario mínimo y a que los convenios que lo mejoren para un determinado sector o actividad puedan ser calificados de “universales” por el TJUE. Y esto fue así precisado en el conocido Cuarteto *Laval*, en el sentido de no reconocer como vía alternativa en la lucha

contra el *dumping social* la presión ejercida sobre la empresa subcontratada para que se adhiriera al convenio colectivo aplicable a la empresa principal, incluyendo la huelga como medida de presión.

La respuesta dada por el TJUE provocó, por ejemplo, la modificación de la ley sueca de transposición de la Directiva –conocida como Ley *Laval*²³–, con un planteamiento restrictivo del ejercicio del derecho de huelga; si bien, posteriormente, se suavizaría esa restricción a resultas de una cierta mentalización de la Comisión sobre la necesidad de no ahogar definitivamente los derechos sociales²⁴, impulsada por el frustrado Reglamento Monti II²⁵ y lo que quedó de él, particularmente en la Directiva de 2014 y en la más reciente Directiva 2018, que incorpora la cláusula de defensa de la autonomía colectiva interna²⁶.

La estructura de las Directivas 96/71 y 2014/67 es un tanto desconcertante, pues, si bien parecen atender el problema de los derechos laborales mínimos de los trabajadores desplazados tanto por empresas en general como por las específicamente suministradoras de mano de obra (ETT) de un EM a otro –que a mi juicio es donde surgen las situaciones verdaderamente problemáticas–, lo que se comprueba es que: a) se trata de un instrumento que el legislador europeo

²³ El Gobierno sueco designó en 2008 un Comité de expertos para que llevara cabo la reforma de la Ley sobre desplazamientos de trabajadores. Posteriormente, se aprobó la Ley *Laval* que entró en vigor el 15 de abril de 2010. ZAHN, R., (2017), *New Labour Laws in old Member States: Trade Union Responses to European Enlargement*, Cambridge University Press, New York, p. 114.

²⁴ La Ley *Laval* fue reformada en 2017 con el objetivo de reforzar el sistema sueco de negociación colectiva y la protección de los trabajadores desplazados. RÖNNMAR, M., (2019), “Autonomous Collective Bargaining...”, cit., p. 199.

²⁵ Propuesta de Reglamento del Consejo, de 23 de marzo de 2012, sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52012PC0130>.

²⁶ Art. 1.2 Reglamento Monti II: “El presente Reglamento no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluidos el derecho o la libertad de hacer huelga o de adoptar otras medidas contempladas en los sistemas específicos de relaciones laborales de los Estados miembros de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales. Tampoco afectará al derecho a negociar, celebrar y garantizar el cumplimiento de convenios colectivos y a adoptar medidas de conflicto colectivo de acuerdo con las legislaciones y prácticas nacionales”. Art. 1.2 Directiva 2014/67: “La presente *Directiva* no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a nivel de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de *emprender otras acciones* contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de acuerdo con el *Derecho* o las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y *hacer cumplir* convenios colectivos y adoptar medidas de conflicto colectivo de acuerdo con el *Derecho* o las prácticas nacionales”. Las cursivas son mías e indican las pequeñas diferencias que pueden apreciarse entre uno y otro texto. Se hace también eco de esta falta de originalidad del art. 1.2 Dir. 2014/67 GÁRATE CASTRO, J., (2019), “La modificación de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957: una mejor solución entre la libre prestación de servicios y la protección sustantiva del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 11, pp. 1067-1068.

construye al hilo de lo que ya tenía avanzado precisamente para estas últimas en los años ochenta del siglo pasado, aunque la Directiva que se dedicará a ellas será bastante posterior en el tiempo (2008); y b) el planteamiento aplicable a los trabajadores cedidos por las ETT se hace extensivo a otras empresas de corte claramente diverso, por no limitarse su objeto empresarial a la mera puesta a disposición, pero con la finalidad no tanto de protegerlos a ellos sobre peligros inexistentes, sino para evitar el *dumping social*. Además, hay frecuentes referencias a los “interlocutores sociales”, pero de modo tan genérico que no se sabe a ciencia cierta quiénes son estos en cada una de esas menciones. De todo el articulado de la Directiva de reforzamiento, es en materia de legitimación para la defensa de derechos donde cabe apreciar un espacio claro al papel del sindicato –muy probablemente, además, la única vez en que es mencionado en las dos Directivas–²⁷.

Si volvemos a situarnos en el concreto trabajador desplazado –vinculado a una ETT o a la empresa contratista correspondiente–, la situación de sus derechos colectivos puede ser la siguiente:

a) Los derechos colectivos se reconocen por la legislación del Estado de origen, son adecuados y pueden ser ejercidos por los trabajadores desplazados;

b) el Estado de origen carece o posee un elenco deficitario de derechos colectivos, lo cuales, contrastados con los del Estado de destino, mencionados en la ley de transposición de la Directiva, son inferiores y menos ventajosos que estos; o

c) la misma situación descrita en b) pero, en este caso, sin mención alguna de esos derechos en la ley de transposición del Estado de destino.

En la primera de las opciones no habría nada que objetar, pues lo lógico es que los trabajadores canalicen sus reclamaciones, también las que guarden relación con la actividad subcontratada, a través de su empresa principal. Las otras dos, b) y c), obligan a plantearnos dos cuestiones: a) cuál es la ley laboral aplicable al trabajador desplazado; y b) si los derechos colectivos pueden ser mencionados por las leyes nacionales de transposición e integrar así el llamado “núcleo duro” de condiciones laborales mínimas a respetar en la situación de desplazamiento (las mencionadas en el art. 3 Dir. 96/71).

²⁷ Art. 11.3 Directiva 2014/67: “Los Estados miembros garantizarán que los sindicatos y otras terceras partes, como asociaciones, organizaciones y otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en su Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de la presente Directiva y de la Directiva 96/71/CE, puedan iniciar, en nombre o en apoyo de los trabajadores desplazados o de sus empleadores, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo con el fin de implementar la presente Directiva y la Directiva 96/71/CE y garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de ambas normas”.

En cuanto a lo primero, el Reglamento CE 593/2008, de 17 de julio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante: Reglamento Roma I), señala en su art. 8.1 que esta será “la ley que elijan las partes”, si bien dicha elección no podrá suponer privar al trabajador de la protección dispensada por las opciones siguientes: 1ª) “la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente”, con la matización de suma importancia para nuestro estudio de que “no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país” (art. 8.2); 2ª) ante la imposibilidad de aplicar la regla anterior: “la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”²⁸ (art. 8.3); y 3ª) con preferencia a las dos reglas anteriores: “si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto..., se aplicará la ley de ese otro país” (art. 8.4). Como puede observarse, no hay una única opción, lo que dota a esta primera cuestión de una complejidad propia²⁹. Además, si, una vez determinada dicha ley, nos encontramos con que el Estado de destino posee una normativa, en su conjunto, más favorable, en el elenco de condiciones de trabajo enunciado por el art. 3.1 Directiva 96/71, parece que surge el deber de descartar la primera en favor de la

²⁸ Para RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., (2017), “puede ocurrir, no obstante, que dicha relación (laboral con la empresa de origen) se suspenda mientras dura el desplazamiento y puede ocurrir que sea necesario celebrar un contrato en destino; en cualquier caso, cómo se articule contractualmente este desplazamiento temporal no debe llevar a alterar la ley aplicable al contrato que seguirá siendo la del país de origen en cuanto siga siendo el lugar habitual de servicios” (*Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero: Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, p. 65).

²⁹ MOLINA MARTÍN, A. M., (2010), tras analizar con detenimiento el art. 8 Reglamento Roma I, sostenía: “En supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores, en conclusión, sus elementos definitorios conducen a determinar como Derecho aplicable el del país de origen. El Derecho aplicable es el del país de origen por tratarse del lugar de trabajo habitual, y, si es que no es posible determinar el lugar de trabajo habitual, lo es por estar ubicado allí el establecimiento del empleador contratante. Sólo cabría, por tanto, desplazar la aplicación del Derecho del país de origen en el caso –poco probable– de que el contrato presentara vínculos más estrechos con otro Estado o si existiera un pacto –más factible– de elección de ley aplicable de acuerdo con las condiciones establecidas en el art. 3 del Reglamento Roma I, como antes en el art. 3 del Convenio de Roma. Ahora bien, en el supuesto de que las partes ejercieran su autonomía conflictual, la ley de origen no desaparecería de la esfera jurídica de la relación de trabajo, pues el art. 8 del Reglamento Roma I, como antes el art. 6 del Convenio de Roma, dispone que la elección del Derecho aplicable no puede tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable en defecto de elección. No ha lugar a dudas, por tanto, de que la fuerza centrípeta del Derecho del país de origen es notoria” (*La Movilidad Geográfica Internacional de Trabajadores: Régimen jurídico-laboral*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 161-162).

segunda³⁰. No es tampoco esta, como podrá deducirse sin dificultad, una cuestión baladí ni hay consenso al respecto³¹.

En cuanto a la posibilidad de que los derechos colectivos integren el “núcleo duro” de la Directiva 96/71, las dos posturas posibles se enfrentan claramente: bien entender que la Directiva es una norma de mínimos, por lo que cabe la inclusión de dichos derechos, o, al contrario, considerar que se trata de una norma de máximos, por lo que las leyes de transposición que los mencionen se deberán considerar nulas en este punto. Es más, si se afina aún más en la respuesta, surge la duda de si resulta posible una mezcla de legislaciones, optando siempre “por lo más favorable” y construyéndose así una legislación *ad hoc*. Esta última opción parece claramente descartable.

En cuanto a lo primero, la tesis que entiende la Directiva como elenco de máximos se apoya en el argumento de no considerar los “derechos colectivos” como “condiciones de trabajo y empleo” –expresión literal del art. 3– ni tampoco como “disposiciones de orden público” de libre de adopción por los EEMM³², pues la jurisprudencia del TJUE ha optado por una interpretación estricta de dicho precepto, exigiendo que se trate de disposiciones cuyo objetivo sea detener “una amenaza real y muy grave, por afectar a algún interés social fundamental”³³. En mi opinión, ambos reparos pueden ser cuestionados, pues el

³⁰ Siendo dichas condiciones: tiempo de trabajo, duración de las vacaciones, cuantías del salario mínimo incluidos incrementos por horas extraordinarias, condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos (en particular por parte de ETT), condiciones de seguridad y salud, medidas de protección respecto de trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, niños y jóvenes, disposiciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, condiciones de alojamiento, reembolsos de gastos de viaje, alojamiento y manutención. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, (2017), *Desplazamiento y traslado de trabajadores...*, cit., p. 80.

³¹ Véanse las reflexiones de MOLINA MARTÍN, (2010), en diálogo con la jurisprudencia comunitaria, en *La Movilidad Geográfica...*, cit., pp. 160-190.

³² Art. 3.10 Dir. 96/71.

³³ Asunto 319/06, Comisión vs Luxemburgo, apdo. 50: “si bien los Estados miembros siguen pudiendo determinar libremente, en lo esencial, de conformidad con sus necesidades nacionales, las exigencias de orden público, no obstante, en el contexto comunitario y, en particular, como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, dicho concepto debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las Instituciones de la Comunidad Europea (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02, Rec. p. I-9609, apartado 30). De ello se deriva que el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véase la sentencia de 14 de marzo de 2000, *Eglise de scientologie*, C-54/99, Rec. p. I-1335, apartado 17)”. Y es que, como explica VAN HOEK (2018), “Bélgica, Francia y Luxemburgo califican la mayor parte de su Derecho del Trabajo como Normas de Orden Público. Esto se apoya en el hecho de que en dichos Estados los incumplimientos laborales son, por lo general, sancionados penalmente” (“La re-integration de la relation transfrontaliere de Travail. Les propositions de revisión de la Directive Detachement peuvent-elles tenir leurs promesses?”, en AA.VV., *Cahiers Européens n° 11. Les frontières...*, cit., pp. 228-229. La obra de VAN HOEK (2018)

reconocimiento o no de los derechos colectivos afecta sin duda al modo de realizar el trabajo convenido, y tampoco veo una especial dificultad en entender que los mismos detienen la amenaza real y grave contra la dignidad de los trabajadores desplazados que puede suponer el ejercicio del poder empresarial de modo arbitrario. Además, parece difícil evitar que las leyes de transposición decidan lo que les parezca más adecuado en este punto. De hecho, se encuentran regulaciones de todo tipo, bastante identificadas con la propia realidad nacional del EM, cuya aplicación práctica resulta difícil de aprehender por quien no está acostumbrado a ese Derecho particular. De entre los Estados consultados, Suecia, principal implicado en *Viking* y *Laval*, es el que presenta una regulación más extensa al respecto; por otro lado, España y Francia reconocen sin ambages los derechos colectivos a los trabajadores desplazados. A mi juicio, si de lo que se trata es de evitar el *dumping social*, el reconocimiento de derechos colectivos también parece algo necesario para conseguir ese objetivo de modo más pleno, pese al distanciamiento que la Directiva pretende. Otra perspectiva distinta sería la consideración de los derechos de acción colectiva como derechos universales, pero sobre esto me pronunciaré *infra*. Una ligera aproximación a lo dispuesto por algunas de estas leyes de transposición nos ofrece el panorama que paso a describir.

La ley española menciona la libre sindicación y el derecho de huelga; además, indica que los representantes de los trabajadores desplazados “que ostenten tal condición de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, podrán ejercer acciones administrativas o judiciales en los términos reconocidos a los representantes de los trabajadores por la legislación española”, y extiende tal condición a “los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias y de las empresas que reciban en España la prestación de servicios de los trabajadores desplazados..., con independencia del lugar en que radique la empresa de trabajo temporal o la empresa prestataria de los servicios”³⁴. En Francia, el art. L1262-4, 1º y 5º Código de Trabajo señala la aplicación de la ley francesa a los trabajadores desplazados a este país en lo que se refiere a las libertades colectivas vinculadas a la relación de trabajo, así como al ejercicio del derecho de huelga³⁵.

se corresponde con la versión inglesa (2018), si bien revisada, publicada con el título “Re-embedding the transnational employment relationship: A tale about the limitations of (EU) law?”, *Common Market Law Review*, nº 55, vol. 2).

³⁴ Art. 3.1.h) y DA 3ª Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

³⁵ Las disposiciones francesas relativas a estas libertades y al derecho de huelga fueron, en su momento, calificadas por MARTIN (2011) como Normas de Orden Público, asumiendo que la interpretación de este concepto por el Derecho francés no parece conforme con la propia de la jurisprudencia comunitaria, mencionando en concreto el Asunto C-319/06 (“La Transposición al Derecho Francés de la Directiva 96/71/CE”, en AA.VV., *Desplazamientos Transnacionales de*

Si nos acercamos a otros Estados de la Costa mediterránea, constatamos que en Grecia el Decreto Presidencial 219/2000 sigue a la letra la lista de contenidos del art. 3 Directiva 96/71³⁶, en tanto que, en Italia, el art. 4.1 Decreto Legislativo 17 julio 2016, n. 136³⁷, señala que “a los trabajadores desplazados les serán de aplicación, durante el periodo que dure su desplazamiento, las mismas condiciones de empleo y trabajo que las previstas para aquellos trabajadores que presten servicio en el mismo lugar donde se desarrolle la contrata”³⁸. También es relevante su art. 10.4, pues señala que la empresa que desplace a los trabajadores “tiene la obligación de designar, durante todo el periodo que dure el desplazamiento, a un representante con poderes de representación para que pueda relacionarse con las partes sociales que estén interesadas en promover una negociación colectiva de segundo nivel y que estará obligado a estar disponible en caso de solicitud motivada por dichas partes”.

En un país con frecuente desplazamiento exterior de mano de obra como Polonia, la Directiva se transpone en un nuevo Capítulo del Código Laboral Polaco, titulado “Condiciones laborales de los trabajadores desplazados a la República de Polonia desde otro Estado miembro de la Unión Europea” (arts. 67¹ a 67⁴). No hay mención ni reconocimiento de derechos colectivos. En cambio, tal como señala MITRUS, resulta de interés que el art. 22 Act of 23 May 1991 on Collective Disputes Settlement permita las huelgas de solidaridad hacia trabajadores que carezcan de ese derecho, lo que podría referirse a los trabajadores desplazados; no obstante, en opinión del mismo autor, “es difícil de imaginar que trabajadores desplazados se encuentren privados de tal derecho conforme a la legislación de su Estado de origen”³⁹.

Finalmente, en Suecia, como Estado especialmente implicado en la reciente problemática y disputa sobre la prevalencia de libertad económica o del

Trabajadores. Estudios sobre la Directiva 96/71/CE (J. Gárate Castro, Coord.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 118 y 123).

³⁶ <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2010/greece-posted-workers>; Lampousaki, S., “Greece: Posted workers”.

³⁷ Attuazione della direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»).

³⁸ De modo admonitor sobre los posibles conflictos entre la transposición italiana de la norma anterior a la ahora vigente –Dec. Leg. de 25 de febrero de 2000, n. 72- y la jurisprudencia comunitaria se manifestó en su momento BELLOMO, S., (2011), “La transposición al Derecho italiano de la Directiva 96/71/CE (aspectos conflictivos derivados de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia)”, en AA.VV., *Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores. Estudios...*, cit., pp. 93 y ss.

³⁹ (2014), “Poland”, en AA.VV., *EU Law in the Member States: Viking, Laval and Beyond* (M. Freedland, J. Prassl, Eds.), Hart Publishing, UK, p. 238.

derecho de huelga, se ha de considerar la Posting of Workers Act (1999:678), cuyo art. 7 indica que son aplicables a los trabajadores desplazados a este país los derechos de asociación (libertad sindical en nuestro Derecho) y negociación (colectiva en nuestro Derecho), y remite, por ello, a la aplicación de las Secciones 7, 8 y 10 de la Employment (Co-Determination in the Workplace) Act (1976:580). Si lo dispuesto en dichas Secciones no se respeta, se deberán aplicar las Secciones 54, 55 y 60 de la norma de 1976. El derecho a la negociación colectiva se desarrolla más en la Sección 21 P.W.Act, donde se menciona la posibilidad de que un sindicato desee negociar con un empresario no nacional, en cuyo caso este designará un representante con autorización para negociar convenios colectivos en su nombre. Si dicho convenio se ha negociado y está en vigor, el trabajador desplazado no puede ejercer el derecho de huelga –tampoco el empresario el cierre patronal– ni boycott, ni bloqueo, ni cese en el trabajo, ni acciones colectivas similares, tal como dispone la Sección 41 de la Employment C-D., siempre que el sindicato no haya dado su aprobación para ello y cuando la acción colectiva constituya un incumplimiento del precepto convencional de estabilidad y paz laboral, así como cuando el objetivo de aquella sea: a) Ejercer presión en una situación de discrepancia sobre la validez del convenio, su existencia o su correcta interpretación, o para presionar a favor de una acción individual que sea contraria a lo convenido o a la Ley Employment C-D.; b) reformar el convenio; c) establecer una cláusula que sea aplicable al término del convenio; o d) solidarizarse con quien no está autorizado para ejercer una acción colectiva. Lo dicho no impedirá que los trabajadores tomen parte en un bloqueo autorizado por un sindicato con el objetivo de exigir el justo salario u otra retribución que corresponda al trabajo claramente realizado y sea exigible en justicia.

4. Los derechos colectivos como derechos fundamentales y el frustrado intento de Reglamento Monti II por alcanzar un equilibrio con las libertades económicas

El Cuarteto *Laval* ha puesto de relieve que hay cuestiones de fondo de suma importancia que siguen pendientes de resolver a nivel europeo, y que no son sencillas porque exigen una armonización previa de carácter ideológico entre los EEMM. Me refiero al planteamiento que cada Derecho nacional tenga sobre la propia Economía de Mercado y el mayor o menor intervencionismo del Estado en la misma, lo que exige volver a posicionarse respecto de los clásicos modelos de Estado: liberal, socialista o, incluso, comunista. De esa postura previa va a depender hasta qué punto cada Estado quiera equilibrar la posición del trabajador con la del empresario. Muy vinculada a la anterior, se encuentra la visión sobre lo que debe ser un Mercado Común, donde se produce una mezcla de intereses económicos muy contrapuestos –de Estados más ricos *vs* Estados más pobres–, pero que exige posicionarse, en el ámbito de la

competencia, en una postura liberal o conservadora y garantista de niveles homogéneos de desarrollo y riqueza. En cualquier caso, se debe asumir cuanto antes que las dos no son compatibles. Pues bien, a mi juicio, la UE –en cuanto suma de los veintiocho EEMM– no se ha decidido todavía por imponer con claridad ninguna línea absoluta ni en lo económico ni en lo social, sino que está procurando hacer pequeños avances de unidad, que no produzcan especial rechazo (particularmente de Reino Unido), tratando de conseguir posiciones de equilibrio que son muy difíciles de mantener en el tiempo, pues tarde o temprano se produce la fractura y los pilares quedan erosionados.

Lo anterior se manifiesta, por ejemplo, en el hecho de no tomar partido por decidir qué legislación se le va a aplicar a los trabajadores desplazados. Pues, aunque parece existir consenso en la aplicación del art. 8 Reglamento Roma I, las posibilidades que este ofrece, como se ha visto, son variadas; de hecho, aunque pueda ser la propia del Estado de origen, en cuanto “lugar habitual de prestación de servicios”, la propia Directiva determina la aplicación de normas laborales más favorables del Estado de destino, en una comparación global de ordenamientos –siempre difícil en la práctica–, al tiempo que algunas leyes de transposición de las Directivas, así como de convenios colectivos, determinan el reconocimiento “en bloque” de sus derechos laborales a los trabajadores desplazados, con dudas doctrinales de si esto resulta o no posible. De lo que no parece querer hablar la UE es de conflictos o de huelgas, por lo que ya en su TFUE decide excluir de su competencia lo relativo a la acción colectiva, lo que significa que, en principio, no se va a implicar en la defensa de los trabajadores ante actuaciones empresariales más propias de lo que siempre hemos llamado el “capitalismo salvaje”. Lo peor de todo es que los Estados han aceptado ese silencio en *pro* de un principio de subsidiariedad que se considera aplicable a la acción colectiva, pero que realmente no lo es; porque, ¿cómo abstenerse hoy día, en un mercado internacional de tan intensa actividad y desarrollo, de propiciar un mínimo equilibrio entre libertad económica y derecho a un trabajo digno?

Pese a todo, la situación parecía tranquila –lo que no deja de llamarme la atención– hasta que, tras las sentencias *Viking* y *Laval*, el TJUE opta por la prevalencia de la libertad de establecimiento sobre el derecho de huelga. ¿Debería haber inadmitido la cuestión prejudicial? Yo creo que sí. Pero no lo hizo: se pronunció, falló a favor de la libertad económica y de la restricción del derecho de huelga (a través del test de proporcionalidad, que no es precisamente el “traje adecuado” para un derecho que no entiende por esencia de equilibrio o proporcionalidad en los sacrificios mutuos); y el *statu quo* desapareció.

A partir de aquí, se ha escrito mucho y se ha analizado bastante la cuestión del equilibrio entre libertades económicas y derecho fundamental de huelga, primordialmente a través de dos líneas de actuación:

a) La primera ha intentado conseguir que la huelga recupere su importancia recalcando su carácter de derecho fundamental en distintos Convenios y Tratados Internacionales. Tal rasgo implica que la libertad sindical reúna igualmente la misma condición. Pero, ¿y la negociación colectiva? Aunque pueda haber falta de unanimidad, el carácter de “fundamental” hay que reconocérselo también; como así debe hacerse con el derecho de representación de los trabajadores. Sin uno y otro, la huelga es un derecho incompleto. Más dudoso es si se debe atribuir tal condición al cierre patronal; solo sería aceptable tal opción si se considera como un derecho esencialmente defensivo. Todos ellos, salvo la huelga, exigen una ordenación jurídica, pues aquella viene a ser una exigencia de libertad y de lucha frente a la esclavitud;

b) la segunda se intentó desde la propia UE a través de la llamada Propuesta de Reglamento Monti II, que fue muy criticada y que terminó por ser retirada por la Comisión dada la falta de consenso político para su aprobación.

Merecerá, pues, la pena detenernos un poco más en cada una de las líneas mencionadas.

4.1. Posicionamientos de la OIT y de Órganos judiciales e interpretativos

Suele darse la coincidencia entre los analistas de las SSTJUE *Viking* y *Laval* de que si algo bueno puede extraerse de ambos pronunciamientos es el reconocimiento de la huelga como “derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario”⁴⁰. Lo que no comparten es la primacía que el Tribunal de Luxemburgo otorga a las libertades de prestación de servicios y de establecimiento respecto de dicho derecho.

Lo anterior ha llevado, en primer lugar, a una revisión de los diversos derechos colectivos de los trabajadores: información, consulta, representación, asociación-libertad sindical, negociación colectiva y acción colectiva-huelga; particularmente, analizando si cabe predicar de todos ellos que tienen o no carácter de “fundamentales”. En segundo lugar, se han estudiado los pronunciamientos de otros Órganos que velan (“monitorizan”, sería la traducción del verbo inglés) por el cumplimiento de Cartas y Convenios que rigen también las relaciones jurídicas en el continente europeo, comprobándose que suelen defender los derechos de los trabajadores con mayor ahínco que el TJUE, tratando de encontrar una respuesta a ello y sopesando las posibilidades de que en la UE se impongan también criterios judiciales más favorables a los trabajadores.

⁴⁰ ROCCA, M., (2015), *Posting of Workers and Collective Labour Law: there and back again. Between Internal Market and Fundamental Rights*, Intersentia, Cambridge, UK, p. 225; BUSBY, N., y ZAHN, R., (2016), “Collective labour rights in EU...”, cit., p. 133.

Respecto de lo primero, la conclusión es favorable tanto al carácter fundamental de los derechos colectivos como de las libertades comunitarias (circulación de personas, bienes y capitales; prestación de servicios; ejercicio de actividades económicas; establecimiento). Las segundas están claramente recogidas en el art. 26.2 TFUE⁴¹, en tanto que los primeros aparecen reconocidos en los arts. 12 y 27-28 Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante: CDFUE), que ostenta rango de Constitución tras el Tratado de Lisboa⁴². Quizás donde se demanda una mayor claridad sea respecto del derecho de representación –tan solo implícito en el art. 27 CDFUE– y en relación con los derechos de información y consulta, por ser excesivamente lacónico el art. 27 CDFUE.

En la doctrina, ROCCA observa que la Directiva 2002/14 aporta algo más en relación con la triada representación-información-consulta⁴³, pero no resulta suficiente. De ahí que se vea obligado a recurrir a la CSE, cuyos arts. 21-22 califican sin ambages como derechos la información y consulta. En cambio, el derecho de representación de los trabajadores lo califica como “muy escurridizo y difícil de definir”, no existiendo una calificación como *ius* ni en las Normas internacionales ni en las más vinculadas a Europa. Tampoco el TJUE ha sido lo suficientemente claro en este punto, en opinión del autor anteriormente citado, como se pone de manifiesto en el Asunto C-176/12 *Association de médiation sociale*, donde, en respuesta a una cuestión que consideraba fundamentales los derechos de información y consulta, no se pronunció explícitamente confirmando dicha naturaleza, si bien su silencio pudiera considerarse una confirmación tácita. Sobre la representación no hay indicios en la jurisprudencia comunitaria, pero, pese a todo, en mi opinión la respuesta debe ser favorable a su carácter fundamental, pues, de negarse, tampoco cabría atribuir tal condición al derecho de libertad sindical o al de negociación colectiva, cuya piedra basilar es precisamente el mandato o representación.

La otra cuestión pendiente es por qué se defienden con mayor intensidad los derechos colectivos por parte del TEDH, o del Comité Europeo de Derechos Sociales o del Comité de Expertos de la OIT; y si cabe esperar que el TJUE comience a recorrer una senda similar. Al respecto, conviene tener presente lo que recuerda CHATZILOU, en el sentido de que la UE debe integrar los derechos sociales en un mercado común presidido por intereses económicos, en tanto que el resto de órganos no han de tener tan en cuenta las repercusiones

⁴¹ “El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”.

⁴² Art. 6.1 TUE.

⁴³ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

económicas de sus pronunciamientos⁴⁴. Es más, el perfil social y laboral tanto de la OIT como de la CSE no admite dudas. Más sorprendente puede ser la evolución del TEDH, pues si bien el CEDH es más plural y la acción colectiva no aparece reflejada en su texto de modo explícito, la realidad es que existen pronunciamientos de dicho Órgano que se inclinan más hacia la posición obrera que hacia el poder económico.

Es precisamente en la influencia que el TEDH pueda ejercer sobre el TJUE, así como en el robustecimiento que pueda seguir adquiriendo la CDFUE, a partir también de su vinculación con el CEDH, donde un sector de la doctrina tiene puestas sus esperanzas para una reversión de la prioridad de las libertades sobre los derechos. No obstante, también se observan algunos matices en la confianza que despiertan los distintos órganos mencionados.

Aunque cabría esperar una mayor solidez de la CDFUE como justificación de posturas del TJUE, lo cierto es que no es así, quizás debido a que el desarrollo de un Texto propio dedicado a los derechos, ya sea de los trabajadores ya sea de los ciudadanos de la UE en su conjunto, es bastante reciente –de 1989 y 2009, respectivamente–. Además, como observan BUSBY y ZAHN, la Carta de Derechos Fundamentales de los Trabajadores tenía una utilidad limitada, al encomendar la ejecución de su contenido a los EEMM de acuerdo con sus políticas nacionales. En cambio, la CDFUE sí permitía una ejecución directa en la que estaba llamado a desempeñar un papel trascendental el Tribunal de Luxemburgo, como autorizado intérprete, pero el rol del mismo ha sido confuso en este sentido, pues no ha acudido tanto a esa Carta cuanto a referencias a principios generales de la UE o a otros Textos ajenos al acervo comunitario. De esta forma, y siguiendo a las autoras antes mencionadas: a) los derechos de libertad sindical y acción colectiva, que fueron reconocidos en los Asuntos *Kortner* (1974) y *Maurissen* (1990) como derivados de principios comunitarios generales, vieron su alcance limitado por haberse tratado de pronunciamientos ligados a conflictos entre Instituciones Comunitarias y sus plantillas respectivas de trabajadores, sin recibir por aquel entonces una protección especial, lo que sí hizo en el Asunto *Werhof*, si bien solo en relación con la libertad sindical y en base al CEDH⁴⁵; b) el derecho a la negociación colectiva no recibió igual respaldo

⁴⁴ (2016), *L'action collective des travailleurs et les libertés économiques. Essai sur une rencontre dans les ordres juridiques nationaux et supranationaux*, Institute Universitaire Varenne, Nanterre, pp. 368 y ss.

⁴⁵ C-499/04, de 9 de marzo de 2006, apdo. 33: "Procede recordar que la libertad de asociación, que también comprende el derecho de no formar parte de un sindicato, está consagrada por el artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y forma parte de los derechos fundamentales que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario (sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 79), como recuerda el artículo 6 UE, apartado 2 (véase

en el Asunto *Albany*⁴⁶, pero la postura del Tribunal cambió en el Asunto Comisión *vs* Alemania, otorgándole, con base en el art. 28 CDFUE, el carácter de derecho fundamental, pero señalando simultáneamente que su ejercicio podría experimentar restricciones tanto a partir de los Derechos Nacionales como del Derecho Comunitario –en particular, en sus relaciones con las libertades de establecimiento y de libre prestación de servicios–; y, finalmente, c) el derecho al ejercicio de la acción colectiva sigue una evolución análoga pero a la inversa: primero se considera en el Asunto *Albany* como un derecho protegido por el Ordenamiento Comunitario pero con el alcance imprescindible para hacer efectivo el derecho de libertad sindical; más tarde, el derecho de huelga se reconoce como principio general del Derecho Comunitario en los Asuntos *Viking* y *Laval*, debiendo ejercitarse de acuerdo con el Derecho de la Unión y los Derechos y prácticas nacionales. Además, el TJUE añadió la necesidad de aplicación de un test de proporcionalidad para salvaguardar las libertades de establecimiento y de prestación de servicios⁴⁷.

En cuanto al derecho a la acción colectiva y, más concretamente, el derecho fundamental de huelga, pese a su no mención en los Convenios OIT por la oposición de la representación empresarial, lo cierto es que las respuestas del Comité de Libertad Sindical lo consideran como perteneciente a tal categoría, pues constituye “uno de los medios esenciales utilizados por los sindicatos para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores”, siendo “corolario” del derecho de libertad sindical⁴⁸. En relación con dicho derecho, la aportación de la CSE y de su órgano interpretativo (CEDS) ha sido –en opinión de BUSBY y ZAHN– más modesta, pues la huelga tiene vedado el ámbito de los conflictos de intereses, por lo que solo cabe en los

la sentencia de 6 de marzo de 2001, *Connolly/Comisión*, C-274/99 P, Rec. p. I-1611”. Así lo entiende BARNARD (2012), cuando afirma que muy probablemente toda injerencia legal en este derecho “...sería claramente cuestionada” (*EU Employment Law*, 4th edn, Oxford University Press, p. 705), a quien se refieren BUSBY y ZAHN, (2016), “Collective labour rights in EU...”, *cit.*, p. 133.

⁴⁶ C-67/96, de 21 de septiembre de 1999. El Abogado General JACOBS, en sus Conclusiones de 28 de enero de 1999, manifestó que “it cannot be said that there is sufficient convergence of national legal orders and international legal instruments on the recognition of a specific fundamental right to bargain collectively”, *cit.* por BUSBY y ZAHN, (2016), “Collective labour rights in EU...”, *cit.*, p. 133.

⁴⁷ BUSBY, N., y ZAHN, R., (2016), “Collective labour rights in EU...”, *cit.*, pp. 132-134.

⁴⁸ BUSBY, N., y ZAHN, R., (2016), “Collective labour rights in EU...”, *cit.*, p. 131, con remisiones a: ILO, *Freedom of Association and Collective Bargaining*, International Labour Office, Geneva, International Labour Conference, 81st session, 1994; NOVITZ, T., (2002), *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford University Press, pp. 192-196; ILO, (1996), *Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing body of the ILO*, 4th ed., International Labour Office, Geneva, 101, n^o 473, 475; JACOBS, A., (1998), “The Law of Strikes and Lockouts”, en AA.VV., *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Market Economics* (R. Blanpain, C. Engels, Eds.), Kluwer.

jurídicos, y existen importantes divergencias en su configuración⁴⁹. No comparte plenamente esta visión CHATZILAOU, quien considera de enorme relevancia la Decisión LO y TCO *vs* Suecia, en donde se cuestionaba por los sindicatos la transposición de la doctrina *Laval* al Derecho Sueco, pues el CEDS recalca con contundencia el carácter fundamental de los derechos de huelga y de negociación colectiva. Igualmente, la acción colectiva es considerada como derecho primordial para garantizar “la autonomía colectiva y proteger las condiciones laborales de los trabajadores”; o, en otras palabras, es un derecho indispensable para el disfrute de otros derechos fundamentales, como la igualdad en las condiciones de trabajo, la seguridad y salud, la igualdad salarial, la información y consulta...etc. Además, contrariamente a la postura del TJUE en el Asunto *Laval*, el CEDS considera que el derecho a la acción colectiva no puede ser objeto de limitaciones que diluyan su esencia, lo que sucede cuando se impide que los sindicatos recurran a su ejercicio para obtener condiciones de trabajo que vayan más allá de unos mínimos, como resultaba hacer la denominada “Ley Laval” en Suecia⁵⁰.

Como colofón a este repaso de actores europeos e internacionales, conviene detenerse en el interés que viene suscitando el giro llevado a cabo por el TEDH, en su interpretación del art. 11 CEDH, pues en el Asunto *Demir y Baykara* reconoce el derecho fundamental a la negociación colectiva, justificando el cambio de criterio en la evolución que el mismo ha experimentado a nivel de los Derechos Nacionales y del Derecho Internacional. Y algo parecido sucede con el derecho de huelga a partir de los Asuntos *Enerji Yapi-Yol Sen* y *RMT vs* Reino Unido. Pese a que el art. 11 CEDH no hace referencia a dicho derecho, el Tribunal de Estrasburgo lo considera necesario para que se escuche la voz de los sindicatos y se protejan los intereses de los trabajadores afiliados, y afirma que el precepto convencional lo protege sin duda. Para CHATZILAOU, el hecho de que el TEDH admita que el derecho de huelga pueda experimentar restricciones determinadas por los Estados conlleva que su status final no sea el mismo que el del resto de los derechos colectivos⁵¹.

Ahora bien, como se decía anteriormente, cabe esperar una evolución hacia un mayor equilibrio libertades económicas-derechos sociales por la consolidación de la CDFUE y la relación establecida entre los Tratados UE y el CEDH. Aunque la ratificación del Convenio por la propia UE ha quedado, por el momento, suspendida, al observarse visos de incompatibilidad, el art. 6.3 TUE señala que los derechos fundamentales garantizados por el CEDH “y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros

⁴⁹ BUSBY, N., y ZAHN, R., (2016), “Collective labour rights in EU...”, *cit.*, p. 130.

⁵⁰ (2016), *L’action collective des travailleurs...*, *cit.*, pp. 399-401.

⁵¹ BUSBY, N., y ZAHN, R., (2016), “Collective labour rights in EU...”, *cit.*, pp. 128-129; y CHATZILAOU, K., (2016), *L’action collective des travailleurs...*, *cit.*, pp. 337-339.

formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Además, especialmente significativo es el art. 52.3 CDFUE cuando indica que “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”, añadiendo que “esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”⁵². Hay quien considera que no es imposible una influencia positiva de una hipotética futura jurisprudencia del TEDH, en un Asunto análogo a *Viking* o a *Laval*, en el TJUE, que conduzca a este último a una revisión de su postura actual⁵³.

4.2. El Reglamento Monti II como propuesta poco convincente de reordenación del conflicto colectivo europeo

Los conflictos originados en relación con la sociedad finlandesa de transportes de transbordadores *Viking* y el sindicato también finés FSU, así como entre la sociedad letona *Laval un Partneri Ltd* y los sindicatos suecos de los trabajadores de la construcción y de los electricistas pusieron en entredicho la efectividad de la Directiva 96/71; o, mejor dicho, la falta de presencia del “pilar social” en dicha Directiva. Ante esto, la Comisión, presidida por DURAO BARROSO, encargó un Informe de la situación al Profesor y ex-comisario de la Unión MONTI, quien lo remitió el 9 de mayo de 2010 bajo el título “Una nueva estrategia para el Mercado Único. Al servicio de la economía y la sociedad de Europa”⁵⁴. Es un Informe amplio, de 112 páginas en su traducción española, que trata, entre otras cuestiones, de la necesidad de “encajar” el derecho de huelga, inicialmente ajeno a toda intervención comunitaria, en un marco jurídico presidido por las libertades económicas propias de los Tratados de la UE. Como sintetiza bien en su *Informe*, la posición sindical es contraria a una regulación del derecho de huelga a nivel comunitario, pues esto atacaría claramente la autonomía colectiva, y desea que se subraye aún más esta exclusión en los Tratados; la segunda opción es la regulación del derecho de huelga a nivel europeo –justamente lo contrario del deseo sindical– y la tercera posibilidad, por la que el *Informe* finalmente se decanta, es arbitrar un mecanismo previo extrajudicial en el Estado (de acogida) donde se produzca el conflicto y, de no prosperar la solución propuesta a las partes, dar entrada a los tribunales competentes para resolver. Esta tercera opción supone una participación, al menos informativa, de la Comisión así como de los Estados implicados⁵⁵.

⁵² BUSBY, N., y ZAHN, R., (2016), “Collective labour rights in EU...”, *cit.*, pp. 139-142.

⁵³ CHATZILAOU, K., (2016), *L’action collective des travailleurs...*, *cit.*, p. 451.

⁵⁴ Lo tengo en mi poder, pero no he conseguido localizarlo de nuevo en internet. Si el lector desea consultarlo, me puede solicitar que se lo remita (mamgijon@us.es).

⁵⁵ *Informe*, pp. 73-75.

Aparte del *Informe*, existe un *Borrador* de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, cuyo contenido no parece ser ya público –no lo he conseguido localizar–, pero que también es criticado por la doctrina⁵⁶, y, en un segundo momento, se conoce la Propuesta de dicho Reglamento del Consejo, que sí es de fácil acceso y que no coincide absolutamente con el *Borrador*⁵⁷.

Si nos atenemos a la Propuesta, que lleva fecha de 21 de marzo de 2012, su contenido es bastante confuso y pobre. Como es sabido, fue retirada por la Comisión por la falta de apoyo y respaldo de los EEMM, que consideraron que no se respetaba el principio de subsidiariedad que debe regir las actuaciones normativas de la UE. Pues bien, si, en un primer momento (me refiero ahora a una hipotética aprobación futura de dicha Propuesta), su contenido me pareció que podía aportar, cuanto menos, un mayor equilibrio entre el derecho de huelga –y, por extensión, los derechos colectivos– y las libertades económicas de establecimiento y prestación de servicios, lo cierto es que coloca en pie de igualdad el derecho y las libertades, cuando el punto de partida es precisamente la necesidad de reforzar el derecho sobre las libertades, por el desequilibrio de posiciones entre empresarios y trabajadores.

Visto desde España, el objetivo de la Propuesta parecía un imposible, pues la regulación de la huelga en nuestro país no ha dado un solo paso adelante desde 1977. Pero es que, realmente, lo que el Reglamento frustrado venía a pretender era, tras esa declaración de no prevalencia de ningún derecho sobre otro, remitir a los interlocutores sociales a nivel europeo la posibilidad de acordar algo al respecto, que tampoco se sabe muy bien ni qué podría ser ni qué alcance podría tener. El art. 3 Propuesta de Reglamento no llega a establecer un orden claro de mecanismos de solución –me refiero a los extrajudiciales y judiciales–, ni siquiera dando la prioridad a los primeros como marcaba el *Informe* Monti, por lo que resulta infructuoso. Sí es cierto que se acepta la aplicación del principio de proporcionalidad en dicho precepto (art. 3.4) pero es que, precisamente, al menos los EEMM del Sur (Francia, España, Italia) continúan discutiendo si es posible que la huelga se rija por el principio del daño justo, prevaleciendo más bien una postura contraria a dicho principio.

Hay dos cuestiones de fondo que se pueden traer a colación y que precisan una mayor claridad: a) si la UE va o no a poder regular y juzgar los conflictos

⁵⁶ Una crítica contundente la de EWING, K., "The Draft Monti II Regulation: an inadequate response to *Viking* and *Laval*", consultado on-line: <https://www.ier.org.uk/resources/draft-monti-ii-regulation-inadequate-response-viking-and-laval>.

⁵⁷ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0130:FIN:ES:PDF>. Una explicación más detallada del proceso de retirada de la Propuesta de la Comisión y crítica a la misma en ROCCA, M., (2015), *Posting of Workers...*, cit., pp. 269-276.

colectivos, pues actualmente la postura parece ser negativa en lo normativo pero positiva en lo judicial; b) en el ínterin, qué medidas va a tomar para no “aniquilar” el derecho de huelga, dado que la inseguridad jurídica reinante a la hora de su ejercicio y las enormes indemnizaciones a las que pueden tener que hacer frente los sindicatos si deciden ir adelante con la huelga pueden terminar en la propia extinción de estos⁵⁸.

5. La mejora de los derechos colectivos mediante Pactos y Acuerdos

La cuestión que el lector puede estar todavía planteándose es si se ha intentado la mejora de los derechos colectivos de los trabajadores desplazados a otros EEMM vía contratos/pactos civiles o mercantiles suscritos entre las empresas implicadas: empresas principales y contratistas; o entre empresas pertenecientes a un mismo grupo; o ETT y empresas usuarias (que son los supuestos que aborda la Directiva). Directamente: no. Se trata de aspectos que exigen una sensibilidad social muy especial por parte de los empresarios, que se sitúan irremediabilmente por detrás de las condiciones individuales, básicamente la decisión del salario a percibir por los trabajadores, cuestión que sí ha sido abordada por la Directiva 96/71 y perfeccionada sucesivamente. Pero los derechos colectivos van a un ritmo mucho más lento.

Tras una primera etapa de Códigos Éticos o de Buenas Prácticas⁵⁹, ahora se habla de Acuerdos Marco Internacionales o Transnacionales⁶⁰, firmados por Empresas Multinacionales, que pueden implicar no solo a las Empresas “principales”, sino también a las proveedoras, suministradoras, contratistas y subcontratistas; y que suponen una mayor formalización y vistosidad de los derechos por tratarse de un documento necesariamente negociado entre la parte empresarial y la social, y llamado por esencia a no quedarse en un ámbito puramente interno (lo que hace que hablemos de responsabilidad social empresarial y no meramente corporativa). El problema de estos Acuerdos es sabido: se carece de una ley aceptada por todos que regule qué naturaleza jurídica tienen, quienes ostentan la condición de representantes de unos y de otros y cuál es su fuerza de obligar. Este último aspecto ha sido muy discutido por la doctrina porque, a la postre, es el que resulta más práctico, si bien exige la resolución de las cuestiones previamente indicadas. Como mínimo, rige el principio *pacta sunt servanda*, lo que supone su respeto por todos los firmantes y los a ellos vinculados; en otro escalón superior se sitúan quienes abogan por una eficacia en función de las prácticas y la legislación de cada Estado donde el

⁵⁸ La necesidad de eliminar las barreras de las indemnizaciones es claramente señalada por EWING, K., “The Draft...”, *cit.*, p. 16.

⁵⁹ Sobre los mismos: CALVO GALLEGOS, F. J., (2008), *Códigos éticos y derechos de los trabajadores: una aproximación a la práctica en las empresas españolas*, Bomarzo, Albacete; y AA.VV. (2011), *Ética empresarial y Códigos de Conducta* (J. L. Goñi Sein, Dir.), La Ley, Madrid.

⁶⁰ *International Framework Agreement* (IFA) en lenguaje anglosajón.

acuerdo pueda regir. Mucho más minoritaria es la postura de quienes le atribuyen la eficacia general, al no existir un poder heterónomo que se la atribuya⁶¹.

La realidad del contenido de estos AMI es que no se centran en atender la situación que es objeto de este estudio sino que más bien se dirigen a cuestiones de reestructuraciones empresariales. No es imposible, pese a todo, que se pueda hacer más en relación con el hecho de que la empresa principal imponga a la contratista el abono de determinada cuantía salarial mínima, pero esto ya encuentra respuesta en la Directiva 96/71. Tienen más sentido en relación con Terceros Países, donde los derechos laborales básicos no son respetados; entre ellos, los sociales, como sucede con los derechos de libertad sindical o de negociación colectiva. Y, en efecto, estos aparecen también en los AMI, de modo bastante genérico e –insisto– como derechos atribuidos a nacionales no por desplazarse en el ámbito de la UE, sino por el mero hecho de pertenecer a una determinada empresa, entendida esta en sentido amplio⁶².

El derecho fundamental que queda como gran ausente es la huelga. No he encontrado mención alguna de este derecho en los Acuerdos Transnacionales, tanto a nivel europeo como internacional, que han sido analizados en distintos *Estudios*. Se trata de un problema pendiente de resolución, pues se da la circunstancia de que la fuente principal de reconocimiento de los derechos

⁶¹ LAULOM, S., y SCIARRA, S., (2018), « Quel cadre juridique pour les accords transnationaux d'entreprise ? », en AA.VV., *À droit ouvert. Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, pp. 517 y ss. ; NOVITZ, T., (2019), "Exploring Multi-Level Collective Bargaining: Transnational Legal Frameworks that Promote Worker Agency", en AA.VV., *Collective Bargaining...*, cit., pp. 135-138; CORREA CARRASCO, M., (2016), *Acuerdos marco internacionales: de la responsabilidad social empresarial a la autonomía colectiva transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia; CANALDA CRIADO, S., (2016), *Acuerdos marco transnacionales y derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia; PLATZER, H.-W., y RÜB, S., (2014), "Los Acuerdos Marco Internacionales: ¿Un instrumento para imponer los Derechos Humanos Sociales?", Friedrich Ebert Stiftung, consultado on-line: <https://library.fes.de/pdf-files/iez/10534.pdf>; y REHFELDT, U., (2014), "La negociación colectiva de empresa transnacional en Europa: dinámicas históricas, formas y retos", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32 (2).

⁶² Así, por ejemplo, el AMI firmado por Salini-Impregilo S.p.A. con el Sindicato Internacional BWI y sus federaciones italianas Feneal-UIL, Filca-CISL y Fillea-CGIL, de fecha 13 de octubre de 2014, en donde se reconocen los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, así como el AMI (Global Framework Agreement on International Industrial Relations and Corporate Social Responsibility) firmado por Eni SpA con el Sindicato Internacional IndustriALL Global Union y sus federaciones italianas Filctem CGIL, Femca CISL y Uiltec UIL, de fecha 21 de junio de 2019, que van más allá del reconocimiento de los derechos colectivos de libertad sindical y negociación colectiva, pues extienden su compromiso con estos derechos a sus relaciones comerciales con sus proveedores, subcontratistas y sus socios comerciales. Además, dedica un apartado extenso a las relaciones industriales en donde destaca la figura del coordinador-enlace entre los Delegados sindicales a nivel local y los sindicatos firmantes del Acuerdo.
https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/transnational_agreements/IFA_SaliniImpregilo_EN.pdf
http://www.industriall-union.org/sites/default/files/uploads/documents/GFAs/Eni/2019/gfa_eng.pdf

colectivos a los que los AMI se remiten son los Convenios OIT, que, como es sabido, no la mencionan como derecho fundamental. Parece muy asentada la idea de que huelga y ordenamiento jurídico no son compatibles. Es cierto que, si observamos nuestro ámbito de negociación colectiva nacional, tampoco es una materia a la que se dedique una gran atención, por ese halo que la rodea de algo indeseable y cuya mención no es ni siquiera recomendable. Pero, desde el punto de vista general, que los Acuerdos adoptan, se entiende menos su omisión.

Más eficaces que los AMI para nuestro tema son los Acuerdos Europeos de Sector⁶³. Como sucede a ambos, son instrumentos “jóvenes” y no abundantes, pero en el segundo caso se encuentran con la dificultad de que su “ordenación” es aún más difusa. Esto se explica porque la negociación de un AES supone salir del ámbito empresarial y situarnos en el supraempresarial, al tiempo que se pretende dar respuesta a las necesidades de una determinada actividad económica en toda la UE. Su origen y funcionamiento está ligado a los denominados Comités de Diálogo Social Sectorial, impulsados desde la propia UE. La doctrina que ha prestado atención a estos Acuerdos viene a mostrarnos que padecen idénticos problemas de anomia que los propios AMI, y que la relación Comisión-Parlamento-Interlocutores Sociales (Diálogo Social), aunque descrita en los arts. 154-155 TFUE, ofrece muchas dudas interpretativas. Entre ellas, si estos preceptos permiten o no la existencia de AES autónomos, sin que sea necesario que estén supervisados por la Comisión⁶⁴. Yo me inclino por lo segundo, en coherencia con lo que he venido manteniendo en este estudio. No cabe una UE sin Derecho Colectivo porque no es posible la disgregación de lo económico respecto de lo social. Por eso, si nos centramos en la problemática de los derechos colectivos de los trabajadores desplazados, se repite la cuestión central que, reiteradamente, me he planteado: ¿cabría que un Acuerdo autónomo les reconociera derechos colectivos que no aparecen entre las condiciones mínimas del art. 3 Directiva 96/71? Necesariamente, a fecha de hoy, hay que responder que “no”. Solo se podría responder en otro sentido si se acometieran dos trabajos imprescindibles y sucesivos: 1º) Revisar y reformar las normas de Derecho Internacional Privado para que cedan, en lo necesario, su posición al Derecho Comunitario, así como los Tratados UE, para que decididamente opten por incluir lo colectivo entre las materias propias de la Unión; y 2º) decidir la prelación de fuentes jurídicas en la UE, con su efecto de obligar correspondiente en los EEMM, y, entre ellas, la autonomía colectiva.

6. Conclusiones

No resulta fácil ofrecer una conclusiones claras de lo hasta aquí expuesto. La doctrina *Viking* y *Laval* no se ha alterado y lo económico sigue prevaleciendo

⁶³ Un completo estudio sobre los mismos en GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M., (2017), *La negociación colectiva europea de sector*, Bomarzo, Albacete.

⁶⁴ GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M., (2017), *La negociación colectiva europea...*, cit., pp. 135-147.

sobre lo social. La reforma de la Directiva 96/71 de 2018 no ofrece nada nuevo y concreto, salvo una afirmación voluntarista de separación y perfecta compatibilidad entre la ordenación europea de los aspectos individuales de trabajo y la nacional o doméstica de los colectivos. La referencia a los interlocutores sociales para hacer aportaciones en materia de desplazamiento de trabajadores parece más bien un “brindis al sol”. Sorprende igualmente que si el objetivo es evitar el *dumping social*, no se busque la homogeneidad también en los derechos colectivos de los trabajadores desplazados.

Pese a todo, lo colectivo sigue reclamando la atención de la UE, que manifiesta en sus acciones su presencia –EWC, SE, Comités de Diálogo Social Sectorial–. Desgraciadamente, el TJUE no está desempeñando un rol activo en este sentido. La mirada alrededor en busca de otros apoyos tampoco resulta alentadora. El deseo de contagio de la jurisprudencia del TJUE a partir de los pronunciamientos de la Corte de Estrasburgo –que sí se muestra más sensible en la defensa de los intereses laborales– puede quedarse en mero anhelo mientras la CDFUE no reciba un nuevo impulso por parte de los veintiocho, a lo que ayudaría, sin duda, que la OIT hiciera una apuesta clara y firme por el reconocimiento de la huelga como derecho fundamental de los trabajadores. Más lejos todavía están las exigentes y drásticas soluciones que el Proyecto UE exigiría: una apuesta firme y decidida por el denominado Pilar Social, la reforma de los Tratados para no escindir ciertos derechos sociales del ámbito de intervención de la Unión y, una vez dado este paso, llevar a cabo una ordenación adecuada de fuentes jurídicas y de reparto de competencias sobre las materias.

He calificado estas últimas posibilidades como más lejanas porque, ciertamente, la UE no atraviesa sus mejores momentos: el *Brexit* la sigue erosionando y en diversos EEMM crece el euroescepticismo o el hartazgo ante una cierta sensación de inoperancia e ineficacia, incrementada sin duda por la crisis de la inmigración y de la pandemia motivada por el Covid-19. En los extremos del planeta, la economía –auténtico pilar de la UE– tiembla ante las acciones histriónicas de USA, URSS y China, acuciada en lo que nos afecta más directamente por la cuestión de los aranceles americanos a los productos comunitarios. Tampoco Iberoamérica se presenta como “zona de confort”. Todo esto hace que la cuestión del desplazamiento intracomunitario de trabajadores quede relegada a un segundo plano, en tanto se consigue o se espera a que vuelva un poco más de calma que permita retomar la ordenación del *dumping social* y los equilibrios Norte-Sur, Oeste-Este, mercado-persona. Con todo, la crisis que se espera tras la pandemia es probable que deje esta cuestión en suspenso durante algunos años más.

LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES TEMPORALES DE TRABAJADORES DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA: LAS RELACIONES ENTRE LA DIRECTIVA 96/71 CE Y LOS REGLAMENTOS 883/2004 Y 987/2009 DE COORDINACIÓN DE LAS LEGISLACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
ORCID: 0000-0002-8082-6114*

1. Introducción

No se descubre nada nuevo cuando se afirma que la migración es un constante de la historia de la humanidad, donde las personas han abandonado su país de origen para, por motivos diversos, buscar otro de residencia. Aunque son diversos los tipos de migración vamos a centrarnos en esta aportación en la referida a motivos laborales, con alguna particularidad que más abajo se describirá.

En la actualidad, la globalización como fenómeno asentado mundialmente provoca no solo intercambios económicos y movilidad de los trabajadores, sino que, junto con los avances tecnológicos, ha permitido desarrollar estrategias de funcionamiento de las empresas que crecen, internacionalizándose, para llegar con sus productos y servicios a cualquier mercado del mundo.

Las alianzas entre Estados para la mejora de las relaciones comerciales y el crecimiento económico y de la riqueza nacional ha sido una constante en el Derecho Internacional. En algún caso, como en el la Unión Europea, tales alianzas llevaban consigo también el intento de mejora de las condiciones de vida y trabajo de los ciudadanos de los distintos Estados miembros. En este mismo ámbito, las libertades de circulación de mercancías, de servicios y de personas han sido los ejes sobre los que inicialmente se asentó la creación del mercado común. Un mercado europeo integrado debía serlo también para el

* Este trabajo es resultado de los Proyectos “Nuevas formas de protección social ante los cambios productivos” (RTI2018-098794-B-C32), financiado por el MINECO/MICIU, y “Las nuevas tecnologías y su impacto en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: el impacto socio económico de la economía digital” (UMA18-FEDERJA 028).

trabajo y la libre circulación de trabajadores, elementos que formaban parte de este proyecto supranacional.

Por lo que nos interesa, la internacionalización e integración de un mercado de trabajo, sometido a distintos regímenes o regulaciones laborales, a nivel europeo exigió la adopción de medidas para evitar el “dumping social”, esto es, reducir o eliminar la competencia desleal o las ventajas competitivas, que pueden llevar consigo la expulsión de las empresas de los Estados con legislaciones laborales de calidad (que elevan los costes empresariales) frente a servicios, productos o mercancías realizados por empresas sitas en países con bajos costes laborales y de Seguridad Social. Pero, en realidad, las modificaciones más importantes producidas en las legislaciones laborales de los distintos Estados de la Unión Europea, más que para unificar o armonizar legislaciones o resolver los problemas de las empresas nacionales respecto de la competencia con otros países de la Unión, lo han sido para resolver los propios problemas de los Estados en situación de crisis económicas, reduciendo el gasto público y devaluando los salarios.

Desde hace casi 40 años, en el marco del Mercado Común europeo, existía por las instituciones una preocupación sobre el régimen jurídico aplicable a las obligaciones contractuales en general y, en particular, en el ámbito de las relaciones laborales.

Por ello, se adoptó el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (texto que se ha ido modificando a lo largo del tiempo) tenía como objeto solucionar los conflictos de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales. Pues bien, siendo cierto que la regla general supone que las partes pueden designar la ley aplicable (siempre que así lo hagan constar con claridad en el correspondiente contrato), esta autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable no podrá afectar, “cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se exige”, a las disposiciones que la ley de ese país no permita el juego de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 3.3). O, dicho de otro modo, la elección de la ley en el contrato o acuerdo no podrá afectar a las normas imperativas por un determinado ordenamiento jurídico.

De forma particular, y en relación con nuestro objeto, el art. 6 del citado Convenio¹, respecto de los contratos de trabajo, indica que la elección por las partes de la ley aplicable “no podrá tener como resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que

¹ En la actualidad, art. 8 Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

sería aplicable". Entendiendo en su apartado 2² que el contrato de trabajo se regirá, de un lado, por 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, y de otro lado, si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador³. Evidentemente, el Reglamento CE 593/2008, de 17 de junio, que es el que en la actualidad recoge el Convenio de Roma de 1980, aclaró, en su artículo 1 referido al ámbito de aplicación, algo que será importante recordar para el propósito de este trabajo: este Reglamento no se aplicará a las materias fiscales y administrativas⁴.

Es una realidad que en el gran mercado interior comunitario numerosas empresas prestan servicios y ofrecen sus productos en distintos países, además de que existe una importante actividad de grupos de empresas (e incluso de empresas de trabajo temporal) que tienen carácter transnacional.

La libre prestación de servicios ha tenido un efecto directo e inmediato sobre otra de las libertades fundamentales en el marco de la Europa comunitaria: la libre circulación de trabajadores. Pero ahora con una dimensión especial, ya no solo se trata de la posibilidad de que un trabajador emigre a otro país de la Unión Europea para buscar un trabajo o para trabajar o realizar una actividad profesional, es algo distinto, se trata de una dimensión nueva de la libre circulación de trabajadores: desplazamientos temporales para ejecutar o realizar la prestación de servicios que ha contratado la empresa a la que pertenecen en otro Estado distinto de la Unión al de residencia habitual del trabajador. Dicho de otro modo, la empresa va a desplazar a sus trabajadores, o a parte de su plantilla, al territorio de otro Estado de la Unión Europea, de forma temporal, para ejecutar una obra o servicio determinado para la que haya sido contratada en el tráfico mercantil. Más aún, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, durante estos desplazamiento temporales los trabajadores no se encuentran ejerciendo su libertad de circulación, aunque ello no impide que puedan ejercer tal derecho en otro empleo en el país del destino una vez concluida la obra o antes de concluirla. Sería en tales casos cuando en realidad operaría la libertad de circulación, al acceder los trabajadores desplazados a otro empleo distinto en el país donde fueron trasladados, pero ya en calidad de

² En la actualidad, apartados 2 y 3 del art. 8 del Reglamento 593/2008, de 17 de junio.

³ Con una regla de cierre curiosa "... a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país" (art. 8.4 Reglamento 593/2008, de 17 de junio).

⁴ Y ello porque la Seguridad Social, a pesar de anudarse al contrato de trabajo en los sistemas contributivos para la protección de los trabajadores, es al menos en nuestro país, y en otros de nuestro entorno, un derecho de carácter público con importantes connotaciones administrativas y fiscales, donde apenas queda margen para el juego de la autonomía de la voluntad de las partes.

trabajadores migrantes comunitarios por lo que podrían disfrutar de todas las mejoras sociales del país de acogida en el que comienzan su nuevo trabajo⁵.

Desde sus inicios, en la Unión Europea se encuentran prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios, en un sentido amplio⁶, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el destinatario de la prestación, como se recoge en el art. 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Además, el prestador de servicios podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales. Regulación en la actualidad recogida en los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Con base a estos derechos recogidos en los Tratados originarios, desde hace tiempo ha venido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicando que las normas de la Unión Europea se oponen a que un Estado miembro prohíba desplazarse libremente por su territorio a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro con todo el personal a su servicio (o el que fuese necesario para la realización o ejecución del servicio), además de reconocer que a tales relaciones laborales podrá aplicarse la legislación y convenios colectivos del país donde se presta el servicio⁷. Y es que la libertad de prestación de servicios no solo exige eliminar todo tipo de discriminación que pueda perjudicar al prestador de servicios que se radique en otro Estado miembro, por razón de su nacionalidad, sino también eliminar, suprimir y evitar cualquier restricción cuando las mismas puedan obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador de servicios establecido en el otro Estado miembro donde presta habitualmente sus servicios. Ello muestra la prevalencia de las libertades comerciales y económicas frente al Derecho social.

En cualquier caso, y a pesar de que algunas condiciones de trabajo se han ido aproximando con el desarrollo de la política social comunitaria, las aún diferentes regulaciones laborales pueden dar lugar a situaciones de discriminación entre los trabajadores de un determinado Estado miembro y los trabajadores desplazados temporalmente por sus empresas en el marco de la

⁵ En sentido parecido LLOBERAVILA, M. "El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del estado de prestación temporal de servicios", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 132, 2017, p. 195

⁶ Se consideran como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración (siempre que sean distintas a las relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas) y comprenderán actividades de carácter industrial, mercantil, artesanal o propias de las profesiones liberales.

⁷ Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia (sala sexta) de 27 de marzo de 1990, Asunto C-113/89, *Rush Portuguesa Lda*.

libertad de prestación de servicios. Además podrían producirse situaciones de competencia desleal a causa del llamado “dumping social” que podría poner en condiciones más favorables de contratación a los Estados de la Unión Europea con costes de mano de obra menores y mayor flexibilidad de las condiciones de trabajo. No es de recibo que las empresas de un Estado de la Unión, para aumentar sus beneficios económicos, intenten reducir los costes aprovechándose de los bajos salarios e inferiores condiciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores de otro Estado miembro de la Unión Europea⁸.

Con base a tales premisas, el objetivo que pretende la regulación del desplazamiento temporal transnacional en la Unión Europea es permitir la libre prestación de servicios sin que los desplazamientos puedan verse penalizados por el coste de la ley del país de ejecución, pero estableciendo unos límites a través de la normativa que eviten que el desplazamiento suponga una competencia desleal con respecto a la mano de obra nacional del país de acogida o recepción.

2. La Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996

En el escenario habitual, la movilidad de las personas dentro de la Unión Europea ha permitido una migración por motivos económicos, en búsqueda de empleo y de una mejora de la calidad de vida de las personas.

Pues bien, un supuesto especial de migración son los desplazamientos temporales de trabajadores (hecho que se ha conocido y regulado en el Derecho internacional coordinador denominándolos “trabajadores destacados” o “desplazados”).

Para evitar competencia desleal en el coste final de los precios y productos por el inferior valor de la mano de obra en los países de envío se adoptó en su momento la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, en orden precisamente a regular el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁹.

Se ha dicho que la Directiva 96/71/CE se revela como “un nudo de confluencia” de las libertades de prestación de servicios y de circulación de

⁸ Como ha indicado, recientemente, el TJUE en el Asunto C-359/16 Altum y otros de 6 de febrero de 2018.

⁹ Afectada en su aplicación y para asegurar su cumplimiento por la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») y modificada por recientemente por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018.

trabajadores¹⁰, aunque a mi juicio, en realidad esta Directiva es una forma de excepcionar en lo posible la libertad de circulación de los trabajadores. Y ello porque el desplazamiento temporal es un supuesto especial de expatriación, con un régimen jurídico diferenciado y que se enmarca en una prestación de servicios de carácter transnacional.

Se trata de una situación en la que una empresa, al amparo de su libertad comunitaria fundamental de prestar servicios en cualquier parte del territorio de la Unión Europea, destina o traslada temporalmente a sus empleados a otro Estado para desarrollar una concreta actividad o servicio. Es, como ya se advirtió, una situación de movilidad en el empleo más que un supuesto de migración “clásico” ya que “su objetivo no es la búsqueda de ocupación sino el cumplimiento de las obligaciones de un contrato de trabajo preexistente. No supone el ejercicio por el trabajador de la libre circulación, sino que es la empresa la que está ejerciendo su libertad de prestar servicios en otros Estados miembros”¹¹. Tan es así, que como *lex specialis*, limita el principio de igualdad de trato a las materias taxativamente incluidas en su art. 3, ya que es en realidad un derecho accesorio, en este caso, del principal de libre prestación de servicios de las empresas¹².

La Directiva 96/71/CE se configuró como necesaria en orden a la supresión de los obstáculos a la libre circulación de servicios (y de personas en la ejecución de los mismos). Una norma que se aplicaría a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional, desplazasen a sus trabajadores al territorio de otro Estado de la Unión Europea.

Pero esta cuestión, como el tiempo ha demostrado, no ha sido fácil de regular ya que, a pesar de que a los Estados con mayores niveles de riqueza no les resultaba de agrado aplicar una normativa que permitiera la realización de actividades laborales en sus países por trabajadores con inferiores condiciones laborales (y con costes inferiores a la mano de obra nacional) al amparo de la libre circulación de servicios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha apostado por la dimensión mercantil o económica de la libre circulación de servicios olvidando, en no pocas ocasiones, que para realizar tales servicios se desplazaban trabajadores a otro Estado.

¹⁰ Como indica LLOBERA VILA, M. “El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del estado de prestación temporal de servicios”, op. cit., p. 190

¹¹ Como indica RODRIGUEZ –PIÑERO ROYO, M. en “La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de los supuestos de movilidad internacional”. RMEYSS, 132, 2007, p. 25.

¹² Vid GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., en *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, 2000.

A juicio del TJUE, la no aplicación de la legislación del lugar de empleo o, mejor dicho, la aplicación parcial respecto de un “núcleo duro” de materias que han de cumplir las normas laborales del país de recepción, podría dar lugar a efectos restrictivos en la movilidad de las empresas europeas, por lo que cuando el TJUE ha aplicado la Directiva 96/71/CE lo ha hecho con notables restricciones y limitando la eficacia de los derechos de los trabajadores desplazados. Podría decirse que ha sido esculpida una “interpretación antisocial” de este Derecho a golpe de sentencia, más favorables a la libertad de circulación de servicios que a la protección de los trabajadores que eran enviados en misión o traslado temporal. Y es que, en cierto modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido a considerar que el establecimiento de normas o estándares que superen los mínimos establecidos en los países de origen pueden disuadir a los empresarios de ejercer su libertad de prestación de servicios. Entender las normas laborales y de Seguridad Social, o cualquier norma de protección a los trabajadores como un obstáculo a la libre circulación de servicios pone al descubierto uno de los problemas más espinosos del Derecho social comunitario: el mantenimiento de normas más favorables para las empresas establecidas por el legislaciones de algunos Estados miembros en detrimento de la mejor protección social que pudieran tener tales trabajadores de conformidad con la legislación del país donde han sido desplazados, algo que parece incompatible con los fines de los Tratados y la convergencia de las legislaciones sociales de los Estados de la Unión Europea¹³.

Junto a ello, la Directiva 96/71/CE, en su redacción original, no fue de lo más afortunada. Muestra de ello, además de las diversas interpretaciones judiciales aclarando su alcance y contenido, es que la propia Unión Europea se vio obligada a replantearse parte de su contenido. Por ello, se aprobó la Directiva 2014/67/CE, como norma de aplicación de la Directiva 96/71/CE. Ante las carencias de ésta, detectadas en su aplicación práctica, lo que la Directiva de 2014 tenía como objetivo “mejorar la aplicación del cumplimiento de la práctica de la Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores garantizando así una mayor protección de los trabajadores desplazados y un marco legal más transparente y predecible para los proveedores de servicios”.

Por lo que se refiere a nuestro país, como es conocido, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional vino a hacer efectiva la transposición de la Directiva 96/71/CE. En la intención manifestada de conjugar una de las libertades fundamentales de la Unión Europea, la de la libre prestación de servicios, con la protección de los intereses del mercado de trabajo español

¹³ Así, CASAS BAAMONDE, M.E., en “Normas laborales internacionales, derecho social europeo y derechos fundamentales”, *Relaciones Laborales* nº 1, 1996, p. 14.

donde se desarrolla la actividad por los trabajadores desplazados para evitar el *dumping social* por parte de las empresas que contrataran tales servicios.

Se han incluido en nuestro ordenamiento con la transposición de la Directiva 96/71/CE distintas medidas para luchar contra el abuso y la elusión de las normas, conseguir una mayor seguridad jurídica, aumentar la protección de los derechos de los trabajadores en cadenas de subcontratación, mejorar el acceso a la información y reforzar la cooperación administrativa¹⁴. Control que se ha reforzado, más aún, con la Directiva (UE) 2018/957, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Por ello, para asegurar la correcta aplicación de las normas en el ámbito laboral de estas situaciones transnacionales, el art. 5 de la Ley 45/1999 establece que los empresarios que desplacen trabajadores a España en el marco de una prestación transnacional en cualquier caso deberán comunicarlo, antes de su inicio, a la Autoridad laboral competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios¹⁵, sin duda, para tener un control de la realidad de los desplazamientos temporales. Más adelante abundaremos en ello.

2.1. Sobre las empresas que desplazan a sus trabajadores

En este orden de cosas, y para evitar posibles fraudes y elusiones de las normas aplicables, la primera cuestión a examinar es la existencia real de una empresa en el Estado de establecimiento que lleve a cabo una “auténtica” prestación de servicios. Ha sido común la creación de empresas “buzón”¹⁶ establecidas de manera aparente o ficticia en otro Estado con el único objeto de contratar trabajadores para desplazarlos a otros Estados miembros y obtener ventajas a causa de la normativa aplicable en el país donde ficticiamente han radicado su sede. Por ello, la empresa que traslade a sus trabajadores a otro Estado deberá, en el Estado de establecimiento, disponer de un soporte organizacional que lleve consigo el desarrollo en el mismo de actividades mercantiles que no sean exclusivamente administrativas o de gestión interna.

¹⁴ Como indica RODRIGUEZ –PIÑERO ROYO, M. “La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de los supuestos de movilidad internacional”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 132, 2007, p. 26.

¹⁵ Sobre esta norma, vid. GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A. “La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 27, 2000.

¹⁶ Son sociedades sin actividad económica real en el país en que tienen su sede donde contratan a los trabajadores, pero con actividad en otros Estados miembros de la Unión Europea que es donde realmente prestan sus servicios. Se trata de empresas que abren formalmente una sede o centro de operaciones en un Estado en los que los costes sociales o de impuestos son mucho más reducidos que en el país donde operan normalmente. El propósito es obtener mayores beneficios a causa de la reducción de impuestos, salarios o cotizaciones de los trabajadores.

Esto es, ha de ejercer de forma habitual actividades comerciales o mercantiles de forma significativa en el país en el que se encuentre establecida.

2.2. Sobre los trabajadores desplazados

De otro lado, el traslado de los trabajadores, cualquiera que sea su nacionalidad, en una prestación transnacional lo será en alguna de las siguientes formas y siempre que durante el período de desplazamiento, se mantenga o demuestre la existencia de una relación laboral entre el trabajador y la empresa que lo desplaza a otro Estado miembro¹⁷:

- Desplazamiento de un trabajador por su cuenta y bajo su dirección al territorio de otro Estado miembro, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro.
- Desplazamiento de un trabajador al territorio de otro Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo de empresas de la que inicialmente le contrató.
- Desplazamiento de un trabajador de una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria que esté localizada, establecida o ejerza su actividad en el territorio de otro Estado miembro.

Evidentemente, el concepto de trabajador a utilizar será el de país de recepción o donde ha sido desplazado. De hecho, será la Inspección de Trabajo, en el caso de nuestro país, la que determine si nos encontramos ante un trabajador por cuenta ajena o si, por el contrario, se trata de encubrir una relación

¹⁷ Ello porque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que el personal de una empresa establecida en un Estado miembro que es trasladado temporalmente a otro Estado miembro para la realización de una prestación de servicios no pretende en modo alguno acceder al mercado laboral del Estado donde va a realizar su actividad en el marco de la prestación de servicios, ya que ha de volver a su país de origen o de residencia después de haber concluido su misión (STJUE, asunto C-43/93, Vander Elst, de 9 de agosto de 1994). Estos trabajadores trasladados, que fuesen nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea, no necesitan de un permiso o de una autorización para trabajar en el país de la Unión Europea donde van a prestar sus servicios (STJUE, asunto C-113/1989, Rush Portuguesa, de 27 de marzo de 1990), ya que las únicas condiciones a cumplir es que residan regularmente y estén autorizados a trabajar en el Estado donde radica la empresa que va a desplazarlos temporalmente a otro Estado de la Unión Europea (STJUE, asunto C445/03, Comisión contra Luxemburgo, de 21 de octubre de 2004). Ha de tenerse en cuenta que la Directiva 96/71/CE solo recoge de forma breve en su preámbulo la libre circulación de trabajadores ya que lo que la misma se adopta como una norma derivada de la regulación de la libre prestación de servicios, lo que lleva, evidentemente, la posibilidad de incluir trabajadores extracomunitarios en el marco de esta prestación, vid, CASAS BAAMONDE, M.E. en *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Madrid, Civitas, 1999, p. 42.

laboral (“falsos autónomos”). Para la determinación de la existencia de una verdadera relación laboral por cuenta ajena de los trasladados, evidentemente, no es importante que los mismos hubiesen trabajado habitualmente o hayan sido contratados “ex professo” para realizar la actividad de prestación de servicios transnacional. Pero sí será importante conocer algunos datos: el lugar real y el momento de la celebración del contrato de trabajo; el hecho de que se haya producido efectivamente un desplazamiento; el mantenimiento de la relación laboral durante el desplazamiento (poder de dirección, pago de salarios, mantenimiento en el encuadramiento en el sistema de Seguridad Social del país de establecimiento, etc). Y ello porque si se entendiera que el trabajador desplazado lo ha sido de forma fraudulenta habría de pasar a depender de la empresa o entidad del Estado de acogida, por lo que no podría aplicarse la Directiva 96/71/CE. Aun así, como posteriormente se indicará, el formulario A1 sobre determinación de la legislación aplicable tiene presunción de veracidad y conlleva un complejo procedimiento para su modificación.

No obstante, a los solos efectos del mantenimiento de la legislación de Seguridad Social de origen de los trabajadores por cuenta propia que pasen a realizar una “actividad similar” en otro Estado miembro, el art. 14.4 del Reglamento 987/2009 da prioridad a la calificación por cuenta propia efectuada por el Estado de establecimiento que emitió el formulario A1. Esta norma apunta que el criterio para determinar si la actividad que va a realizar un trabajador por cuenta propia en otro Estado miembro es “similar” a la actividad por cuenta propia ejercida normalmente será la naturaleza real de la actividad y no la calificación de la actividad por cuenta propia o ajena que le dé otro Estado miembro.

2.3. Sobre la “temporalidad” del desplazamiento

El concepto o idea que la Unión Europea tiene de trabajador desplazado se refiere al trabajador que, de modo “temporal” o “durante un período limitado de tiempo”¹⁸, realiza su trabajo en el territorio de otro Estado miembro, distinto de aquél en cuyo territorio trabaja habitualmente, y siempre que exista una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento. Pero, ni la Directiva 96/71/CE ni la Ley 45/1999 determinan o fijan un límite temporal máximo que permita acotar los desplazamientos temporales, aunque ello se deriva del objeto o causa del desplazamiento que ha de ser, *per se*, de carácter temporal; por lo que mientras que el trabajador desplazado se encuentre vinculado o conectado con dicha actividad (que normalmente habría de tener especiales características o sustantividad propia dentro de las actividades de la empresa del Estado de acogida que solicita los

¹⁸ De conformidad con el art. 3.6 de esta Directiva, la duración del desplazamiento se calculará sobre un período de referencia de un año a partir de su comienzo.

servicios transnacionales) se entenderá que existe temporalidad. No obstante, el art. 3.6 de la Directiva 96/71/CE indica que “la duración del desplazamiento se calculará sobre un período de referencia de un año a partir de su comienzo”, pero no indica nada más respecto de su posible duración. En cambio, y de forma independiente, en materia de Seguridad social, los Reglamentos comunitarios establecen plazos temporales definidos, como posteriormente se verá.

2.4. Sobre las condiciones de trabajo y empleo del país de acogida que han de respetarse

En la Ley 45/1999 se establecen las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo. Por supuesto, entre las condiciones de trabajo que se indican en los artículos 3 y 4, no se podrá exigir la garantía de condiciones de trabajo equivalentes en materias no incluidas en la Directiva, tal y como marca el art. 3 de la Ley 45/1999 ya que son de carácter taxativo.

Respecto de la situación inversa, esto es, de desplazamiento de trabajadores por empresas establecidas en España a otros Estados de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, estas empresas deberán garantizar a sus trabajadores desplazados las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE, “sin perjuicio de aplicación a los mismos de las condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación española o en el convenio colectivo aplicable en España”. El cumplimiento de las condiciones de trabajo del Estado de acogida ha de ser controlado por las autoridades de dicho Estado. Sin embargo, esta obligación forma parte también de la legislación laboral española por lo que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podría intervenir en la vigilancia y control de las condiciones de trabajo¹⁹.

Pues bien, entre las condiciones de trabajo y empleo, recogidas tanto en leyes como en convenios colectivos, que han de respetarse en el Estado miembro donde se efectúa el trabajo (art. 3 de la Directiva) no se encuentra expresamente la Seguridad Social. Así pues, ni la Directiva ni la Ley española de transposición recogen la protección de la Seguridad Social entre las materias aplicables. Ello tiene su explicación, se ha dicho, en que al tratarse de un desplazamiento de

¹⁹ De hecho, la DA 1.3 de la Ley 45/1999 establece que constituyen infracciones administrativas las acciones u omisiones de los empresarios establecidos en España por las que se incumplan las condiciones de trabajo en el lugar de empleo por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE. Aunque en el apartado 4 se indica que, en aplicación del principio de non bis in idem, ello no podrá dar lugar a que se sancione aquellos incumplimientos que hayan sido ya sancionados penal o administrativamente en el país de desplazamiento, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

carácter temporal y al mantener el trabajador su raigambre con el Estado de origen que es donde reside normalmente (e incluso aunque no residieran en dicho Estado), se mantendrá vinculado al sistema de Seguridad Social del Estado donde radica la empresa que le contrató, cuestión en la que a continuación vamos a incidir.

3. La protección social de los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de la Unión Europea²⁰

La protección de los extranjeros y de los migrantes en materia de Seguridad Social, esto es, el llamado Derecho internacional coordinador de Seguridad Social, se ha constituido históricamente como la rama originaria del Derecho internacional de la Seguridad Social²¹. Como es conocido, la protección de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social ha sido una cuestión que ha preocupado a todos los niveles o ámbitos normadores de la Comunidad internacional²².

En particular, en el ámbito europeo, es fundamental la labor de la Unión Europea en orden a la protección de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social ya que ésta se concibe como algo necesario para la consecución de una de las bases fundamentales: la libertad de circulación de trabajadores. Por ello, en anteriores textos y en la actualidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²³ se prevé en su art. 45.2 la abolición de la discriminación basada en la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, ya que si no sería imposible conseguir la libertad de circulación de los trabajadores. De conformidad con este precepto, el art. 48 de ese mismo Tratado señala que el Consejo, en materia de Seguridad Social, adoptará las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación, creando un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes obtener y mantener sus prestaciones a pesar de la movilidad por Europa²⁴.

²⁰ Sobre esta cuestión, véase mi trabajo, "Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea", *Actualidad Laboral* nº 22, 1999, pp. 437 y sigs.

²¹ Así lo señala, por todos, PERRIN, G., en "Los principios de la Seguridad Social internacional", en *La Seguridad Social española y la adhesión a las Comunidades Europeas*, IESSS, MTAS, Madrid, 1981, pág. 173.

²² Naciones Unidas, -y, especialmente en su ámbito, la OIT-, Consejo de Europa, Unión Europea y relaciones bilaterales entre Estados; aparte de las soluciones a este problema que podamos encontrar en el Derecho interno de cada país.

²³ Versión Consolidada *Diario Oficial* n° C 326 de 26/10/2012.

²⁴ Por un lado, la acumulación de todos los tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones, así como para el cálculo de éstas y, por otro, el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios miembros.

Consecuentemente con ello se establecieron, desde los inicios, unos Reglamentos en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes establecidos por la Comunidad Europea²⁵. Con el tiempo y, sobre todo, con la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y posteriormente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la interpretación de tales Reglamentos, el Consejo los sustituyó por los Reglamentos 1408/71 y 574/72, que tras diversas revisiones a lo largo del tiempo, y afectados en su interpretación también por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han sido sustituidos por los Reglamentos 883/2004 y 987/2009²⁶ que son los que en la actualidad se encuentran en vigor²⁷.

De otro lado, la Unión Europea se ha construido de forma que, a través de diversos mecanismos compensatorios, se ha evitado movimientos emigratorios de gran envergadura, incluso con la adhesión de países del Este de Europa²⁸. Sin duda, la reducción de estas migraciones puede deberse, entre otras cosas, al propio desarrollo económico de los Estados por la influencia de la Unión Europea y, con ello, a la elevación de la calidad de vida en la configuración de

²⁵ En concreto fueron los Reglamentos nº 3 y 4 de 1958. La mejor técnica legislativa comunitaria, de entre las posibles, para conseguir la coordinación en materia de Seguridad Social de los Estados miembros ha sido a través de los Reglamentos que, conforme al art. 189 del Tratado, tienen alcance general y son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables.

²⁶ Por decirlo de algún modo, en el primero de los Reglamentos dispone el derecho material o sustantivo y el segundo de los reglamentos establece reglas de interpretación y aplicación de las normas sustantivas (es, por establecer un símil, un acuerdo administrativo como los que suelen acompañar a los Convenios bilaterales de Seguridad Social). El Reglamento 883/2004 (como anteriormente el 1408/71) apunta como normas básicas del Derecho coordinador comunitario las siguientes: su ámbito de aplicación personal (va dirigido a los nacionales de los estados miembros de la Unión, así como a sus familiares y sobrevivientes, y a los apátridas y refugiados); su ámbito de aplicación objetivo (incluye todas las ramas de las Seguridad Social, contributivas o no, siempre que no se trate de la asistencia social y médica); el trato igualitario en materia de Seguridad Social de los nacionales de la Unión independientemente de la legislación del país miembro bajo la que se encuentren; determinación de la legislación aplicable (estableciendo como regla general la "lex loci laboris" (art. 13); la aplicación de la totalización de períodos de seguro cuando sea necesario para la obtención de prestaciones y, en su caso, la "pro rata temporis" para la determinación de la cuantía; y, finalmente, la exportación de prestaciones (con algunos límites, especialmente en las no contributivas).

²⁷ Que, por cierto, también se encuentran en revisión.

²⁸ Es algo que ya se había previsto en cada uno de los crecimientos importantes de socios en la Unión Europea, así, desde hace tiempo, como vaticinó un estudio de la OIT de 1989, relativo a los movimientos migratorios en Europa, después de 1992 el mercado europeo unificado no debería desencadenar movimientos migratorios de gran envergadura como se produjeron en la década de los sesenta y a comienzos de la de los setenta y es que la elevación de la riqueza y el bienestar social por la influencia de la Unión Europea evitaría tales movimientos migratorios masivos. Por otra parte, es posible, y así ha ocurrido, que la mano de obra que se desplaza dentro de la Comunidad, en un número considerable, se reduzca a profesionales muy cualificados, como indicó VAN RAEPENBUSCH, S., en *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo*, Ministerio del Trabajo, Madrid, 1992, págs. 44 y 45.

Estados de Bienestar mediante sistemas de protección social entre cuyas medidas se encuentra, sin duda, la Seguridad Social²⁹.

Pues bien, un fenómeno especial de expatriación de trabajadores es el que nos encontramos examinando en esta aportación: los desplazados temporalmente en el marco de una prestación de servicios.

Como se ha indicado más arriba, el desplazamiento de trabajadores es un fenómeno típico de la economía globalizada y transnacional. Por ello, se ha dicho que, en el marco de la Unión Europea, "el desplazamiento crece mientras que la emigración interna tradicional se estabiliza o disminuye". Esto es, en este privilegiado marco geográfico ya no se cambia de país solo para encontrar un trabajo (salvo en época de crisis económica), sino también para realizar o desempeñar uno que ya se tiene. Las empresas envían personal en misión para realizar trabajos específicos fuera del territorio nacional, lo que es favorecido por otro de los pilares de la construcción de la Unión Europea: la libre prestación de servicios³⁰.

Si bien parece que los flujos migratorios intracomunitarios se han estabilizado, sí se observa un importante incremento del número de trabajadores que han sido destinados temporalmente por sus empresas en otro país de la Unión distinto de donde se encuentra la sede de la que dependen. Se trata, como ya hemos apuntado, de una migración "impropia" en la medida en que el trabajador accede a otro país no para buscar trabajo sino para realizar una misión encomendada por su empresa.

Los datos que tiene publicados la Unión Europea, además de ser poco fiables, como indica la propia web, no son demasiado actuales³¹. En cualquier caso, la magnitud de este fenómeno de desplazamiento temporal es ciertamente

²⁹ Efectivamente, si en una determinada región se han esforzado los Estados para lograr una armonización de los sistemas de Seguridad Social, elevando los niveles generales de protección y teniendo como objetivo principal de sus sistemas el aliviar o prevenir la pobreza, los trabajadores nacionales de dichos países, al estar cubiertos en sus necesidades más vitales, serán más reacios abandonar su país para dirigirse a otro en el que no se sabe el futuro que pueden correr.

³⁰ Así, DESDENTADO BONETE, A, "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 64, 2006, p. 20.

³¹ De hecho, los datos son de 2016 y no coincide el número de desplazados enviados y recibidos en el entorno de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo, ello viene a indicar que los Estados no llevan bien el registro de estas situaciones, especialmente, respecto de los desplazados recibidos puesto que mientras que hay constancia de que los enviados fueron 2.262.112, los Estados solo tienen constancia de haber recibido 1.436.565 trabajadores desplazados. La diferencia es muy importante, sin duda.

Vid http://www.europarl.europa.eu/infographic/posted-workers/index_es.html#overview

importante puesto que estamos barajando unas cifras de más de 2.250.000 trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo.

En todos los países se contempla esta situación, siendo Alemania el país con más movimientos de desplazamientos transnacionales. Por lo que se refiere a España, en 2016, de nuestro país se desplazaron temporalmente a otros Estados de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo a trabajar, 147.424 trabajadores³². Mientras que desde fuera de España vinieron un total de 52.353 trabajadores desplazados temporalmente³³.

3.1. La territorialidad de las leyes de Seguridad Social: sobre la posibilidad del conflicto de leyes en esta materia

Como se ha dicho en algún momento, los Estados dirigen sus sistemas de protección social a los ciudadanos nacionales. Con la aparición de los sistemas de protección social, con la idea de garantizar a los ciudadanos una protección contra los riesgos sociales esenciales procurando una redistribución de rentas hacia las clases más desfavorecidas, se configuró la Seguridad Social como un sistema de carácter obligatorio y público, sin ánimo de lucro y financiado en parte por el Estado.

El fenómeno migratorio hace que el Estado, si quiere ofrecer un sistema de protección que continúe respondiendo a las necesidades de las personas, deba de adoptar Convenios de Seguridad Social con otros Estados o adherirse a textos internacionales multilaterales para asegurar la protección de los nacionales propios que migren a otros países y, como contrapartida, proteger a los extranjeros nacionales de los Estados con los que ha mediado acuerdo que se encuentren en su territorio. Las reglas de coordinación tienen por efecto asegurar la conexión entre las diferentes legislaciones nacionales sin crear un régimen común de Seguridad Social entre los Estados que se encuentran ligados por tales acuerdos. Por ello, para elaborar las normas coordinadoras eficaces, además de otros aspectos, deberán de tenerse muy presentes las particularidades propias de cada una de las legislaciones³⁴.

³² Por importancia, a Francia el 28%; a Alemania el 15,10%; a Portugal el 11,70%; a Reino Unido el 10,40%; a Italia el 8,50%; a Holanda el 3%; a Polonia el 2,40%; a Suiza el 2,20%; el resto diseminado entre otros países.

³³ Por importancia, desde Alemania el 25,80%; desde Francia el 23,50%; desde Portugal el 17,60%; desde Italia el 12,60%; desde Polonia el 4,20%; desde Bélgica el 3,90%; desde Austria el 3%; desde Holanda el 2,20%, el resto desde otros países de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

³⁴ Como con acierto indica PERI, G., en "L'interpretation des instruments de coordination de Sécurité Sociales", *Revue Belge du Sécurité Sociale* nº 8-9, 1991, págs. 459-460. Además de ello, la importancia de los flujos o corrientes migratorias entre los Estados hará que los países de origen o destino de los migrantes estén interesados en celebrar Convenios de Seguridad Social ya que no parece muy elocuente que un Estado firme un acuerdo coordinador de las legislaciones de

Continuando con lo anteriormente dicho, los sistemas de Seguridad Social, como servicio público que son, sólo procuran regular las situaciones sociales relevantes en las materias producidas bajo su territorio. No obstante, los trabajadores migrantes han conseguido que los poderes públicos se interesen por su protección social más allá de las fronteras estatales y adopten, en ocasiones, normas (internas o internacionales) que van a afectarles.

Las normas que regulan esta protección son de carácter público y como tal, según algunos autores, de aplicación estrictamente territorial y por lo cual excluido del campo del conflicto de leyes³⁵, idea que no compartimos. De hecho, algunos autores han señalado que, a pesar de que las reglas del Derecho de la Seguridad Social son de derecho público, no ha de excluirse la materia de la posibilidad de existencia de conflicto de leyes³⁶, ya no porque el Derecho de la Seguridad Social pueda ser aplicado directamente por los órganos jurisdiccionales de otro país (que no parece que sea posible o lógico), sino porque se observan cuestiones de falta de armonización de las legislaciones de Seguridad Social³⁷ (entre ellas, la diferencia en los ámbitos subjetivos de cobertura; la cualidad pública o privada de los entes que gestionan la Seguridad Social; sistema de financiación, etc) que, a causa de la falta de uniformación, pueden hacer surgir en la práctica conflictos entre leyes en materia de Seguridad Social. Además, otros autores que mantienen esta tesis indican que los conflictos se producen por el aleatorio juego de los principios de territorialidad o personalidad de las leyes de Seguridad Social que pueden dar lugar a que un trabajador pueda verse cubierto por las legislaciones de Seguridad Social de dos Estados (o de ninguno) al mismo tiempo lo cual, sin duda, puede producir disfunciones o problemas en la protección del trabajador³⁸.

Seguridad Social con un Estado respecto del que no hay ningún nacional de cualquiera de ellos en el territorio del otro.

³⁵ Así lo indica FREYRIA, C., en "Sécurité Sociale et droit international privé", *Revue Critique de Droit Internationale Privé*, 1956, 416 y 417. En la doctrina española, MONTOYA MELGAR, A., en "El Derecho internacional de la Seguridad Social", publicado en *Revista de Política Social* nº 61, 1964, en concreto, pág. 400 y GARCÍA RODRÍGUEZ, I., en *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1991, pág. 56, siguen, de forma clara Freyria, e indican que para que pueda darse el caso es necesario que, designada la ley material competente por la norma conflictual, se produzca su recepción por las instituciones jurisdiccionales o administrativas del país extranjero y el juez nacional al considerar la pretensión en materia de Seguridad Social de un trabajador extranjero ha de aplicar la legislación de Seguridad Social española utilizando las propias instituciones jurídicas sin tener en cuenta las extranjeras.

³⁶ Así lo indica WIBAULT, en "Le Droit de la Sécurité Sociale et la notion de conflit de lois", *Droit Social* nº 5, 1965, pág. 325. O en la doctrina española MARÍN LÓPEZ, A., en "La aplicación de las normas de Seguridad Social", *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos* nº 2, 1973, págs. 35 y 36.

³⁷ Como recuerda CORREA MEYER RUSSOMANO en "Conflictos espaciales de leísem materia de previdencia social", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social* nº 2, 1969 págs. 228 y sigs.

³⁸ Sobre el tema puede verse, por todos, LYON-CAEN, A. y LYON-CAEN, G., en su *Droit social international et européen*, séptima ed., Dalloz, Paris, 1991, págs. 71 a 78.

En mi opinión, la tesis más acertada, y también acogida de forma mayoritaria, es entender que es posible y real la existencia de un conflicto de leyes en materia de Seguridad Social. Y ello porque uno de los mecanismos que se inserta en la negociación bilateral o multilateral (y, por supuesto en la regulación comunitaria³⁹) de los sistemas de coordinación internacional de las legislaciones de Seguridad Social es precisamente el de la determinación de la legislación aplicable. Aunque hay una regla genérica, son muchas las situaciones en las que puede haber interferencias entre las legislaciones nacionales y extranjeras de Seguridad Social, siendo necesario solventar el “conflicto” entre las leyes de Seguridad Social que van a incluir al migrante en su campo de aplicación⁴⁰. Tan es así que esta es la misma idea que recoge el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de las normas de coordinación de los sistemas de Seguridad Social que determinan la ley aplicable porque “constituyen un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes, cuyo objetivo es someter a los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión Europea al régimen de Seguridad Social de un único Estado miembro para evitar la acumulación de legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello pueden derivarse”⁴¹.

3.2. La “lex loci laboris” y sus excepciones

Resulta, pues, necesario conocer cuál es la legislación aplicable a la relación de Seguridad Social de los trabajadores migrantes. En realidad los Estados definen de forma soberana el campo de aplicación de sus leyes de Seguridad Social, invocando unas veces el principio de territorialidad, puesto que la legislación aplicable se rige principalmente por la residencia y trabajo en el país. Otras veces se aplica el principio de personalidad, puesto que el derecho a las prestaciones se manifiesta como un derecho personal ligado al ejercicio de una actividad o al pago de cuotas durante un determinado período de tiempo. Finalmente, es posible, lo que sucede con bastante frecuencia, que se invoquen ambos principios según las distintas situaciones que puedan contemplarse. De ahí que, una combinación de estos principios no coordinada en situaciones

³⁹ En el Título II (arts. 11 a 16) del Reglamento 883/2004.

⁴⁰ Como acertadamente apunta BONNET, R., en “Conflits entre les droits nationaux et les “instruments internationaux dans le domaine de la Sécurité Sociale”, *Juris-Classeur*, fasc. 578-A, de mayo de 1993, pág. 8. En el mismo sentido, PERRIN, G., en “Introduction au droit international de la Sécurité Sociale”, *Revue Belge du Sécurité Sociale* nº 1-2, 1991, pág. 18. Por otro lado, a modo de ejemplo, otro conflicto puede producirse, respecto del principio de conservación de derechos en curso de adquisición, cuando, respecto de la totalización de periodos para la adquisición de prestaciones, se encontraban períodos cotizados o asimilados cumplidos en ambos Estados al mismo tiempo.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1994, Guido Van Poucke contra Rijksinstituut voor de Sociale Verzekering der Zelfstandigen y Algemene Sociale Kasvoor Zelfstandigen, Asunto C-71/93.

transnacionales (temporales o no) podría originar situaciones en las que el trabajador no estuviera sujeto a ninguna legislación o, por el contrario, que estuviera sujeto a más de una legislación de diferentes Estados.

Debido al carácter de derecho público de los sistemas de Seguridad Social, el Derecho internacional coordinador de la Seguridad Social, tradicionalmente, ha adoptado como regla general o comúnmente aceptada para la determinación de la legislación aplicable: la llamada “*lex loci laboris*” que, además de servir para solucionar el posible conflicto de leyes en materia de Seguridad Social, es coherente con la relación contributiva y prestacional de carácter público de tales sistemas de protección⁴². Ello ha sido, sin duda, la consecuencia de la confirmación de la territorialidad de las leyes de Seguridad Social, a causa, seguramente, del carácter público de las normas y del arraigo contributivo de los sistemas de protección social.

El establecimiento de la “*lex loci laboris*” no se hace en todos los textos internacionales con la misma técnica legislativa; se han observado distintas técnicas para la implantación de esta regla⁴³. Sea como fuere, el establecimiento de la “*lex loci laboris*” es una cláusula habitual y principal en la mayoría de los Convenios para señalar, sin que quepa duda, que las personas empleadas en el territorio de uno de los Estados contratantes estarán sometidas a las disposiciones legales vigentes en dicho Estado, esto es, se encontrarán cubiertos por la legislación de Seguridad Social del Estado donde ejercen su actividad laboral o profesional. Esta regla se encuentra recogida en el art. 11.3 a) del Reglamento 883/2004, que indica que “la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro”.

Respecto de los trabajadores por cuenta propia, en el ámbito de la Unión Europea, éstos se incluirán en el sistema de protección social del país donde residen habitualmente siempre que realicen o ejerzan una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro (criterio de residencia)⁴⁴.

El mayor problema se puede plantear en los supuestos en que se dé una situación de pluriactividad o pluriempleo internacional, esto es, cuando un sujeto incluido en el campo de aplicación del mismo pueda ejercer dos

⁴² Como indica SEMPERE NAVARRO, A.V., en “Principios generales de la Seguridad Social comunitaria”, en AAVV, *La Seguridad Social internacional: convenios bilaterales y derecho comunitario*, Madrid, 1994, p. 18-19

⁴³ Sobre las distintas fórmulas puede observarse GARCÍA RODRÍGUEZ, I, “La aplicación de normas materiales imperativas sobre concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social en el Derecho Internacional y en el Derecho Comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 2, 1992, págs 229 a 236.

⁴⁴ En caso de que no resida en un Estado miembro en los que ejerza una parte sustancial de su actividad, se le aplicará la legislación del Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de sus actividades.

profesiones, una en cada Estado miembro (Convenio bilateral) o de diferentes Estados miembros (Convenio multilateral o Reglamentos Comunitarios), la solución ofrecida en el Derecho internacional coordinador es diversa. Aunque en muchas ocasiones la normativa internacional se ha solventado esta cuestión aplicando la ley del lugar de residencia o bien la de la sede del empleador. Además, en los ordenamientos cuyo sistema de Seguridad Social sea de carácter universal o no contributivo se suele priorizar el criterio de residencia.

En el supuesto en el que el trabajador realice una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados de la Unión (lo que, en hipótesis, podría ocurrirle a un trabajador desplazado⁴⁵) le será aplicable la legislación del Estado donde resida, siempre y cuando ejerza una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro o si depende de varios empresarios o empresas que tengan su sede o domicilio en diferentes Estados miembros. Si no ejerciera o realizara una parte sustancial de sus actividades en el Estado de residencia, le será aplicable la legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario que la ocupa principalmente tenga su sede o su domicilio.

En cambio, cuando un trabajador pueda quedar sometido a la legislación de dos Estados por ser trabajador asalariado en el territorio de una y trabajador por cuenta propia en el de la otra, se estará obligado al pago de cotizaciones en el país donde trabaja por cuenta ajena (criterio de ajenidad)⁴⁶.

De otro lado, la “*lex loci laboris*” no supone una regla absoluta e incondicional ya que para determinadas categorías de trabajadores o en

⁴⁵ En estos casos de pluriempleo podría darse una situación extraña. De un lado, en materia laboral, puesto que para el puesto de trabajo por el que fue desplazado habría de aplicarse la legislación del país de origen y para el puesto de trabajo (ya como emigrante) encontrado en el país de destino se le aplicaría la legislación de este país de acogida. De otro lado, en materia de Seguridad Social, para evitar una posible situación de doble cotización que no llevara consigo una doble prestación, habrían de aplicarse las reglas del art. 13.1 del Reglamento 883/2004, lo cual tampoco es sencillo porque el concepto de residencia habitual no se ha desarrollado en el Reglamento 987/2009. Sin embargo, esta situación se podría solventar con el procedimiento establecido en el art. 16 del Reglamento 987/2009 en el que es el propio trabajador el que ha de informar de su especial situación a la institución competente de su Estado de residencia, siendo esta la que determine la legislación aplicable (de forma provisional pues hay un procedimiento de comunicación a las otras instituciones y éstas lo acepten). Ello supone que es, en definitiva, el trabajador el que va a decidir cuál es su lugar de residencia habitual respecto de la determinación de la legislación aplicable, el problema será cuando por desconocimiento, lo que será muy frecuente, el trabajador no informe de esta situación a la institución del país de residencia. Es posible que ello se detecte al final de la carrera de seguro y habrá de determinarse por cada una de las instituciones competentes sobre el derecho a prestaciones de forma independiente o en aplicación de la totalización de períodos de seguro.

⁴⁶ Como indica, el art. 133 del Reglamento 883/2004, a excepción de que la actividad por cuenta ajena la realice en dos o más Estados miembros, que en tal caso se aplican las reglas anteriores sobre trabajo por cuenta ajena, esto es, las que tiene en cuenta donde realiza parte sustancial de la actividad.

situaciones especiales se establecen excepciones⁴⁷. El denominador común de todas ellas reside en que el trabajo por cuenta ajena realizado lo es para una empresa o entidad que tiene una fuerte conexión con el país de origen del trabajador y, por supuesto, también respecto del personal al servicio de la Administración Pública en otro Estado.

Así, habitualmente, en el Derecho internacional coordinador se excluye de la aplicación de la “lex loci laboris”⁴⁸:

- a) Al personal al servicio de la Administración de una de las partes que ejerzan su actividad en el territorio de la otra parte (ya sea diplomático o consular o del personal funcionario o empleado al servicio de una Administración o servicios administrativos oficiales destinado en el territorio de la otra parte).
- b) A los trabajadores destacados o desplazados temporalmente.
- c) A los trabajadores de empresas mixtas.
- d) Al personal al servicio de empresas de transportes internacionales (independientemente de que éstos sean públicos o privados o de mercancías o pasajeros).

El Título II del Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea es el encargado de establecer una serie de normas de colisión para los supuestos en los que la prestación de servicios de un trabajador haya tenido conexión con diferentes sistemas de protección social. Por supuesto, se trata con ello de evitar dificultades administrativas, posibles lagunas de protección de los trabajadores transnacionales, solapamientos en la aplicación de las normas protectoras, con la consiguiente duplicidad de cotizaciones, siendo establecida, evidentemente, como regla general la “lex loci laboris”⁴⁹.

⁴⁷ En la negociación bilateral es frecuente observar la posibilidad de que, de común acuerdo, las partes apliquen nuevas excepciones a la ley del lugar del trabajo o inaplicaciones de las excepciones previstas por el propio tratado a la “lex loci laboris”, en interés de ciertos trabajadores o grupos de trabajadores. Dicha posibilidad también viene recogida en el art. 16 del Reglamento 883/2004.

⁴⁸ Véanse los artículos 11.4, 12, 14, 15 y 16 del Reglamento 883/2004.

⁴⁹ En este sentido, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. en *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 31.

3.3. En especial, la exclusión de los trabajadores destacados “desplazados temporalmente” de la regla de aplicación de la “lex loci laboris” en la Unión Europea⁵⁰

En la actualidad, y como vimos anteriormente, en el marco de la Unión Europea, las estadísticas nos demuestran cómo crece de forma importante el número de trabajadores destacados o en misión, frente a los migrantes tradicionales. La dimensión de este fenómeno probablemente se ampliará con el paso del tiempo en la medida en que la apertura de fronteras y el mercado único impliquen de forma activa y real las economías de los Estados miembros, al encontrarse amparados por la libre prestación de servicios y la libre circulación de personas consagradas en los Tratados constitutivos.

Sintomático de ello es que, como ya se apuntó, el 16 de diciembre de 1996 se adoptara la Directiva nº 71 (DOCE L 18, de 21-1-1997) relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Evidentemente, la realización del mercado interior ofrece un entorno dinámico, y apropiado, para la prestación de servicios transnacionales al invitar a un número cada vez mayor de empresas a desplazar a sus trabajadores temporalmente en el territorio de un Estado miembro distinto del que trabajan habitualmente. Por supuesto, este fenómeno de transnacionalización de las relaciones de trabajo requiere de un clima de competencia leal y de medidas que garanticen los derechos de los trabajadores. Evidentemente, al tratarse de una Directiva de regulación de un aspecto “colateral” de la libre prestación de servicios el criterio que preside la regulación es, ciertamente, “extraña” al prescindir del art. 45 TFUE sobre la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea y, como se verá, de las reglas y beneficios de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social del Reglamento 883/2004.

Así pues, esta Directiva excluye la protección en materia de Seguridad Social de los trabajadores desplazados temporalmente, siendo los Reglamentos de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social los que hacen referencia a la situación protectora en la que se encuentran⁵¹. El porqué de la disociación en

⁵⁰ Una cuestión previa: aunque el art. 12 del Reglamento 883/2004 excluya a estos trabajadores de la aplicación de la ley del lugar del trabajo, no significa que los destacados hayan sido excluidos totalmente del sistema de coordinación establecido por el propio Reglamento. Y ello porque, al menos respecto de las prestaciones en especie sería posible la concesión de las mismas en virtud de las reglas establecidas para el servicio de tales prestaciones en situaciones de estancia fuera del territorio competente, ex art. 19 del mencionado Reglamento.

⁵¹ El art. 12.1 del mentado Reglamento indica que “la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de este trabajo no exceda de 24 meses y de que dicha persona.” Y en su apartado 2, se indica extiende esta situación a los trabajadores por cuenta propia; así “la persona que ejerza normalmente una

la regulación entre el Derecho del Trabajo y el de la Seguridad Social en los trabajadores desplazados puede venir en que “la norma de la Seguridad Social, como norma de formación de derechos a lo largo del tiempo, es más compleja que la norma laboral que normalmente se agota en el momento de la ejecución del contrato”⁵². Como diría el Tribunal de Justicia, en el asunto Manpower 35/70, el desplazamiento tiene por objeto “favorecer la interpenetración económica y evitar las complicaciones administrativas” que podrían derivarse de una afiliación sucesiva en los distintos Estados donde se tenga el empleo⁵³.

Pero, teniendo en cuenta que la mayoría de las situaciones de desplazamiento temporal son de prestación de servicios de empresas situadas en países menos ricos a otros con mayor desarrollo dentro de la Unión Europea, en estos casos, y en la medida en que la protección social de los países de destino se encuentre más desarrollada y con mejores prestaciones, la aplicación de la legislación de origen a los trabajadores desplazados no les reportará una ventaja o protección social mejor⁵⁴. Lo que demuestra, como ya se advirtió anteriormente, la prevalencia para el legislador europeo de la libertad de prestación de servicios frente a la libertad de circulación de trabajadores.

3.3.1. La exclusión de la aplicación de la “lex loci laboris”⁵⁵ a los trabajadores desplazados temporalmente

Así pues, como ya se ha avanzado, a los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación transnacional de servicios en la Unión Europea no se les va a aplicar la “lex loci laboris”. Se produce una excepción a la regla general en el art. 12 del Reglamento 883/2004,

actividad por cuenta propia en un Estado miembro y que vaya a realizar una actividad similar en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicha actividad no exceda de 24 meses”.

⁵² Así lo indica, DESDENTADO BONETE, A, “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/71 al Reglamento 883/2004”, op. cit., p. 20.

⁵³ Rec. 1970, págs 1257 y 1258. Sobre el tema puede verse TANTAROUDAS, CH., en *La protection juridique des travailleurs migrants de la CEE*, París, Económica, 1976, pág. 338 y sig.

⁵⁴ O en palabras de MIRANDA BOTO, J.M. “Ciertamente, el Reglamento (CE) núm. 883/2004 protege al trabajador de un país próspero cuando lo abandona temporalmente por orden de su empresa. Pero lleva en sí una amenaza para la prosperidad de esos países que puede acabar siendo una ruina de los Estados de bienestar que conforman el modelo social europeo”, en “Desplazamientos transnacionales de trabajadores: La perspectiva de Seguridad Social”, en Gárate Castro (Coord.): *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 276

⁵⁵ En el ámbito multilateral mundial o regional, en especial los arts. 11 de los Convenios nº 97 y 143 de la OIT y con el art. 15 del Convenio Europeo de Seguridad Social, también se han establecido las notas características de los trabajadores destacados: la dependencia contractual se encuentra establecida, pese al destacamiento, con una empresa domiciliada en el país de origen; no se produce un traslado definitivo de domicilio, sólo un cambio eventual; y el trabajo motivo del desplazamiento es “específico” y “temporal”.

estableciéndose que los mismos seguirán estando sujetos a la legislación del país donde fueron contratados.

De hecho, lo que se trata, en definitiva, con la elección de esta especial regla es evitar, entre otras cosas, la situación de doble cotización que no lleve aparejada una doble prestación, cuando conduzca a una acumulación de prestaciones no deseada por el Estado o, incluso, cuando así se consiga una simplificación burocrática⁵⁶. Como indica GARCÍA MURCIA, son normas cuyo sentido no es la “protección social por sí misma... sino la finalidad de facilitar al máximo la movilidad de personas y eliminaren lo posible las trabas que los interesados puedan encontrar a tal efecto”⁵⁷.

La redacción dada al art. 12 del Reglamento 883/2004 ha afinado la situación de desplazamiento temporal transnacional, especialmente respecto de los trabajadores por cuenta ajena. Situación que ha sido la que ha recibido un mayor número de interpretaciones por distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, indicándose que están contratados por un empleador que “normalmente” ejerce sus actividades en un Estado miembro pero que, en su libertad de prestación de servicios, va a realizar una actividad en otro Estado miembro, para lo cual trasladará temporalmente a sus trabajadores a dicho Estado para la realización del servicio contratado⁵⁸.

Por lo que se refiere a la empresa a la que pertenece el trabajador, es indiferente que sea pública o privada, lo que sí se exige es que dicha empresa esté domiciliada, tenga su sede o tenga su establecimiento en el país de origen del trabajador (y, evidentemente, que sea Estado miembro de la Unión Europea). Además, el ejercicio normal de actividades por un empleador en un territorio de un Estado de la Unión Europea no es solo una actividad de gestión puramente interna⁵⁹. De hecho, la Decisión A2 de 12 de junio de 2009 de la Comisión

⁵⁶ Sin embargo, es posible según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el Estado de acogida o de destino, aun no siendo competente, pueda ofrecer una prestación suplementaria a tales trabajadores (Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2012, 611/10, Asunto Waldemar Hudzinski contra Agentur für Arbeit Wesel –Familienkasse y Jaroslaw Wawrzyniak contra Agentur für Arbeit Mönchengladbach– Familienkasse), al respecto, y en este mismo sentido, véase MANEIRO VÁZQUEZ, Y. “Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 132, 2017, p. 254-255.

⁵⁷ En “Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa”, en *AAVV El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, p. 29.

⁵⁸ Como indica GÓMEZ ABELLEIRA, F., la redacción dada al art. 12 del Reglamento 883/2004 más que conllevar una alteración de la realidad jurídica anterior, supone “una mera recepción de la interpretación avalada sistemáticamente por el TJCE y por la CASSTM”, en Correa Carrasco. (Dir.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ediciones de BOE, Madrid, p. 471.

⁵⁹ Lo que supondría la mera creación de una estructura empresarial (“empresa buzón”) para poder exportar mano de obra más barata en una situación real de competencia desleal. Así, STJUE

Administrativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social (en adelante, Decisión A2) para determinar esta actividad “normal” de la empresa en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, indica que pueden tomarse en cuenta indicios, entre otros, como la localización de la oficina principal y de la sede de la empresa, cantidad de personal administrativo en ambos Estados, el lugar de contratación del trabajador, el Estado donde la empresa celebra un mayor número de contratos, los resultados de la empresa en cada Estado, el tiempo que lleva establecida la empresa en el Estado de origen.

Los trabajadores desplazados a los que nos referimos son los que ejercen su actividad por cuenta ajena en la industria o servicios, excluyendo evidentemente a los servidores públicos y a los trabajadores desplazados de empresas marítimas⁶⁰. Son diversas las formas que en el ámbito de los recursos humanos se llama este tipo de expatriación: desplazamiento, destacamento, traslado, *secondment*, *posting*, trabajadores nómadas, *commuters*, etc. En cualquier caso, como se vio, la Directiva 96/71/CE contempla tres formas de desplazamiento en su art. 1.3: la cesión de personal a través de empresas de trabajo temporal, las contrataciones y subcontratas y la movilidad de trabajadores dentro del mismo grupo empresarial.

Inicialmente, los Reglamentos de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social exigían que el desplazamiento lo fuera respecto de trabajadores que dependieran “normalmente” de tales empresas, como posteriormente determinó la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ello no tenía que suponer un vínculo habitual previo al desplazamiento del trabajador con la empresa de envío⁶¹, lo que posteriormente vendría a recogerse en la Directiva 2014/67/UE⁶². Teniendo que examinarse caso por caso la situación para determinar la naturaleza de vínculo con la empresa⁶³.

Asunto C-404/98, Josef Plum contra Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regional direktion Köln, de 9 de noviembre de 2000.

⁶⁰ Estos supuestos específicos se encuentran regulados en los art. 11.3 d) (funcionarios y asimilados) y 11.4 del Reglamento 883/2004 (trabajadores del mar), respectivamente, que también excluyen la aplicación de la *lex loci laboris*. Además, el art. 1 de la Directiva en su apartado 2 excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las empresas de la marina mercante por lo que se refiere al personal navegante y, del apartado primero, puede inferirse con claridad que no es de aplicación a los funcionarios y asimilados, pues se refiere a “empresas” que desplacen a sus trabajadores.

⁶¹ STJUE asunto 19/67 Van der Vecht de, 5 de diciembre de 1967 y STJUE asunto 35/70 Manpower, de 17 de diciembre de 1970.

⁶² Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»)

⁶³ De hecho, la STJUE Asunto C-256-01 Allonby de 13 de enero de 2004 en su parágrafo 69 indica que “la pregunta sobre la existencia de dicho vínculo debe recibir una respuesta en cada caso

Se trata de trabajadores que ejercen una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia⁶⁴ en un país y que se desplazan temporalmente (son enviados por sus empresas en el caso de los trabajadores por cuenta ajena⁶⁵) al otro país para realizar una actividad laboral o profesional y, a causa de esta temporalidad, no van a ser incluidos en el sistema de protección del país donde se han desplazado o han sido destinados.

Evidentemente, esta excepción dependerá de la concurrencia de los requisitos legales al respecto, por lo que en los casos en los que se haya producido una situación de elusión ilícita de la normativa del país de acogida creándose empresas de establecimiento ficticio o sin actividad, creadas *ad hoc* para “exportar mano de obra”, no podrá aplicarse esta excepción. Aunque el procedimiento para determinar este tipo de responsabilidades, como más abajo se verá, puede ser complejo sobre todo si las autoridades laborales de los países donde pueden darse estas situaciones fraudulentas no colaboran con las instituciones del país donde son trasladados los trabajadores.

Aunque sin valor vinculante para la jurisdicción europea⁶⁶, la Decisión A2 de 12 de junio de 2009⁶⁷ establece como condición decisiva para aplicar el art. 12

concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen las relaciones entre las partes”.

⁶⁴ La STJUE Asunto C-178/97 Barry Banks y otros contra Theatre Royal de la Monnaie, de 30 de marzo de 2000, recuerda que en los Reglamentos de coordinación el trabajo por cuenta propia se refiere a una actividad que ejerce normalmente este tipo de trabajadores y no la prestación ocasional que efectuase fuera del Estado donde habitualmente la desarrollaba (de hecho, en esta sentencia, se permite el desplazamiento temporal transnacional de un trabajador por cuenta propia para la realización de un trabajo temporal por cuenta ajena, continuando sujeto al sistema de Seguridad Social del país de origen donde ejercía por cuenta propia). Una crítica a esta interpretación en el sentido de que debería haberse mantenido una correspondencia entre los trabajos, esto es, por cuenta propia, en ambos países para evitar los problemas de dumping social en DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 64, 2006, p. 29. De otro lado, en la práctica internacional, puede observarse como existen algunos Convenios bilaterales que permiten la aplicación de la excepción de la ley del lugar del trabajo a trabajadores autónomos o por cuenta propia desplazados temporalmente al territorio de la otra parte.

⁶⁵ Ya sea a una sucursal de la empresa sita en dicho Estado o a otra empresa distinta. E incluso es posible que un trabajador de una empresa de trabajo temporal que radique en el mismo Estado pueda ser enviado por la empresa usuaria como destacado a otro Estado de la Comunidad.

⁶⁶ Vid, por todas, STJUE asunto 19/67 Van der Vecht de, 5 de diciembre de 1967 en la que se indica que las decisiones de la Comisión Administrativa no vinculan al Tribunal de Justicia.

⁶⁷ DOUE de 24-4-2010. Ha habido anteriormente otras decisiones de la Comisión Administrativa sobre esta cuestión que han intentado dar respuesta a los diferentes problemas interpretativos que suscitaba en materia de Seguridad Social el desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y de conformidad con los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Decisiones de la Comisión Administrativa n° 110 de 16 de diciembre de 1977, n° 113 de 28 de febrero de 1980, n° 128 de 17 de octubre de 1985, n° 162 de 31 de mayo de 1996 y n° 181 de 13 de diciembre de 2000).

del Reglamento 883/2004 la existencia de una “relación directa entre el empleador y el trabajador”. Para determinar si se existe o se mantiene dicha relación directa deben tomarse en consideración varios elementos, entre los que figura la responsabilidad de la contratación, del contrato laboral, de la remuneración (sin perjuicio de los posibles acuerdos entre el empleador en el Estado de envío y la empresa en el Estado de empleo sobre la remuneración de los trabajadores), del despido y de la autoridad para determinar la naturaleza del trabajo⁶⁸.

Además, hace una interpretación arriesgada a mi juicio, del art. 14 del Reglamento (CE) 987/2009 de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Como se conoce, este precepto indica que la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro podrá ser una persona contratada con miras a enviarla a otro Estado miembro, siempre y cuando el interesado, “inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo”, esté ya sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa que la emplea esté establecida. Pues bien, la Decisión A2, aunque sea a título indicativo, señala que se entenderá como “inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo”, el que el trabajador “haya estado sujeto al menos un mes a la legislación del Estado miembro en el que está establecido el empleador”, para períodos más cortos se dice “sería preciso hacer una evaluación en cada caso teniendo en cuenta todos los demás factores en juego”.

De todas formas, para suavizar la interpretación de este criterio, ha de tenerse en cuenta que lo que se exige es que el trabajador haya estado encuadrado en la “legislación del país de origen”, no necesariamente en la empresa que va a trasladarlo. No obstante, pueden darse casos, especialmente en las empresas de trabajo temporal o en otras situaciones, en los que esta interpretación de la Decisión A2 sea contraria incluso a lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como ya se ha visto en el Asunto Manpower. De hecho, este plazo de un mes ha sido criticado con razón por la

⁶⁸ En sentido parecido se pronunciaba la anterior Decisión aplicable en la interpretación del Reglamento 1408/71 respecto de trabajadores desplazado, Decisión nº 162, de 31-5-1996 (DOCE de 21-9-1996), relativa a la legislación aplicable a los trabajadores destacados, el trabajo se considerará efectuado por cuenta de la empresa del Estado de envío cuando se efectúe para dicha empresa y subsista un “vínculo orgánico” entre el trabajador y la empresa que lo ha destacado. Para demostrar la existencia de ese vínculo es preciso tener en cuenta varios elementos, entre ellos y especialmente, la responsabilidad en materia de contratación, contrato de trabajo, despido y determinación de la clase de trabajo.

doctrina ya que dificulta enormemente la actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal⁶⁹.

De otro lado, no es necesario que el trabajador sea nacional del país en cuestión, lo importante es que se encuentre incluido en el campo de aplicación del país de origen. Como recuerda VAN RAEPENBUSCH, “se aplica incluso cuando el trabajador está contratado en un Estado miembro exclusivamente con objeto de realizar un trabajo en otro Estado miembro”⁷⁰. Más aún, como se indicó anteriormente, la Directiva 96/71/CE se aplica en tres supuestos, pero es indiferente que el trabajador haya sido enviado a realizar sus actividades a “una o varias empresas” situadas en el mismo Estado de empleo, siempre y cuando dicho trabajador siga haciendo el trabajo para la empresa que lo envía, como indica el apartado 3 a) de la Decisión A2. En los supuestos en los que el trabajador haya sido enviado de forma sucesiva a varios Estados miembros, “se considerará que en cada uno de ellos se produce un nuevo envío”, por lo que sería posible que un trabajador se pasara largos períodos de su carrera de seguro en distintos Estados de la Unión Europea en condición de desplazado temporal, siéndole aplicable la legislación del país de origen.

Finalmente, se aplicará, *ex* apartado 4 de la Decisión A2, la “*lex loci laboris*” en tres situaciones concretas⁷¹:

- a) En el caso de que la empresa a la que se desplaza inicialmente al trabajador, esto es, la radicada en el otro Estado miembro, ponga al trabajador a disposición de otra empresa en ese mismo Estado. Esto en España sería calificado con seguridad como un supuesto de cesión ilegal de mano de obra. Cosa distinta es que la empresa de origen haya contratado con dos empresas del mismo Estado miembro una prestación de servicios y, consecuencia de ello, envíe a su trabajador a realizar actividades a ambas empresas. La aplicación de la ley del lugar de empleo sería, exclusivamente, en los supuestos de cambio de adscripción en la empresa dónde ha

⁶⁹ Así, MIRANDA BOTO, J.M., indica que “Merece la pena resaltar que la precisión de la Decisión dificulta severamente la actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal, obligándolas al análisis casuístico que podría ser, paradójicamente, contrario a la libre prestación de servicios últimamente tan protegida por el Tribunal. Por otra parte, el Reglamento establece una mera sujeción a la legislación estatal, no un contrato de trabajo con la propia empresa que envía al trabajador. Ateniéndonos a la literalidad del precepto, desempleados y estudiantes, por ejemplo, podrían quedar incluidos en la regla reglamentaria y excluidos por la Decisión, a salvo del análisis concreto”, en “Desplazamientos transnacionales de trabajadores: La perspectiva de Seguridad Social”, *op.cit.*, 2011, p. 270.

⁷⁰ En *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 335. Sobre el destacamento pueden observarse dos importantes sentencias Van der Vecht (asunto 19/67, de 5-12-1967, Rec. 1967, pág. 445) y Hakenberg (asunto 13/73, de 12-7-1973, Rec. 1973, pág. 935.).

⁷¹ En el mismo o sentido parecido que recogía la Decisión nº 162 de 31-5-1996.

de realizarse la actividad laboral ya que ésta ha cedido al trabajador que le fue enviado desde otro Estado miembro en el marco de una prestación de servicios a otra empresa distinta para trabajar en la misma, (empresa, esta última, que nada tuviera que ver con la empresa que inicialmente lo trasladó temporalmente).

- b) En el caso de que se ponga al trabajador desplazado en un Estado miembro a disposición de una empresa situada en otro Estado miembro. Sería un supuesto “de desplazamiento del desplazado”, esto es, desplazar a un trabajador que esta ya ejerciendo como desplazado.
- c) Por último, también se les aplicará la “lex loci laboris” a los trabajadores que hayan sido contratados en su país de residencia⁷² por una empresa radicada en otro Estado de la Unión Europea para ser enviados como desplazados a un tercer Estado miembro. Es decir, se trata de contratación de trabajadores *ad hoc* (en el marco de una prestación de servicios transnacional) para ser desplazados.

Respecto todas estas situaciones, en mi opinión, sería discutible la aplicación de la “lex loci laboris” en el caso de que la cesión del trabajador lo fuera a otra empresa (dentro o fuera del Estado miembro de recepción inicial) cuando se tratase de una empresa del mismo grupo de empresas.

3.3.2. La temporalidad como característica de la labor a realizar por el trabajador desplazado

De otro lado, la temporalidad de la estancia y del trabajo a realizar en el país de destino de los trabajadores desplazados varía en los distintos instrumentos internacionales de Seguridad Social, pudiendo encontrar períodos que oscilan entre uno y cinco años, con posibilidad de prórroga de esta situación siempre previa autorización o conformidad del país donde el sujeto realiza su actividad laboral, esto es, quien reconoce el derecho a la prórroga es el país donde se realiza el trabajo⁷³.

⁷² El país de residencia del trabajador debe ser de la Unión Europea.

⁷³ En la negociación de Convenios bilaterales de Seguridad Social, la duración de la prórroga es variable: bien indeterminada en algunos casos, o sea el tiempo adicional que permita el Estado de recepción o lo que ambas partes acuerden. O bien, en el resto de los casos, la duración de la prórroga está tasada entre doce meses y dos años y se producirá siempre previa autorización o conformidad del país donde el sujeto realiza su actividad laboral, lo que significa que quien reconoce el derecho a la prórroga es el país donde se realiza el trabajo.

En el caso del Derecho coordinador de la Seguridad Social de la Unión Europea, como se ha visto, el plazo temporal es de 24 meses⁷⁴. En todo caso, la interrupción temporal de las actividades del trabajador en la empresa de Estado de empleo no afectará, en principio, al período establecido para el desplazamiento⁷⁵. Es curiosa la disonancia en la regulación de la temporalidad de los Reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social con respecto a la Directiva 96/71/CE (ya que ni en ésta, ni en la Ley 45/1999 que la traspone, se fija un límite, solo se exige que el desplazamiento tenga “carácter temporal”), aunque como se dijo anteriormente, el art. 3.6 de la Directiva 96/71/CE indica que “la duración del desplazamiento se calculará sobre un período de referencia de un año a partir de su comienzo”, pero no indica nada más respecto de su posible duración.

En cualquier caso, cada período de desplazamiento no debe superar los 24 meses de duración, ya que, en tal caso, se aplicaría la legislación del lugar de trabajo⁷⁶. Aunque es posible, y muy común en la práctica administrativa de las instituciones de Seguridad Social, la aplicación del artículo 16 del Reglamento 883/2004 que permite que las autoridades u organismos competentes puedan acordar con el organismo o autoridad de Seguridad Social del país de envío excepciones en la aplicación de la regla de la duración máxima de desplazamiento temporal en beneficio de determinadas personas o categorías de personas⁷⁷. Además, el apartado 3 c) de la Decisión A2 permite un nuevo desplazamiento del mismo trabajador a la misma empresa y al mismo Estado miembro tras dos meses a partir de la expiración del período de 24 meses, tiempo

⁷⁴ Inicialmente, en el Reglamento 1408/71 eran 12 meses permitiéndose prórrogas que incluso tuvieran un ámbito temporal superior, previo acuerdo de las instituciones u organismos competentes de Seguridad Social implicados. Las prórrogas se producían siempre que hubieran ocurrido causas o “circunstancias imprevisibles” o excepcionales que la justificaran, y por supuesto previa autorización o conformidad del Estado en el que se realizase la actividad. La solicitud tenía que ser realizada por el trabajador o por la empresa interesada, antes de que expirase el plazo inicial

⁷⁵ Así lo indica la Decisión A2 en el apartado 3 b) que indica que “La breve interrupción de las actividades que el trabajador realiza en la empresa situada en el Estado de empleo, independientemente del motivo (vacaciones, enfermedad, formación en la empresa que lo envía, etc.), no constituirá una interrupción del período de desplazamiento en el sentido del artículo 12, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 883/2004”.

⁷⁶ Inicialmente, como se recuerda, el Reglamento 1408/71 fijó un máximo de 12 meses, aunque excepcionalmente se podía prolongar la duración de la actividad más allá de 12 meses y hasta un máximo de 24 en la aplicación de la legislación del Estado de origen.

⁷⁷ En la práctica es común superar los 24 meses y depende de cada Estado la duración de la prórroga, siendo lo normal 5 años, en este sentido GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C. “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de empresas españolas”, *Revista La Mutua* nº 3, 2000.

de “descanso” que claramente “permite vaciar de contenido el estricto límite temporal de los 24 meses” establecido en el Reglamento 883/2004⁷⁸.

Es común que, en el Derecho internacional, como ocurre en el Derecho de la Unión Europea, se prohíba que el trabajador enviado lo sea para sustituir en la misma actividad a otro destacado anteriormente y cuyo período haya concluido. La explicación lógica de tal regla reside en evitar situaciones fraudulentas: el desplazamiento o destacamento tiene su razón de ser en la temporalidad de las funciones a ejercer. La renovación cíclica o sustitución de trabajadores destacados en determinados puestos de trabajo en la empresa en el otro Estado por otros destacados implica el carácter estable del puesto de trabajo ejercido y, como tal, el trabajador que lo cubriera debería de ser incluido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social del país en el que ejerce su trabajo (esto es, la regla general de la “lex loci laboris”). Además, en los supuestos en que las “cargas sociales” fueran más elevadas en el país de destino que en el de origen, a los empresarios les convendría “perpetuar” la situación de desplazamiento por el evidente ahorro de costes que la misma puede suponer⁷⁹. Dicho en palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO, “se quiere evitar así los abusos existentes consistentes en una práctica de rotaciones de personal que permitiría a una empresa emplear permanentemente su personal en otro país, pero sometiéndolo al sistema de Seguridad Social del país de origen”⁸⁰.

3.3.3. El derecho y deber de informar en las situaciones de desplazamiento: el control de estas situaciones

En estos desplazamientos transnacionales de carácter temporal es fundamental la cooperación entre las distintas autoridades laborales o instituciones competentes en materia de Seguridad Social de los países “afectados”, o sea, el de origen, al que continuará sujeto el trabajador trasladado temporalmente y el de destino, que tendrá que conocer que a un determinado trabajador transnacional no se le aplicará la “lex loci laboris”.

Se establece en la regulación de la Unión Europea un derecho/deber de información respecto de la situación de desplazamiento temporal siendo implicados en la cuestión el trabajador, la empresa y las instituciones de Seguridad Social (tanto la del país de origen como la del país de recepción).

⁷⁸ Como indica, MANEIRO VÁZQUEZ, Y. “Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social”, op.cit, p. 266.

⁷⁹ En este mismo sentido, BONNET, R., en “Les travailleurs détachés a l'étranger et la Sécurité Sociale”, *Droit Social*, 1968, pág. 526. Sobre el tema del destacamento en general, aunque desde la perspectiva francesa, es muy interesante, de este mismo autor, *La protection sociale des personnes a l'étranger*, Litec, París, 1991.

⁸⁰ Vid RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., en *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, IELSS, Madrid, 1982, pág. 285.

Pues bien, en los casos de desplazamiento temporal, a efectos del mantenimiento de la legislación de la Seguridad Social del Estado de establecimiento, la institución designada por el Estado miembro a cuya legislación está sujeto el trabajador cumplimentará, a petición de la empresa o, en su caso, del trabajador autónomo, el formulario A1 o “certificado de legislación aplicable” (que en España se solicita a través del modelo TA300). Toda esta gestión se realiza de forma telemática o electrónica a través del sistema de Intercambio Electrónico de Información sobre Seguridad Social (EESSI) que se puso en funcionamiento a mediados de 2017. Con el mismo se agilizan las comunicaciones entre los organismos nacionales de Seguridad Social relacionadas con expedientes transfronterizos, incluidas las referidas a la legislación aplicable en los casos de desplazamientos temporales de trabajadores. Evidentemente, la utilización de documentos electrónicos normalizados que se traducen en el propio idioma de cada institución competente o afectada, además de mejorar la comunicación permite que los datos que se intercambien sean correctos y completos para evitar errores y simplificar los procedimientos en materia de coordinación de las legislaciones en materia de Seguridad Social⁸¹.

La empresa y el trabajador desplazado han de tener estos formularios en caso de que la autoridad laboral o de Seguridad Social del país de empleo se los requiera para realizar las verificaciones necesarias (en el caso de España, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Esto es, la prueba del desplazamiento transnacional se produce con la comunicación del desplazamiento a la que está obligada la empresa establecida en el otro Estado y el certificado de legislación aplicable (aunque cabe prueba en contra). La no existencia de este formulario (o la no aportación, una vez requerido) puede suponer la inaplicación del art. 12.1 del Reglamento 883/2004 por lo daría lugar al encuadramiento y cotización del trabajador en el sistema de Seguridad Social donde se encuentra realizando su actividad laboral o profesional.

El art. 15 del Reglamento 987/2009 establece la obligación de informar, por parte de la empresa o, en su caso, del trabajador por cuenta propia, “siempre que sea posible por adelantado”, de la realización de una actividad laboral en el marco de un desplazamiento temporal transnacional.

⁸¹ Ha de recordarse que el Reglamento 1024/2012, de 25 de octubre, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior comenzó en esta línea respecto de la información en distintos campos, entre ellos, el desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación nacional de servicios, puesto que su art. 11 sobre procedimientos de cooperación administrativa (en relación con los artículos 4 y 29 del mismo texto) viene a incluir expresamente la experiencia piloto que ya se había comenzado en relación con la Directiva 96/71/CE para la cooperación e intercambio de información.

De conformidad con ello, el art. 5 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, modificada en 2017, por el RD-Ley 9/2017, el empresario que desplace trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberá comunicar por medios electrónicos el desplazamiento a la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios, teniendo la comunicación que incluir necesariamente una serie de datos⁸² que sirvan, precisamente, para el control de la situación de desplazamiento temporal y de la determinación de si dicho desplazamiento se ajusta a la normativa de la Unión Europea. Realizada la comunicación o información sobre la prestación transnacional temporal de servicios, el organismo competente informará al trabajador de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social que evidentemente habrá de ser la recogida en el formulario A1.

⁸² En todos estos casos, se produciría una doble comunicación: el certificado de legislación aplicable (formulario A1) o TA300 a través del EESSI y la comunicación de desplazamiento para la ejecución de una prestación de servicios transnacional por trabajadores a través del SIMI. En este segundo caso, la comunicación será más completa a efectos de control de la actividad y contendrá los datos e informaciones siguientes:

- La identificación de la empresa que desplace al trabajador.
- El domicilio fiscal de dicha empresa y su número de identificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Los datos personales y profesionales de los trabajadores desplazados.
- La identificación de la empresa o empresas y, en su caso, del centro o centros de trabajo donde los trabajadores desplazados prestarán sus servicios.
- La fecha de inicio y la duración previstas del desplazamiento.
- La determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España con indicación del supuesto que corresponda.
- Los datos identificativos y de contacto de una persona física o jurídica presente en España que sea designada por la empresa como su representante para servir de enlace con las autoridades competentes españolas y para el envío y recepción de documentos o notificaciones, de ser necesario.
- Los datos identificativos y de contacto de una persona que pueda actuar en España en representación de la empresa prestadora de servicios en los procedimientos de información y consulta de los trabajadores, y negociación, que afecten a los trabajadores desplazados a España. Cuando la empresa que desplace a los trabajadores a España sea una empresa de trabajo temporal, la comunicación de desplazamiento deberá incluir, además, lo siguiente:
- La acreditación de que reúne los requisitos exigidos por la legislación de su Estado de establecimiento para poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.
- La precisión de las necesidades temporales de la empresa usuaria que se traten de satisfacer con el contrato de puesta a disposición, con indicación del supuesto que corresponda de los previstos en el artículo 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.
- Cuando la empresa que desplace a los trabajadores a España pretenda ser contratada o subcontratada para trabajos en una obra de construcción, además, deberá estar inscrita en el Registro de Empresas Acreditadas.

Siendo las situaciones en el desplazamiento temporal transnacional tan complejas, no es de extrañar que la Decisión A2, en el mismo sentido que otras Decisiones anteriores, estableciera como necesaria la cooperación entre las instituciones competentes de los Estados de envío y de empleo cuando existan dudas sobre la calificación de la situación de un trabajador desplazado temporalmente y su inclusión en el sistema de Seguridad Social.

Así, de un lado, el organismo competente del país de origen deberá informar al empleador y al trabajador (o en su caso al trabajador por cuenta propia que se desplaza temporalmente) de las condiciones que han de darse para que el trabajador siga sujeto a su legislación, pudiendo realizarse controles durante el período de desplazamiento (respecto de pago mantenimiento de la relación directa y del pago de cotizaciones) para asegurarse que la situación de desplazamiento cumple las condiciones para continuar en la afiliación o sujeción en el país de origen.

De otro lado, el trabajador desplazado y su empleador informarán a la institución competente del Estado de envío o de origen de toda modificación que se produzca durante el desplazamiento, especialmente:

- respecto de si la actividad se interrumpe por una situación que no suponga interrupción del período de 24 meses de desplazamiento (esto es, en situaciones distintas de vacaciones, enfermedad o períodos de formación de la empresa);
- respecto de los casos en los que el trabajador desplazado haya sido enviado por su empleador a otra empresa situada en el Estado de envío;
- respecto, finalmente, de que no se haya llevado a cabo el desplazamiento solicitado por los motivos que fuese.

Se produce un doble control, por parte del Estado de origen y por parte del Estado de destino. Y ello porque el Estado de destino o de empleo podrá solicitar al organismo competente que le comunique toda modificación que se produzca durante el período de desplazamiento. Además de que cooperará con la institución competente del país de envío u origen para la realización de los controles y en caso de duda acerca de la aplicabilidad del artículo 12 del Reglamento 883/2004 que establece la excepción en la aplicación de la legislación de Seguridad Social del país de empleo. Por ello, con este control y evaluación de las situaciones de desplazamiento temporal de trabajadores, las instituciones competentes garantizarán que sus resoluciones no obstaculicen la libre prestación de servicios o la libre circulación de trabajadores, por lo que habrán de aplicar de manera uniforme los criterios que se utilicen para determinar si un empleador ejerce normalmente sus actividades en territorio de un Estado, si existe una relación directa entre la empresa y el trabajador o si un trabajador por

cuenta propia mantiene la infraestructura necesaria para continuar sus actividades en un Estado.

Y es que ha de recordarse que los formularios A1 una vez expedidos por la institución de la Seguridad Social del Estado de establecimiento, resultan vinculantes para las instituciones de Seguridad Social de los demás Estados miembros⁸³. Solo la institución competente del Estado de establecimiento puede reconsiderar la legitimidad de la expedición de este formulario y, llegado el caso, retirarlo bien por propia iniciativa o tras haber recibido una petición de la institución del Estado de acogida en la que se expresen las dudas sobre la exactitud de los hechos en los que se ha basado la expedición de dicho formulario⁸⁴. Además, la Decisión A2 establece un procedimiento de diálogo y conciliación sobre la validez de los documentos, la determinación de la legislación aplicable y el abono de prestaciones de acuerdo en con el Reglamento 883/2004.

En cualquier caso, la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, además de fomentar la cooperación entre los Estados miembros en esta materia, facilitará las labores de seguimiento, intercambio de información, experiencias y buenas prácticas en la evaluación de las situaciones de desplazamiento temporal de trabajadores y su inclusión en la Seguridad Social.

3.4. Aspectos de gestión y prestacionales de la Seguridad Social que pueden verse afectados por el desplazamiento temporal en el ámbito de la Unión Europea

A. Respecto de la cotización

Dándose las condiciones establecidas para los desplazamientos temporales, y en la medida en que una de las condiciones de trabajo que han de

⁸³ Vid STJUE Asunto C-2/05 Rijkdienst voor Sociale Zekerheid contra Herbosch Kiere NV, de 26 de enero de 2006. En el mismo sentido, la reciente STJUE de 14 de mayo de 2020, Asunto C-17/29, Bouygues, Elco y Welbond, indica que los certificados E101 y A1, expedidos por la institución competente "son vinculantes para los órganos jurisdiccionales de este último Estado miembro únicamente en materia de seguridad social". Por ello, la Circular de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española indica que cuando los funcionarios de la Inspección aprecien una posible utilización fraudulenta del procedimiento de desplazamiento transnacional en una prestación de servicios "no pueden actuar directamente negando la validez al formulario A1 existente, sino que deberán poner los hechos, con las pruebas correspondientes, en conocimiento de la Tesorería General de la Seguridad Social, para la adopción por ésta de las medidas que procedan ante la institución competente del Estado miembro de establecimiento", Criterio técnico 97/2016 ITSS sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, p. 13.

⁸⁴ Aunque referida al formulario E-101, también sería aplicable al sistema de transmisión de información electrónica establecida en la actualidad la doctrina establecida en la STJUE, asunto C-202/97, Fitzwilliam Executive Search Ltd, de 10 de febrero de 2000.

respetarse son los salarios del país de destino, según la Directiva 96/71/CE, la principal cuestión a considerar en esta materia, al menos respecto de los sistemas de Seguridad Social contributivos que se financian con cotizaciones ligadas a las rentas salariales como es el caso de nuestro país, es que se consiga una correcta cotización en el caso de que los salarios sean superiores en aplicación de la legislación o de los convenios colectivos vigentes en el Estado de acogida.

B. Respetto de las prestaciones

Como se dijo anteriormente, en la mayoría de los desplazamientos temporales en el marco de una prestación de servicios se produce un cambio de residencia. Como se conoce, algunas de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social exigen un control especial por parte de las entidades u organismos de la Seguridad Social, por lo que ello podría ser un problema en estas situaciones particulares:

- Entendemos que esta situación no afecta de forma directa a las prestaciones por desempleo, a pesar de su carácter territorial, puesto que el trabajador desplazado, que ha extinguido su contrato de trabajo con la empresa que lo desplaza, ha de retornar al Estado de origen para poder gestionar y recibir las prestaciones por desempleo. Si habiendo obtenido tales prestaciones deseara salir del territorio del Estado que se las abona, pasaría de ser un expatriado por desplazamiento temporal (situación que no suponía la exclusión del mercado de trabajo del país de origen) a ser un trabajador migrante (que supone el acceso e incorporación al mercado de trabajo del país de destino). En este caso, pues, se aplicaría el Reglamento 883/2004 en especial sus artículos 63 y siguientes⁸⁵, con las importantes limitaciones a la exportación de este tipo de prestaciones establecidas en el ámbito del Derecho coordinador de la Unión Europea.
- En cambio, sí afecta de modo importante a la protección de la salud a través de las prestaciones de asistencia sanitaria ya que el trabajador se encuentra en un Estado que no es el competente para la concesión de la prestación de asistencia sanitaria. El art. 19 del Reglamento 883/2004 establece que cuando un asegurado y su familia se encuentren en un Estado miembro distinto del competente para su concesión, tendrán derecho a las prestaciones en especie necesarias, desde un punto de vista médico, durante su estancia, tomando en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia. Por ello, será la

⁸⁵ Sobre esta cuestión, véase ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. "La escasa regulación de protección por desempleo de los trabajadores migrantes: entre los Convenios Bilaterales y los Reglamentos Comunitarios" en AAVV, Ramírez Bendala, M^a D. (Dir) *Problemas actuales de Seguridad Social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019, pp. 50 y sigs.

institución del lugar de estancia las que la facilite, pero “por cuenta de la institución competente” y en igualdad de trato con los asegurados del lugar de estancia. Evidentemente, si los miembros de la familia se hubieran mantenido residiendo en el país de origen recibirán en éste las prestaciones sanitarias correspondientes. En estas prestaciones de asistencia sanitaria también se encuentran las debidas por accidentes de trabajo⁸⁶.

Para el caso de los trabajadores desplazados que no residan en el país en que se encuentran asegurados se ha articulado el documento S1 o certificado de derecho a prestaciones de asistencia sanitaria.

Así pues, la asistencia sanitaria se llevará a cabo bien por entidades asistenciales oficiales o de la Seguridad Social del país donde se encuentra destacado o desplazado el trabajador (y también sus familiares beneficiarios con él trasladados). Por lo que se refiere a España, podría ofrecerse por las entidades gestoras de la Seguridad Social española en dos supuestos: de un lado, para los familiares del titular que residan en España y, de otro lado, en los supuestos en los que el trabajador destacado (o sus familiares convivan con él en el país extranjero) se desplacen temporalmente a España.

Según el art. 25 del Reglamento 987/2009 las prestaciones que se dispensen en el Estado miembro de estancia lo serán conforme a su legislación “y que sean necesarias, desde un punto de vista médico, para evitar que una persona asegurada se vea obligada a regresar antes del final de la estancia prevista al Estado miembro competente con el fin de someterse al tratamiento necesario”. Estableciéndose en este precepto el procedimiento de cobertura y reembolso de los costes de tales prestaciones.

- Con respecto a las prestaciones de incapacidad temporal, las particularidades se producen respecto del control médico de tales situaciones. Evidentemente, en lo que se refiere al pago de tales prestaciones el mecanismo usado es el típico de las situaciones de colaboración obligatoria: la compensación. Esto es, respecto de nuestro país, el empresario abona las prestaciones al trabajador desplazado temporalmente y deberá reintegrarse de las cantidades satisfechas deduciendo el importe de las abonadas de los

⁸⁶ El Criterio interpretativo 97/2016 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, p. 13, indica que cabría el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad pero solo en los casos en los que el trabajador accidentado sea un desplazado sometido a la legislación de la Seguridad Social española.

documentos de liquidación de cuotas, teniendo en cuenta los límites legalmente establecidos.

La única especialidad importante respecto de la prestación de incapacidad temporal se refiere a la necesidad de justificar el período durante el cual el trabajador ha permanecido de baja. Lo cual es normal ya que como se sabe el control de la duración de la patología y de la situación misma que causa la incapacidad para el trabajo en nuestro país recae sobre entidades gestoras de la Seguridad Social (o en su caso sobre las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social). Por ello, y como forma de evitar posibles fraudes, debe de certificarse la asistencia dispensada y la extensión y duración de los tratamientos recibidos. La duración se justifica en el mismo documento que sirva para justificar los gastos de asistencia sanitaria. En este caso, el art. 27 del Reglamento 987/2004 es el que establece el correspondiente procedimiento, donde el certificado médico para el pago de tales prestaciones (y su comprobación a lo largo de la incapacidad) es realizado por los servicios médicos del Estado miembro de residencia, el trabajador tendrá que enviarlo a la institución competente del Estado donde fue contratado (en el caso de empresas españolas, se realizaría a través de la propia empresa española que desplazó temporalmente al trabajador). Evidentemente, la institución competente podrá en cualquier caso someter a controles médicos al trabajador en situación de incapacidad para el trabajo.

- Finalmente, y como mero apunte, la concesión de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia exigen una evaluación de riesgos laborales por la empresa del puesto de trabajo a desarrollar en el país de desplazamiento y es fácil que se intente ahorrar costes en tales evaluaciones, por lo que podría complicar la concesión de las mismas. Y ello a pesar de que el art. 3.1 e) y f) de la Directiva 96/71CE establece la protección en igualdad de trato con los nacionales del Estado de destino respecto de la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo y de las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes. Evidentemente, a nuestro juicio, la legislación española sería la aplicable en los casos de tener una mayor protección que la del país de acogida.

DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA: ASPECTOS LABORALES SENSIBLES¹

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
ORCID: 0000-0002-7239-9669

1. La movilidad internacional y la globalización más allá de la Unión Europea: ¿la nada?

La normativa comunitaria, y su jurisprudencia aneja¹ referida al desplazamiento de trabajadores, si bien con las reticencias profusas de una libertad de prestación de servicios potente, han permitido construir una estructura de protección jurídica-laboral y de Seguridad Social relativamente intensa en el ámbito de los Estado Miembros de la Unión Europea. Pero no más allá.

O dicho de otro modo, más allá de la regulación comunitaria de los desplazamientos de trabajadores en el marco de la libre prestación de servicios entre empresas solo hay una “nada jurídica”. Aparentemente.

De esta manera, se pretende aquí dejar apuntadas algunas líneas de reflexión en torno a esta realidad. Delineado que, por otra parte, resulta más teórico-abstracto que práctico, en la medida en que el desplazamiento extracomunitario no resulta fácil de parametrizar, y se desarrolla en torno a una figura extrajurídica –la expatriación– que tiene repercusiones jurídicas más allá de las estrictamente laborales, y abarca aspectos tributarios y fiscales y de Seguridad Social².

A eso se une una intuición la de que para las empresas el fenómeno del desplazamiento de trabajadores resulta ser un aspecto competitivo sensible, lo que genera una falta de datos como punto de partida. A lo anterior se une que falta una unificación de fuentes (de empleo y de seguridad social, de Hacienda y tributos, de oficinas consulares, de sindicatos y asociaciones empresariales...)

¹ Este trabajo es resultado del Proyecto “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: Desigualdad, precariedad y exclusión social” (RTI2018-098794-B-C31).

² Directiva de cumplimiento 2014/67/UE, y Directiva revisada sobre el desplazamiento de trabajadores, de 28 de junio de 2018 (Directiva (UE) 2018/957) que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

² Véanse, por todos, MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. (2013) “La expatriación de trabajadores: aproximación conceptual y aspectos jurídico-laborales críticos”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 105, pp. 223-276, y FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (2018), *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores: Los retos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*, Reus.

de recogida de elementos cuantitativos y cualitativos ligados al desplazamiento internacional de personas trabajadoras. Este hecho impide deslindar la envergadura de esta manifestación del fenómeno de globalización, es decir, cuántos sujetos hay desplazados, dónde, durante cuánto tiempo, con qué condiciones jurídico-laborales, bajo qué legislación/es aplicable/s; lo que no hace posible estimar la relevancia-cuantitativa y cualitativa última del fenómeno en sí mismo.

De ahí, entonces, que se haga aquí un ejercicio de prospección de eventuales condiciones laborales que pueden resultar sensibles.

1.1. Los desplazamientos transnacionales

La movilidad internacional de los recursos humanos no es algo novedoso, pero sí es algo sujeto a novedades continuas ligadas, eminentemente, al modo en que las empresas se adaptan a las necesidades del mercado y en consecuencia deciden gestionar sus recursos humanos. Algo que no es omnímodo, sino que responde a las particularidades de los distintos sectores y los distintos tipos de empresa, atendiendo al tamaño, pero también a la cultura empresarial dominante.

En la actualidad la opción del desplazamiento de trabajadores resulta concomitante con otras formas de descentralización de la actividad económico-productiva empresarial soportadas por la contratación en destino, a través, incluso, de cadenas globales de suministros. Y esto resulta relevante desde la óptica del Derecho Social español. En efecto, el desplazamiento de trabajadores (independientemente de su nacionalidad) desde España hacia otros Estados más allá del Espacio Comunitario (Estados miembros y terceros Estados vinculados) es relativamente marginal, circunscrita a ciertos sectores y puestos de trabajo. Porque, alternativamente, muchas empresas españolas optan por la contratación en destino (a través de filiales del grupo de empresas o de empresas locales con las que mantiene contratos mercantiles) para desarrollar la actividad en destino, sin necesidad de ejercitar numerosas movilidades de trabajadores desde el territorio español.

Con carácter previo, en este ámbito es preciso deslindar los supuestos de movilidad geográfica en sentido estricto de aquellos otros supuestos, que pueden ser materialmente asimilables, pero que no constituyen técnicamente un desplazamiento transnacional.

En primer lugar, habría que descartar del análisis que aquí se haga, el supuesto de emigración individual como opción personal en orden a la

búsqueda de empleo en un Estado más allá de la Unión Europea, en el que podrían ser contratados si tiene éxito esa búsqueda (éxodo económico)³.

En segundo lugar, habría que descartar también el supuesto de ofertas de empleo ofrecidas por empresas (no necesariamente dedicadas a la intermediación laboral⁴) radicadas en la UE, pero que se refieren a puestos en otro Estado Extracomunitario.

Este caso se descarta, en principio, porque, al igual que el anterior, no genera dudas obvias respecto de la legislación aplicable, en tanto el contrato de habrá de formalizar en el lugar de destino, atendiendo a las normas (administrativas, laborales y de Seguridad Social) aplicables en aquel territorio. A diferencia de él, sin embargo, la existencia de una empresa que inicialmente intervenga en el establecimiento del vínculo jurídico (publicitando la oferta, gestionando el proceso de selección, facilitando el establecimiento y el traslado, incluso) abre una línea de reflexión en torno al uso arbitrario de las normas de conflicto de Derecho Internacional Privado, por cuanto se puede estar actuando en fraude de ley para eludir la aplicación del Derecho español a una relación jurídico laboral que, aunque se vaya a perfeccionar fuera de la UE, sí tienen un vínculo contractual local.

Algo que también puede suceder cuando, junto a lo anterior, se oferta la contratación del sujeto en destino y en régimen de autonomía; o lo que es lo mismo, se está impulsando el desplazamiento transnacional de personas trabajadoras autónomas o por cuenta propia.

Por último, también habría que descartar los supuestos en que se producen desplazamientos entre Estados Extracomunitarios, por empresas establecidas allí, pero que puedan tener algún vínculo jurídico, orgánico o funcional con empresas radicadas en el Estado español (o de algún otro Estado de la UE.) De nuevo aquí, es difícil el anclaje de puntos de conexión al Derecho Laboral español.⁵

³ CABEZON FERNANDEZ, M.J. SEMPERE SOUVANNAVONG, J.D. (2017) "El paro o Argelia": la expatriación de los españoles en Argelia como salida laboral" *Migraciones*, n 43, pp. 15-38.

⁴ Sería otra cuestión a tratar, no tanto desde la perspectiva del Derecho Social español, sino del Derecho internacional del Trabajo, el de la actuación de los agentes reclutadores y las cadenas mundiales de migración; cuestión está más bien próxima a la lucha contra el trabajo forzoso y las formas modernas de esclavitud, en ciertas áreas del globo.

⁵ En efecto, en ciertos ámbitos geográficos muy alejados del territorio español se suceden prácticas cuestionables (ilegales y delictivas si se apura) de desplazamiento transnacional y transfronterizo de trabajadores. En las que no es habitual que haya implicadas empresas ni personas trabajadoras de nacionalidad española, pero que sirven para visualizar los peligros extremos de ciertas prácticas empresariales coadyuvadas por cuestión de determinación jurídica de la ley aplicable. Vease, por ejemplo, HEDBERG, C., AXELSSON, L., ABELLA, M. (2019) *Thai berry pickers in Sweden. – A migration corridor to a low-wage sector*. DELMI, Report 2019:3, 114 p.; JUREIDINI, R. (2014) *Migrant labour recruitment to Qatar (Report for Qatar Foundation Migrant Worker Welfare*

En todos esos supuestos es muy plausible que el Derecho Laboral español no haya de resultar ser norma aplicable.

Lo que interesa, entonces es analizar, sucintamente las cuestiones problemáticas que se generan mediante el desplazamiento desde España de personas trabajadoras para prestar servicios en Estados más allá de la Unión Europea, siempre y cuando resulte de aplicación la normativa ius-social española. Esencialmente porque el contrato se haya celebrado en España, o porque las partes lo establezcan así expresamente. Es obvio que caben otras muchas posibilidades⁶, pero de lo que aquí se trata es de analizar cómo, a pesar de que el Derecho español sea aplicable, con sus estándares de protección de derechos sociales, la extraterritorialidad dificulta su efectividad.

Con ese punto de arranque, además hay que desbrozar la tipología de desplazamientos, y de eventuales sujetos desplazados. Porque eso entraña distintos condicionantes de los derechos de las personas trabajadoras desplazadas (que constituirían elementos internos y externos al desplazamiento transnacional).

1.2. Los tipos de desplazamientos transnacionales

Ha habido sectores como el de los servicios financieros y de consultoría en sentido amplio, o el turismo, en los que la expatriación de personas trabajadoras ha venido siendo recurrente desde hace varias décadas. Porque se ha procedido a anclar la expatriación/movilidad internacional de las personas trabajadoras (de algunas categorías al menos) en el plano de la gestión de recursos humanos⁷; más concretamente en la gestión del talento, en un contexto de globalización, expansión y competitividad económica de las empresas⁸.

Initiative). Bloomsbury Qatar Foundation Journals, 162 p.; SRIVASTAVA, R. Y PANDEY, A.R. (2017) "Internal and International Migration in South Asia: Drivers, Interlinkage and Policy Issues" *Discussion paper*, Nueva Dehli, UNESCO, 64 pp.; VOIVOZEANU, A. (2019) "Precarious Posted Migration: The Case of Romanian Construction and Meat-Industry Workers in Germany" *Central and Eastern European Migration Review*. pp. 1–15.

⁶ Vid. GOMEZ ABELLEIRA, F.J. (2016), "Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral" *Revista de información laboral*, n 11, pp. 19-42

⁷ POLANCO PANTOJA, Y. (2018) "Gestión de los expatriados. Elementos clave del proceso para las empresas en entornos internacionales" *Universidad & Empresa*, Vol. 20, n 34, pp.103-126.

⁸ En efecto, las asignaciones internacionales de las empresas suele justificarse en la necesidad de desarrollar proyectos internacionales, en la gestión de la expansión internacional del negocio, en la necesidad de proporcionar habilidades específicas al cliente y/o la necesidad de se desarrollen roles profesionales para los que no se pueden encontrar candidatos localmente, o como incentivo para el desarrollo de los empleados altamente cualificados. Véase la reciente octava encuesta sobre movilidad global desarrollada por Santa Fe Relocation, (2019) *REVISIÓN de la Encuesta Global de Movilidad 2019: movilidad a través del espejo*, 76 p. (<https://www.santaferelo.com/en/mobility-insights/news-and-blog/2019-global-mobility-survey-revision-mobility-through-the-looking-glass/>).

No obstante, tras las crisis económicas las empresas que habían desplegado una intensa política de expatriación, replanteaban sus estrategias, porque un ajuste de costes era lo más conveniente, por lo que los paquetes retributivos no podían ser tan beneficiosos para el trabajador como hasta la fecha. Pero, por otro lado, la expatriación también supuso la única vía de permanencia en algunas empresas para muchos de sus empleados, en un contexto de reestructuración de plantillas en España. La opción por la intensificación del negocio en el contexto global permitía reubicar trabajadores de cierta cualificación.

En otros sectores, como el de la construcción y las obras públicas, el de las energías renovables, la necesidad de desplazar trabajadores es el resultado del ciclo de internacionalización empresarial de la Última década⁹

Sea como fuere, los desplazamientos transnacionales extracomunitarios pueden ser de diversa índole, lo que hace de ellos una realidad polimorfa de tipos plausibles.

Atendiendo a su duración, puntuales o reiterados, y en sendos casos puede tratarse de desplazamientos temporales, duraderos o definitivos, que adoptan esa forma *ab initio* o de modo sobrevenido. O dicho de otro modo, atendiendo a la normativa jurídico-laboral española, un desplazamiento temporal (con una duración inferior a doce meses en un arco temporal de tres años (40.6 ET) puede convertirse en un traslado por superar, inicial o sobrevenidamente, ese plazo si, como consecuencia de la persistencia de las necesidades empresariales de desplazamiento, se hace preciso prolongar la prestación extraterritorial de servicios.

Así, ha habido asignaciones dirigidas por la empresa, únicas o seguidas de otras asignaciones internacionales, con regreso pactado al puesto de origen. Pero, incluso, cabe que, se haga necesario el destacamento permanente del sujeto en el lugar de destino, lo que se traduciría en el improbable retorno en el corto plazo al lugar de origen. Algo que habría de ser considerada una novación contractual.

⁹ Con especial ímpetu a partir de 2011, el gobierno español, en el marco del fomento de la internacionalización económica de las empresas españolas, realizaba diversos intentos de buscar nuevos mercados (en sectores tales como la construcción y las obras públicas o la energía, y sus sectores afines o instrumentales, como ingeniería, o consultoría) en estados del Golfo pérsico o Arábigo (Quatar, Emiratos Árabes, por poner los ejemplos más relevantes; así, paralelamente, algunas constructoras (FCC) conseguían adjudicaciones de obras públicas en el norte de África, (construcción de líneas de ferrocarril en Argelia, por ejemplo) o en el sector energético, algunas empresas procedían a la expansión de sus centros de explotación, es el caso de Repsol en Alaska, y en Iberoamérica, se intensificaba la presencia de las multinacionales españolas y de Pymes vinculadas que comenzaban procesos de internacionalización.

Junto a la expatriación tradicional se han ido testando otras alternativas¹⁰, como la expatriación a corto plazo, las asignaciones rotacionales, la movilidad IBT (*International Business Traveler*) o el envío de *commuters*¹¹. Estas modalidades más modernas se articulan jurídicamente a través de unas formas contractuales simbióticas: las de pactar *ab initio* la movilidad, sin necesidad de articular reglas especiales de otro tipo (ex art 40.1 ET). De esta forma, aparece una nueva categoría, la de los viajeros habituales, versus los trabajadores desplazados tradicionales, que no generan esas cuestiones jurídicas remarcables, como las de la nada jurídica, pero plantean nuevos interrogantes; algunos compartidos, cuando la efectividad de derechos laborales se ve mermada por la itinerancia de la prestación, algo en lo que no cabe detenerse aquí.

En este sentido, entonces, la selección en el momento del desplazamiento de la legislación aplicable, ligado a la posibilidad del retorno al estado de origen, la reversibilidad del desplazamiento, devienen elementos con relevancia jurídica, como se verá.

El desplazamiento puede producirse entre entidades económicas con distintos tipos de vínculos jurídicos. De forma que, atendiendo al tipo de relaciones jurídicas subyacentes entre las empresas de origen/destino, cabría distinguir, siquiera teóricamente, porque en la realidad hay supuestos poco plausibles:

- a) desplazamiento desde una empresa a otra empresa, en marco de una prestación de servicios bajo la forma de contrata-subcontrata de obra o servicios, de suerte que el desplazamiento se produce desde una empresa contratista a una empresa principal o, incluso, desde una empresa subcontratista a la empresa principal;
- b) desplazamiento desde una empresa a otra empresa, que pertenecen a un mismo grupo (desde una empresa matriz a una empresa filial o viceversa);
- c) desplazamiento desde un centro de trabajo radicado en un Estado a un centro de trabajo radicado en un Estado distinto, pertenecientes a una misma empresa –multinacional– desde el punto vista económico-empresarial;

¹⁰ BONACHE PEREZ, J. (2015). "Cambios y tendencias en la gestión de expatriados". *Harvard Deusto business review*, n. 247, pp.24-32.

¹¹ COLLINGS, D.G., MCDONNELL, A. Y MCCARTER, A. (2014). "Types of international assignees". En *The Routledge Companion to International Human Resource Management*. London: Routledge, pp. 316-332.

- d) desplazamiento desde una empresa que adopta la forma de Empresa de Trabajo Temporal (ETT), a una empresa usuaria radicada fuera de la UE.

En la clasificación de la tipología de desplazamiento puede ser relevante, a efecto de resolver las eventuales vicisitudes jurídico-laborales que se puedan plantear, la zona de geografía de destino¹². Porque eso permitiría deslindar aquellas áreas con tradiciones jurídicas semejantes de aquellas sin similitudes o con pocas similitudes. Entendiendo en este sentido como válidas las categorizaciones en torno a las tradiciones continentales versus las tradiciones de *Common Law*, así como los niveles de cumplimiento de los estándares laborales internacionales extracomunitarios (normativa de la Organización Internacional del Trabajo, eminentemente).

1.3. Los tipos de personas trabajadoras desplazadas

Los desplazamientos transnacionales más allá de la UE, por otra parte, hipotéticamente no han de plantear las mismas vicisitudes jurídicas a toda la tipología de personas trabajadoras; antes al contrario, pueden tener cierta incidencia algunas condiciones personales del sujeto desplazado (como la nacionalidad, el sexo o la edad, por ejemplo); como también pueden ser relevante la categoría profesional del sujeto o la modalidad contractual y el sector de actividad.

La nacionalidad del sujeto desplazado tendría cierta relevancia jurídica en la medida en que, como consecuencia de condicionamientos meta-laborales, permita la estancia regular en el territorio de destino y, por ende, pueda quedar imbuido de las garantías jurídicas generales vigentes.

Sensu contrario, nada obstaría al desplazamiento de personas trabajadoras que, por razones ligadas a la legislación local de extranjería, incurren en el lugar de destino en una irregularidad administrativa o análoga situación de ilegalidad, que perjudica su estatus laboral final durante el desplazamiento.

La edad o el sexo¹³ son probablemente también circunstancias con ciertos efectos jurídico-laborales. En la medida en que en el lugar de destino haya culturas dominantes con o sin perspectiva de género, o en la medida en que la

¹² En el caso de la expatriación española, eminentemente cabría identificar zonas tales como Estados Unidos y Canadá, Sudamérica (Argentina, Chile y Brasil), Australia, Oriente Medio (Emiratos Árabes, Qatar), del Sureste Asiático (China, India). Que actúan como clústers geográficos en torno a las potencias mundiales clásicas/emergentes.

¹³ En el ámbito de las expatriaciones, la brecha de género merecería un tratamiento que no puede darse, pero tampoco puede dejarse apuntado. BASTIDA DOMINGUEZ, M. y CANCELO MARQUEZ, M.T. (2010) "Conciliación entre igualdad e expatriación". *Revista galega de economía: Publicación Interdisciplinar da Facultade de Ciencias Económicas e Empresariais*, Vol. 19, n. 2, pp.83-94.

edad entrañe cierto bagaje/carencia de experiencias metalaborales (fluidez en idiomas, permeabilidad a las idiosincrasias empresariales y culturales del país de destino, por ejemplo) que faciliten o dificulten el desarrollo correcto de la prestación laboral y de la vida socioeconómica misma en destino

Ligado a lo anterior, por otra parte, los desplazamientos de personas trabajadoras con alta, o baja cualificación cabe que no se desarrollen con idéntico régimen jurídico. Del mismo modo, atendiendo a los márgenes de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de las condiciones de trabajo, el sujeto con contrato de alta dirección será posible que no tenga las mismas condiciones de desplazamiento que la persona sujeta a una relación laboral común. Aún más, cabría que un sujeto sea contratado precisamente para desplazarse (contratos para viajar), para realizar su prestación de servicios viajando, regular, periódica o esporádicamente.

En definitiva, los desplazamientos transnacionales de personas trabajadoras más allá del ámbito comunitario tiene como contexto una situación de extraterritorialidad que, aparentemente, podría actuar como condicionante de la efectividad de los derechos laborales. Esto es especialmente obvio cuando, en algunos de los distintos supuestos tipificados, no resulte de aplicación la legislación española. En esos casos, se producirá una multiplicidad de situaciones de desigualdad en lo que se refiere a la protección laboral del sujeto desplazado, respecto del que presta servicios localmente.

Pero, incluso, cuando resulta aplicable el Derecho Laboral español, cabe que, *de facto*, la extraterritorialidad difumine la efectividad de los derechos reconocidos (legal y convencionalmente) en los términos fijados por la normativa española. Es más, el desplazamiento transnacional de un trabajador desde una empresa a otra empresa, con carácter general provoca una eventual disociación entre el Derecho sustantivo que regula la protección laboral del trabajador (normativa legal, reglamentaria o convencional reguladora de derechos y deberes) y el Derecho adjetivo que hace efectiva esa protección (normativa referida a la organización administrativa o jurisdiccional de tutela y a las reglas procedimentales), algo que solo se ha de dejar apuntado.

2. Los derechos laborales y condiciones de trabajo durante el desplazamiento transnacional: algunos apuntes

2.1. La remuneración

Como ya se adelantara más arriba, en los fenómenos de expatriación fuera de la UE, es habitual: a) bien mantener el Derecho español como legislación aplicable, cuando se trate de proceso realmente temporal y provisional de desplazamiento, o, b) bien pactar la aplicación de las normas locales del país de destino, cuando se prevé que el desplazamiento, inicial o sobrevenidamente, va a devenir duradero, o previsiblemente permanente.

Pero en sendos casos, también es habitual incorporar elencos variables de pactos accesorios que actúan como eventuales contrapartidas. Más o menos generosas atendiendo al tipo de empresa, sector, tipo de sujeto trabajador. Es decir, atendiendo a los contextos de la actividad empresarial (competitividad, balances globales...) y de la capacidad de negociación del sujeto trabajador, por simplificar. De esta forma, ha sido habitual entonces, que los elementos salariales y extrasalariales hayan actuado como elementos de contraprestación del desplazamiento.

Porque obviamente el carácter permanente, reversible o no de la asignación internacional tiene una incidencia desigual en el patrimonio personal y familiar de la persona trabajadora, por cuanto pueden generar gastos adicionales, más allá de los del mero desplazamiento (viaje) y establecimiento (alojamiento y manutención).¹⁴ Y porque obviamente no todos los Estados de destino en los que se haya de realizar la prestación laboral en régimen de desplazamiento son idénticos¹⁵.

A lo que aquí interesa, en la hipótesis de que rija el Derecho laboral español, las eventuales vicisitudes jurídicas se circunscriben a la cuantificación como percepción extrasalarial o salario en especie de uso de vivienda/ coste del alquiler de vivienda en destino sufragado (directa o indirectamente) por la empresa, del uso de vehículo u otros bienes de empresa¹⁶; pero también porque sea preciso renegociar/ajustar las cantidades recibidas en esos conceptos a tenor, bien de un cambio de normativa (por ejemplo, los ajustes entre los límites del salarios en especie y el salario mínimo interprofesional), o por un cambio en las circunstancias que justifican en último término la partida remuneratoria.

En todo caso, debería entenderse que, salvo pacto en contrario, resultan de aplicación todas las reglas relativas al salario.

Y las vicisitudes principales podrían producirse en aquellos supuestos en los que el pago (art. 29 ET) del salario esté sujeto a vicisitudes nacionales del Estado de destino (devaluaciones, dificultades de las entidades bancarias y/o de acceso a medios de pago, en suma). Que puedan generar impagos o retrasos en el pago, que, como consecuencia, requieran de algún tipo de acción para compeler a la efectividad de la remuneración. Que ha de realizar en principio el

¹⁴ En este sentido, la existencia de cargas familiares que permanecen en origen, o se trasladan al destino suele ser un elemento condicionante de la tipología de gastos compensables (vivienda, gastos de educación, por ejemplo).

¹⁵ Los riesgos geopolíticos, los índices de seguridad ciudadana, el coste de la vida, , la calidad de los sistemas sanitarios, por señalar algunos, predeterminan igualmente los tipos de contrapartidas pactadas, bajo la forma de seguros privados adicionales, partidas para abonar tasas administrativas especiales, complementos para compensar las diferencias entre divisas, o los costes de las transacciones bancaria, por ejemplo).

¹⁶ En los términos de los artículos, 42,43 o 46.1 de la Ley del IRPF.

empleador de la persona desplazada. Si bien cabe la delegación en la entidad en la que se prestan servicios extracomunitariamente, que es la que puede estar incumpliendo un eventual pacto mercantil. Dificultad esta, que sirva dejar apuntada, en la medida en que aquí se pretende fijar el contorno general de las cuestiones laborales susceptibles de generar vicisitudes.

2.2. Jornada

Del mismo modo, aunque resulta de aplicación la legislación española, es plausible que la jornada de trabajo que realice la persona desplazada haya de adaptarse a las necesidades de la empresa en la que efectivamente desarrolla la prestación laboral en régimen de desplazamiento. Lo que habrá de plantear vicisitudes ligadas, en esencial al control horario y al cómputo de las horas ordinarias y extraordinarias, así como a los descansos diarios, semanales, vacaciones o festivos obligatorios. Tanto más cuanto el sujeto desplazado es habitual que comparta tareas, encargos y plazos con sujetos trabajadores contratados en destino, y sujetos a los límites y obligaciones de la legislación del Estado de destino¹⁷. Que podría ser menos protectora que la legislación nacional. Y que entrañara, de facto, que pese a resultar de aplicación la legislación española al contrato, no fueran efectivos los derechos laborales en los términos legalmente previstos. Como tampoco las reglas convencionales relativas a tiempo de trabajo.

Y esto se hace especialmente evidente en lo relativo a las reglas referidas a la conciliación de la vida laboral y familiar de la legislación española, cuando la persona trabajadora haya desplazado consigo a los miembros de su familia. En efecto las posibilidades de ejercitar los derechos de ajuste, reducción, modalización de la jornada, horarios y regímenes de trabajo estaría sujetos a las necesidades de la entidad en la que la persona trabajadora está prestando servicios¹⁸.

Y aquí, como en los demás derechos de los que se va a tratar, la extraterritorialidad frena la *vis* protectora de la intervención administrativa de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, que difícilmente va a poder desarrollar una actividad inspectora efectiva más allá de la Unión Europea y áreas de influencia; pero también, aunque menos, frena la actividad de la representación de los trabajadores, si la hubiera, en la empresa de origen.

¹⁷ Desigualdades, obviamente, que se ponen de manifiesto respecto de tiempo de trabajo, pero también respecto a la remuneración y otras condiciones laborales. Véase al respecto, BONACHE, J., OLTRA, V. Y BREWSTER, C. (2011). "Disparidad de condiciones laborales y justicia en las multinacionales: el caso de los empleados expatriados frente a los locales". *Boletín de Estudios Económicos*, LXVI (203), pp.219-237.

¹⁸ En este punto, la (in)existencia de la perspectiva de género provoca que la expatriación sea, habitualmente, un fenómeno masculino, y/o de personas trabajadoras sin cargas familiares

2.3. Otros derechos laborales sensibles

Los anteriores son los núcleos más evidentes en los que se pueden identificar vicisitudes jurídicas, (en esos términos abstractos y teóricos posibles, a falta de uniformidad de los desplazamientos). Pero habría otros derechos que se pueden entender sensibles a la extraterritorialidad de la prestación laboral.

El derecho a la igualdad y la no discriminación, el derecho a la formación, o el derecho a la salud y la protección contra los riesgos laborales (al que se dedica un apartado completo más adelante, por su trascendencia), pueden ser esencialmente sensibles al fenómeno de la movilidad transnacional de trabajadores. A pesar de que se asuma que la legislación laboral española sigue resultando de aplicación durante el desplazamiento.

En efecto, los influjos de –lo que se puede denominar– *el de facto* pueden volver ineficaces ciertos derechos. A menos que haya una acción suplementaria de la empresa de origen, en la garantía de los derechos.

En determinados destinos, en efecto, la igualdad entre géneros y la aceptación y promoción de la diversidad en las empresas (y en la sociedad, incluso), es algo inexistente. Que puede afectar a la prestación laboral de las personas desplazadas. Y puede obligarles, bien a adoptar las reglas dominantes en el lugar de destino, bien al retorno a la empresa de origen como último recurso.¹⁹

Los derechos de formación estarían sujetos a vicisitudes idénticas a las que provocan los derechos relativos a la jornada, en la medida en que tenga implicaciones en términos de tiempo de trabajo. No obstante, en este caso, la extraterritorialidad puede no ser tan impertinente como en otros derechos, dado que las opciones de formación en línea son cada vez mayores, y es plausible que quedan diversas modalidades para acceder a contenidos recualificantes. Sobre la base de que se dispone de los medios tecnológicos precisos, del tiempo adecuado, y no se trate de una formación manipulativa en la aplicación teórica y/o práctica. En cuyo caso, habría que valorarse si cabe exigir a la empresa de origen que forme en destino, y/o pida a la empresa de destino que proceda a la formación directamente.

Incluso, con carácter previo, habría que valorar si cabe exigir a la empresa de origen que lleve a cabo procedimiento de cualificación/especialización antes

¹⁹ Y tal es así, que los desplazamientos a determinados países con tradiciones antigalitarianas, bien se circunscriben a sujetos que no se ven afectados por esos cánones dominantes, bien llevan anejo una renuncia de facto a la reivindicación de situaciones igualitarias. Sirvan dos ejemplos. En ciertos países de oriente medio las mujeres nunca pueden acudir solas a la empresa, han de cubrirse, y no pueden ostentar cargos jerárquicos respecto de varones. Y en otros países las personas trabajadoras han de omitir publicitar su orientación e identidad sexual, so pena de sufrir ciertas consecuencias.

de proceder al desplazamiento. Algo que, podría tener repercusión en términos de prevención de riesgos laborales, por lo que se trata en el apartado monográfico dedicado a la salud laboral.

En todo caso, estas vicisitudes variadas que solo se dejan apuntadas, serán más o menos gravosas en términos de derechos para la persona trabajadora, cuanto mayor sea la duración del desplazamiento, y menos inequitativa haya sido la previsión de contrapartidas ligadas a la movilidad.

En este sentido, al mismo tiempo, obviamente, en la medida en que en el contrato quepa mayor margen para la autonomía de la voluntad, mejor podrá quedar ajustado el sinalagma, y/o menos relevantes serán las vicisitudes jurídicas de aplicación del Derecho Laboral español. Algo especialmente obvio en los supuestos de la contratación de alta dirección, y en la contratación para ser viajero habitual. En los que pueden caber cláusulas diversas de adaptación a las necesidades de la entidad de destino en la que se realiza la prestación transnacional de servicios.

El desplazamiento transnacional igualmente puede disolver la efectividad de los derechos laborales ligados a la suspensión y/o a la extinción de la relación laboral misma.

En el caso de las suspensiones –pero cabría extenderlo también a las interrupciones de la prestación laboral– la extraterritorialidad podría disuadir del ejercicio mismo del derecho o impedir o dificultarlo; e incluso, podría provocar la repatriación del sujeto trabajador²⁰.

Por lo que se refiere a la extinción, la extraterritorialidad puede provocar cierto género de desprotección, incluso indefensión, tanto si se trata de una extinción a instancia del empresario cuanto de la persona trabajadora. Porque los centros de imputación están separados, de un modo más o menos relevante, atendiendo a la red de transportes y/o a las redes de comunicación corporativa, pero los eventuales plazos de ejercicios de acciones en territorio español son de caducidad.

Pero, en todos los casos anteriores, la sensibilidad de los derechos se puede intensificar como consecuencia de la afectación de los derechos colectivos.

2.4. Los derechos colectivos

Sirva solo dejarlo apuntado, pero, tanto en los derechos anteriores, como en el caso del derecho a la seguridad y salud de las personas trabajadoras, del

²⁰ Si ese piensa en supuestos de incapacidad temporal, nacimiento de hijo, riesgo durante el embarazo esto es especialmente evidente, atendiendo, obviamente, al tipo de prestación laboral de que se trate. Porque habría casos en los que mediante las nuevas tecnologías la suspensión de la prestación laboral puede ser sustituida por modalidades telemáticas en destino, sin necesidad de sustituir al sujeto respecto del que se ha dado alguna de las causas del art. 45 ET de esta índole.

que se pasa a tratar enseguida, es crucial el debilitamiento que el desplazamiento del sujeto trabajador provoca en la efectividad de sus derechos colectivos. De un modo transversal. Porque dependiendo de cuanto dure el desplazamiento del sujeto trabajador, su condición de elegible resulta más o menos inverosímil, y su participación como sujeto elector menos relevante. De la misma manera, el ejercicio de medidas de conflicto colectivo (derecho de huelga incluido) resultan de difícil extrapolación fuera del ámbito de la empresa de origen.

Pero, en lo que a la vertiente más individual se refiere, la prestación extraterritorial de sus servicios le aleja de la *vis expansiva* de la protección que la representación unitaria o sindical puede desplegar en la empresa, en términos de consulta/control del cumplimiento de la normativa laboral. Algo que, es especialmente irrelevante en el caso del personal de alta dirección pero no de los restantes miembros de la plantilla de la empresa de origen.

Del mismo modo, la extraterritorialidad frena, salvo previsión de la normativa nacional en contra en el Estado de destino, que las formas existentes de tutela colectiva de derechos individuales y colectivos pueda protegerle en dicho destino. Especialmente cuando la heterogeneidad de estándares de protección es máxima.

Asimismo, la extraterritorialidad, frenaría la *vis aplicativa* de las normas de origen convencional, salvo que se pacte su validez más allá del territorio español en los supuestos de desplazamiento transnacional. O salvo que se incorporen todo o parte del contenido material como pacto accesorio del contrato, inicial o sobrevenidamente. Y en este punto, parece quedar al albur de la voluntad empresarial la efectividad última de los contenidos convencionales, que han podido preverse exclusivamente de aplicación en el territorio nacional.

3. El derecho a la seguridad y salud de las personas trabajadoras: una especial atención al derecho generalmente olvidado en el desplazamiento transnacional

Junto a los riesgos laborales habituales de la prestación laboral, en el desplazamiento cabe identificar factores adicionales, ligados a los desplazamientos/viajes, pero esencialmente ligados a los riesgos geopolíticos del lugar de destino, así como a los eventuales riesgos psico-sociales ligados al desplazamiento y a las nuevas condiciones de trabajo en destino. Lo que justifica lleva a cabo un tratamiento más profundo del derecho a la seguridad y salud de los sujetos trabajadores desplazados.

3.1. La persona trabajadora desplazada como sujeto especialmente sensible

Podría, entonces, valorarse la posibilidad de considerar al sujeto desplazado como una persona trabajadora especialmente sensible (ex Art. 25 o

ex Art. 28 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; en adelante LPRL).

La eventual atribución a un sujeto trabajador desplazado temporalmente en el marco de una prestación de servicios transnacional más allá de la UE (PST en adelante) de la consideración de “sensible” en los términos de la normativa laboral, no es una cuestión irrelevante, por cuanto que provocaría que, de una parte, el sujeto desplazado recibiera un plus de protección, y, de otra parte, que los empresarios implicados por el desplazamiento (el del estado de origen y el del estado de destino, en su caso) hubieran de asumir obligaciones preventivas nuevas o de mayor intensidad.

La especial “sensibilidad” desde el punto de vista preventivo, puede ser, en todo caso, específica del trabajador desplazado ateniendo a alguna concreta condición especialmente protegida²¹; pero también podría tratarse de una sensibilidad especial derivada del desplazamiento en sí mismo.²² O dicho de otro modo, sería cuestión determinar si el propio desplazamiento, referido a un

²¹ Dicho de otro modo, resulta indiscutible que la persona desplazada haya de ser sujeto de derechos de seguridad y salud específicos, por su condición de sujeto “especialmente sensible” cuando se trate de una mujer embarazada o en situación de lactancia natural, o cuando se trate de un trabajador menor de edad. Colectivos éstos que, ex Art. 26 y 27 LPRL, son sujetos especialmente protegidos con independencia de que sean o no desplazados temporalmente en el marco de una PST. En estos casos, la condición de trabajador especialmente sensible por pertenecer a uno de los colectivos dignos de especial tutela, absorbería la condición de ser trabajador desplazado, y exigiría un grado de protección más intenso; siempre vinculado a la condición femenina o a la minoría de edad.

Además, alternativa (o cumulativamente, podría darse), el sujeto desplazado podría ser considerado “especialmente sensible” desde la perspectiva preventiva, por cuanto mantenga una relación laboral de carácter temporal, concertada “para” el desplazamiento o incluso antes del desplazamiento; o haya sido contratado en el marco de una empresa de trabajo temporal para ser puesto a disposición de una empresa usuaria en el marco de un desplazamiento temporal internacional. En otras palabras, puede tratarse de un trabajador desplazado temporalmente en el marco de una PST, que es considerado especialmente sensible ex Art. 28 LPRL. Algo que resulta muy relevante en un caso concreto, como es aquel en el que un trabajador es contratado *ad hoc* (por una empresa radicada en un Estado, para el desarrollo de su actividad laboral en cumplimiento de la actividad empresarial al servicio de una empresa establecida en un Estado distinto) mediante un contrato de duración determinada para ser desplazado en el marco de una PST. Y este caso es especialmente relevante porque a diferencia del trabajador que ha concertado un contrato, indefinido o temporal, con carácter previo al desplazamiento y es sobrevenidamente, durante el desarrollo de la relación laboral, cuando es desplazado, en el caso de los trabajadores contratados *ad hoc* hay algunas obligaciones empresariales de dudosa efectividad, especialmente en la vertiente de la evaluación y la planificación de la prevención.

²² Los colectivos previstos en los Art. 26-28 LPRL no agotaría la proyección del Art. 25 LPRL, y podría haber trabajadores especialmente sensibles a los riesgos distintos de los previstos en esos artículos (GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. (1999) “Protección de trabajadores especialmente sensibles a ciertos riesgos.” En, CASAS BAAMONDE, M.E., PALOMEQUE LOPEZ, M.C., VALDES DAL-RE, F. (Coords.) *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*. Madrid: La Ley, p.39).

sujeto trabajador en concreto, puede provocar que dicho sujeto devenga “especialmente sensible”, pero sólo “con ocasión”/“por consecuencia” y durante el desplazamiento temporal (*ex* Art. 25 LPRL.)

El Art. 25 LPRL establece diversas obligaciones empresariales, en orden al cumplimiento del deber general de protección, que se materializan en la protección específica de las personas trabajadoras que sean consideradas especialmente sensibles. De un modo más concreto, desde la perspectiva de las obligaciones preventivas: a) el empresario tiene que tomar en cuenta estas características en las evaluaciones de los riesgos; b) en función de las evaluaciones el empresario ha de adoptar las medidas preventivas y protectoras necesarias; c) el empresario no puede emplear, en general, a los trabajadores especialmente sensibles en aquellos puestos en los que se pueda poner en situación de peligro, o a otros trabajadores o a otras personas; d) no puede emplearlos transitoriamente.

Se puede considerar que lo previsto en el Art. 25.1º LPRL es una concreción del principio general de “adaptación del trabajo a la persona” (Art. 15.1.d) LPRL), con la única diferencia de que se refuerzan las obligaciones preventivas generales del empresario y se exige al empresario una especial diligencia preventiva en su cumplimiento²³. Pues bien, en este caso, la primera cuestión a resolver es la de si una persona trabajadora desplazada, por el mero hecho de su desplazamiento, puede ser considerada objetivamente trabajadora especialmente sensible a los efectos de sus derechos de seguridad y salud.

Y en este punto pareciera que no habría una solución indiscutible²⁴. Porque, independientemente de que no haya una definición legal de trabajador especialmente sensible²⁵ podría considerarse:

A) Que el desplazamiento por sí mismo no podría entenderse que afecta sobrevenidamente a un sujeto como para considerarle sensible. Porque lo relevante no ha de ser el desplazamiento, sino las características personales, ligadas a algún rasgo físico, psíquico o sensorial que hacen especialmente

²³ GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. (1996) *Comentarios a la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales*. Madrid: Trotta, p. 168.

²⁴ En definitiva, la cuestión requeriría una opción previa entre un concepto subjetivo-individual de sensibilidad o un concepto objetivo. (Por todos, MORENO SOLANA, A. (2010) *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 39 y ss.)

²⁵ En efecto no hay definición alguna; la norma solo ofrece algunos elementos que delimitan un eventual supuesto de sensibilidad. Pero resulta altamente reveladora la definición ofrecida desde la doctrina, a saber la de que es una persona trabajadora especialmente sensible “cualquier trabajador, independientemente de que pertenezca a un colectivo o no, cuyas características personales dan lugar a un condicionante físico, psíquico o sensorial, que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos en el trabajo y los riesgos propios se agravan como consecuencia del trabajo, trabajadores para los que el legislador ha previsto una tutela reforzada”. (MORENO SOLANA, A. “*La prevención de...*” cit. p. 57).

sensible a un sujeto a los riesgos ligados a las tareas de su puesto. En efecto, se interpreta que son las características personales, entendidas como algún rasgo físico, psíquico o sensorial personal, las que causalmente vinculadas a determinadas actividades exigen una obligación reforzada de tutela porque condicionan al sujeto trabajador para el desempeño de las tareas de su puesto, de un modo tal que la incidencia de los riesgos es mayor en su caso. A lo que se une que se mantiene que la sensibilidad no se posee en abstracto, sino referida a un concreto riesgo. Esta opción lleva automáticamente a excluir que los trabajadores desplazados, sin más puedan ser considerados necesariamente especialmente sensibles, sin perjuicio de que se arbitren mecanismos especiales de tutela.

B) Que el desplazamiento, ligado a las condiciones personales del sujeto trabajador sí puede hacerle especialmente sensible a los riesgos derivados del desplazamiento. Porque no es menos cierto que, en concreto, una persona trabajadora desplazada sí pueda devenir especialmente sensible en el marco de un desplazamiento temporal por cuanto debido a su edad, su nacionalidad, su formación general previa, o las condiciones laborales del desplazamiento en el nuevo marco de la prestación de servicios, sea más vulnerable a los riesgos.

En este sentido, no solo son relevantes las condiciones físico-psíquicas o sensoriales entendidas *stricto sensu*. Porque habría ciertas características personales del sujeto trabajador en concreto que sería equivalentes a condicionantes físico-psíquicas o sensoriales que condicionan la seguridad del trabajador en términos generales²⁶.

²⁶ Paradigmáticamente sirva señalar aquellos supuestos en los que el trabajador carece, por ejemplo de conocimientos del idioma del Estado de destino del desplazamiento (y no puede entender las instrucciones de seguridad que le ofrecen los sujetos competentes, por ejemplo); o los supuestos en los que carece de una formación académica previa básica o especializada, o los supuestos en los que un trabajador carece de capacidades intelectivas especialmente desarrolladas sin ser por ello un discapacitado psíquico (supuestos estos en los que comprender, aprehender y aplicar nuevas reglas preventivas pueden resultar difíciles, de un modo agravado si hubiera problemas lingüísticos). Pero, además, habría algunos otros ejemplos de hipotéticas características personales que pudieran afectar a la seguridad de un sujeto desplazado; tales como la edad, o la discapacidad que, en el marco de un desplazamiento, sí resultan relevantes desde el punto de vista preventivo. Porque, por poner algún ejemplo visual, los sujetos trabajadores maduros se reputan menos adaptables a los cambios, algo evidente en materia preventiva. Junto a esas características menos cuestionables, habría otras, como la nacionalidad, igualmente relevantes; porque se considera que, en cierto modo, algunos trabajadores extranjeros, debido a diferencias culturales, tienen una distinta percepción de los riesgos; algo que incide en sus derechos de seguridad y salud (PALOMO BALDA, E. (2006) "Grupos especiales de riesgo", En, ARAMENDI SANCHEZ, J.P (Dir.). *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*. Madrid: CGPJ, p 293.)

Pero puede servir también de paradigma el caso de las personas trabajadoras desplazadas que por su orientación sexual pueden encontrarse en situación extremas de seguridad física (en territorios donde la homosexualidad está profundamente criminalizada). En estos casos, esas

De estas dos opciones parece que, desde un punto de vista general, el colectivo de los sujetos trabajadores desplazados temporalmente no es, indubitadamente, especialmente sensible en general, como categoría. Porque, objetivamente, el desplazamiento temporal no habría de hacer al trabajador desplazado, en abstracto y *a priori* más sensible a los riesgos, en los términos del Art. 25 LPRL. Pero una concreta persona trabajada desplazada sí puede ser especialmente sensible a los riesgos laborales durante el desplazamiento, ateniendo a sus circunstancias personales. De ahí que se pueda concluir que si bien no el sujeto desplazado no constituye una nueva categoría de persona trabajadora sensible *per se*; sí habría de ser un sujeto susceptible de una especial tutela; especialmente a través de una actividad empresarial reforzada de adaptación de la protección a las características personales del sujeto (*ex* Art. 15.1.d) LPRL).

Sin embargo, además, lo relevante sería, en verdad, que desde el punto de vista de la evaluación y la planificación de los riesgos, el desplazamiento se categorizase a efectos preventivos como un nuevo riesgo, ligado no ya a la prestación laboral profesional en sí, sino al régimen de ejecución de dicha prestación. O, si no se considerase un nuevo riesgo, como mecanismo de protección reforzado, podría valorarse el desplazamiento como un factor de peligro respecto de los riesgos clásicos, o incluso, en algunos casos de desplazamientos, de riesgos emergentes de carácter psico-social²⁷.

3.2. La protección reforzada de la seguridad y salud laboral de la persona trabajadora durante el desplazamiento

Independientemente de que se considere que el sujeto desplazado es un sujeto trabajador sensible o no *ex* Art. 25LPRL, lo cierto es que sí es una persona que, con ocasión/como consecuencia del desplazamientos, puede demandar una protección reforzada.

En efecto, el derecho a la protección eficaz de seguridad y salud (Art. 14.1º LPRL) del sujeto trabajador desplazado en el marco de una PTS, eventualmente,

características personales pueden condicionar el desarrollo de la actividad profesional durante el tiempo que dure el desplazamiento, haciendo a los trabajadores más sensibles a los riesgos concretos de su actividad laboral; cuando, sin dicho desplazamiento no se darían esos riesgos especiales, normalmente de orden psico-social. Se producen así “trastornos adaptativos”, normalmente en respuesta a un estresor inidentificable, como puede ser el cambio de puesto de trabajo. Se trata de trastornos mentales con manifestaciones externas-síntomas emocionales (depresión, ansiedad, irritabilidad, insomnio, abulia etc.) y/o trastornos del comportamiento, con deterioro de la actividad laboral. El periodo de latencia puede ir hasta los tres meses, y, una vez desaparecido el estresor, los síntomas se pueden seguir manifestando hasta seis meses. (AMADEO ESCRIBANO, S. y PERALES SOLER, F.J. (2010) “Trastornos adaptativos y crisis económica” *Gestión práctica de riesgos laborales*, n. 67, p. 60).

²⁷ Así lo considera la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (*Expert forecast on emerging psychosocial risks related to occupational safety and health*. Luxemburgo, 2007)

es susceptible de expandirse, intensificando correlativamente las obligaciones empresariales derivadas del deber general de prevención.

Y la *vis expansiva* del derecho genérico a la protección eficaz de seguridad y salud nace de los elementos intrínsecos al desplazamiento, así como de otros elementos externos ligados al desplazamiento. Y estos elementos, en el marco del desplazamiento, generan nuevas necesidades preventivas y, por ello nuevas obligaciones empresariales o al menos modulan las obligaciones normales del empresario.

Por lo que se refiere a los elementos intrínsecos al desplazamiento, se podrían mencionar, con carácter general: el traslado de residencia y las cuestiones logísticas (viajes, alojamiento, etc.); y la inserción del trabajador desplazado en otra organización empresarial para el desarrollo de su prestación laboral.

El trabajador desplazado por su empresario a otro Estado, requiere, de un lado, que el trabajador realice, al menos, dos trayectos (ida y vuelta) desde el Estado de origen, al Estado de destino, en medios de transporte pertinentes atendiendo a la distancia que medie entre origen-destino. Y, de otro lado, exige que resida en el Estado de destino éste mientras dure el desplazamiento. Esta necesidad de residir en un nuevo Estado exige resolver las cuestiones logísticas básicas (alojamiento, manutención, transporte, etc.), así como las cuestiones idiomáticas y de convivencia social y cultural que se puedan suscitar. Independientemente de que con el cambio de residencia al trabajador desplazado queda inserto temporalmente en un contexto geográfico (en el que se han de tener en cuenta las condiciones climáticas, los usos horarios, el idioma o la cultura, o la orografía, por poner algunos ejemplos); en un contexto socio-político (en el que puede darse que el estado de destino se encuentre en situaciones de crisis o inestabilidad política, o, incluso en situaciones bélicas o pre-bélicas), y en un contexto económico determinado (con situaciones de desigualdad económica, o de crisis económicas, que generan inestabilidad social o incluso inseguridad) que exigen un proceso de adaptación mayor o menor, según el Estado de destino de que se trate.²⁸

A lo anterior se suma que el sujeto trabajador desplazado se ha de insertar, en mayor o menor medida (dependiendo del tipo de prestación de servicios transnacional que haya concertado el empresario desplazante con el empresario del destino del desplazamiento) en una nueva organización empresarial, distinta de la de origen, en la que puede regir distinta legislación (laboral o de otro tipo)

²⁸ Normalmente vinculados a supuestos de fuerza mayor. En Oriente Medio y Extremo Oriente es habitual que se produzcan diversos sucesos de carácter político, que han requerido la expatriación de sujetos trabajadores de nacionalidad española allí desplazados (con carácter temporal y con carácter permanente; como también cabe que se produzcan fenómenos naturales de envergadura, como ha sido el caso de terremotos, tifones, o epidemias.

y por ende distinta cultura preventiva; en la que puede haber una organización del trabajo distinta (turnos u horarios distintos, procedimientos o protocolos diferentes), o distintos tipos de recursos materiales (instalaciones, productos, equipos de trabajo distintos), y/o distintos sistemas de gestión de recursos (materiales y humanos); en la que, puede haber distintos colectivos (trabajadores autóctonos, nuevos mandos) cohabitando con el trabajador desplazado. Independientemente de que en la empresa destinataria del desplazamiento puede haber, incluso, agentes físicos, químicos o biológicos diversos, o de intensidad, concentración o presencia diversas.

En suma, es plausible que, como consecuencia del desplazamiento, la persona trabajadora haya de desarrollar su actividad laboral en condiciones de trabajo, en términos preventivos (Art. 4.7º LPRL), distintas de aquellas del Estado de origen.

Entre los elementos externos al desplazamiento, pero ligados a él, habrían de destacarse, por simplificar, aquellos que, no guardan relación con el desplazamiento en sí, porque son inherentes a la actividad empresarial o inherentes a la persona trabajadora, pero que, ligados a un desplazamiento actúan como condicionantes de la efectividad del derecho a la protección eficaz de dicho trabajador desplazado.

Por una parte, se ha de distinguir, en cada desplazamiento concreto, el sector de actividad en el que se produce. Hasta el momento, con carácter general, los sectores económicos en los que se producen habitualmente desplazamientos internacionales son los ligados a construcción y obras públicas (construcción de puentes, de túneles, de depósitos; obras comerciales e industriales; trabajos de cimentación; estabilización de taludes, por citar algunos ejemplos), al sector de la energía; a la consultoría y servicios financieros, y, en menor medida, a los servicios sanitarios y sociales.

El sector económico en el que se produce la contratación transnacional de servicios entre empresa, y que provoca el desplazamiento temporal de trabajadores de un Estado a otro, es relevante, porque las circunstancias materiales del desarrollo de la actividad no han de ser iguales en la empresa de origen y en la empresa de destino del desplazamiento; especialmente cuando no están sujetas a la misma legislación de prevención de riesgos laborales o, incluso, cabe que esta ni exista como tal en el Estado de destino, en la medida en que se trata de una construcción jurídica relativamente moderna y eurocéntrica.

A lo anterior se suman las condiciones personales del sujeto trabajador desplazado. En efecto, desde el punto de vista preventivo es relevante, en primer lugar, el perfil profesional de los sujetos desplazados. Y aquí resulta llamativo que, *de facto*, el colectivo de personas trabajadoras desplazadas se aglutina en dos tipos de categorías, a saber: trabajadoras de baja cualificación o altamente

cualificadas, no sólo desde el punto de vista profesional, sino también desde el punto de vista académico. Y aquí se insertaría aquella cualificación que aglutinase el conocimiento de idiomas, la titulación académica, y la experiencia profesional. Elementos estos que, de un modo transversal, junto al perfil profesional formalizado en una u otra categoría profesional, van a determinar que el sujeto desplazado requiera (o no) un plus de protección en el marco del desplazamiento temporal internacional.

En segundo lugar, también son relevantes ciertas condiciones personales, como la edad o la condición familiar (en términos de existencia o no de cargas familiares, por simplificar), porque coadyuvan a que el sujeto trabajador desplazado se halle en un estadio de mayor o menor vulnerabilidad ligado a la movilidad geográfica de la que es objeto.

Pues bien, estos condicionantes, a título ejemplificativo (y sin que pueda pretenderse la exhaustividad, dado que, *in casu*, cada desplazamiento está predeterminado por un marco distinto de condicionantes), determinarían que, si bien no de un modo automático porque no se está ante un sujeto trabajador especialmente sensible, el empresario debiera ofrecer una especial tutela preventiva al trabajador desplazado.

O dicho de otro modo, el deber general de protección del empresario debe aquí aplicarse con arreglo al principio de la acción preventiva contenido en el Art. 15.2º LPRL; de suerte que el empresario debe tomar en consideración las capacidades profesionales de los sujetos trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de adoptar la medida de desplazarle en el marco de una PTS, para decidir si desplaza o no a un concreto individuo²⁹. Tomada la decisión de proceder a la movilidad geográfica transnacional de un sujeto, el deber general de protección no puede desobedecer el principio general de adaptación del trabajo a la persona (Art. 15.1ºd) LPRL), que generaría, bien nuevas obligaciones preventivas, bien modularía las existentes.

3.3. Las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud respecto de los trabajadores desplazados

Vinculados a los anteriores condicionantes de los derechos, en el haz opuesto, el desplazamiento, y esos mismos condicionantes, modularían el deber general de protección (Art. 14 LPRL).

En el siguiente sentido: en el caso de las situaciones de desplazamiento, desde el punto de vista preventivo se han de distinguir dos nuevos grupos de

²⁹ De no hacerlo, esa omisión constituye una infracción grave o muy grave, según se derive o no un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (Art. 12.16º o, art 13.3º, 4º, 9º, 10 º del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

riesgos, que se sumarían a los riesgos ligados a la prestación laboral en su fase originaria previa al desplazamiento. De forma que los riesgos ligados a la prestación laboral en su fase previa o anterior al desplazamiento quedarían en estado de latencia, porque los riesgos reales a los que estaría expuesto el sujeto trabajador en el marco de una PTS serían, de una parte, los riesgos ligados al desplazamiento en sí mismo y; de otra los –nuevos– riesgos presentes en la empresa de destinataria del desplazamiento y los factores de riesgo derivados del nuevo entorno de trabajo, los nuevos requerimientos de las tareas, el nuevo entorno social, durante el desplazamiento.

De esta forma, el deber general de protección del empresario se ha de someter a revisión, a una nueva conformación material, en lo que se refiere a su concreción en las distintas obligaciones empresariales en materia preventiva. Obligaciones que, en los casos de desplazamiento, se actualizan en torno a dos ejes: de un lado la ejecución en el tiempo de la medida empresarial de desplazamiento; y, de otro lado, en torno a la dualidad o individualidad de la obligación. Algo que se deriva de la presencia de, al menos, dos empresarios.

Por lo que se refiere a la ejecución en el tiempo de la medida empresarial, es preciso señalar que desplazamiento transnacional, es, por naturaleza temporal, pero puede tener una duración indeterminada incluso indeterminable a priori; porque se vincula a la ejecución de la prestación transnacional contratada entre la empresa de origen y la empresa de destino. Contratación que justifica que aquella desplace a un trabajador para cumplir con las obligaciones contractuales con la empresa de destino, incluso de un modo duradero.

Pues bien, la extensión en el tiempo de la medida de movilidad geográfica, exige visualizar el desplazamiento de un modo secuencial desde una perspectiva preventiva. De este modo, habrá de analizarse cuáles son las obligaciones previas al desplazamiento, cuáles son las obligaciones preventivas que acompañan al desplazamiento y cuáles son las obligaciones subsiguientes al retorno del sujeto trabajador desplazado a la empresa de origen, una vez cumplida la relación contractual entre empresas³⁰.

Y en todos estos casos, no se puede perder de vista que estas obligaciones habrían de cumplirse en origen, y/o en destino; a lo que se une que se deban cumplir in situ, por ser obligaciones jurídica o materialmente territoriales; o se

³⁰ Esta secuencia, sin embargo, se comprime en un solo estadio, el del desplazamiento, en los casos de aquellos sujetos trabajadores contratados para el cumplimiento del contrato de prestación transnacional de servicios entre empresas. Porque en este caso, la causa del contrato laboral será la obra o servicio determinado (PST), de forma que los estadios previo y posterior al desplazamiento pierden virtualidad, en tanto en cuanto antes del desplazamiento no había relación laboral vigente, ni previsiblemente mantendrá vigencia una vez finalizado en desplazamiento. En este caso, las obligaciones empresariales se sincopan y han de cumplirse comprimidas durante el desplazamiento; cuestión esta que debe dejarse a un lado aquí.

puedan cumplir de un modo virtual, a través de nuevas tecnologías³¹, o a través de sujetos intermediarios porque se puedan delegar, a través de un servicio de prevención ajeno, por ejemplo, nacional del estado de origen que se desplaza con el trabajador; o a través de entidades análogas, homologables o no a los servicios de prevención del Estado de destino³².

Pues bien, lo relevante en este punto es la presencia de una pluralidad de sujetos, puesto que siempre³³ hay implicadas dos empresas, aquélla con la que el trabajador mantiene la relación laboral, pero que transitoriamente no recibe la prestación laboral, sino de un modo mediato; y aquélla empresa que ha contratado con otra empresa una prestación de servicios transnacional, y que recibe directamente, de un modo inmediato, la prestación laboral material de un trabajador –el trabajador desplazado– con el que no tiene ningún vínculo contractual laboral.

Y la dualidad de sujetos empresariales implicados en el desplazamiento genera la necesidad de diferenciar entre las obligaciones que se han de cumplir en origen, las que se han de cumplir en destino, y las que se han de cumplir en origen y en destino. Y esto entraña que, si se pueden repartir las obligaciones entre los empresarios implicados³⁴, o si se pueden predicar simultáneamente de

³¹ Se piensa en el uso de cámaras web y conexiones de voz a través de Internet, o el uso del teléfono, o del fax, sin más. Estas nuevas tecnologías podrían permitir el cumplimiento virtual de ciertas obligaciones. Por ejemplo, estos medios, referidas a medidas de emergencia, podrían permitir realizar una parte de análisis y de adopción de medidas y designación de personal, de un modo síncrono o asíncrono. De la misma manera que todas las obligaciones de información, e incluso algunas de formación, se pueden realizar a través de estas nuevas tecnologías, sin necesidad del cumplimiento territorial.

³² Cabría valorar la posibilidad de entender cumplidas las obligaciones de protección mediante la contratación de entidades análogas a los servicios de prevención españoles en otros Estados; o de empresas con funciones análogas que no respondan a la normativa de prevención de riesgos laborales pero puedan llegar a cabo funciones materialmente preventivas. Se está pensando, por ejemplo, que en un Tercer Estado, un empresario español contrate a una empresa de seguridad para verificar el cumplimiento de normativa, o contrate con una empresa de prevención de incendios, o con una compañía privada de asistencia sanitaria/seguro de accidentes y/o de enfermedad internacional, por poner otros dos ejemplos.

³³ O casi siempre, en realidad, dado que cabe el desplazamiento entre centros de trabajo de la misma empresa (multinacional), sitios en distintos Estados, en este caso, no habría, como tal una dualidad de empresarios, si bien sí se habría de considerar que hay una eventual duplicidad de obligaciones preventivas, a cumplir en destino y en origen, como consecuencia del desplazamiento internacional. Pero, incluso, cabría que hubiera más de dos empresarios implicados, algo que sucedería en los casos de contratación y subcontratación en cadena, por ejemplo, o de contratas y subcontratas que realiza una empresa usuaria con una tercera empresa respecto de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal. Situaciones estas que plantearían cuestiones específicas que se han de dejar de lado aquí.

³⁴ Podría partirse de la posibilidad de entender que los deberes de gestión u organización preventiva no sería exigibles de la empresa desplazante, sino de la empresa de destino; si bien sí resultan aplicables ciertas obligaciones ligadas a la evaluación y planificación y a las condiciones de seguridad (CAMAS RODA, F., MARTÍNEZ ASO, M.(2009), "El cumplimiento de la normativa

los dos empresarios quizás se pueda determinar la responsabilidad administrativa con competencia de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social española cuando la empresa de origen conserva la obligación legal de algún modo.

3.3.1. Obligaciones previas al desplazamiento

Con carácter previo al desplazamiento habrá algunas obligaciones preventivas a cumplir por sendas empresas, la de origen y la de destino.

a) Evaluación y planificación (obligación dual).

Con carácter previo al desplazamiento, los empresarios implicados en la PST estarían obligado a evaluar los riesgos laborales específicos del desplazamiento y a planificar, en consecuencia, la actividad preventiva que corresponda (Art. 16 2º. LPRL), como los dos grandes pilares de la prevención.³⁵

Una obligación y otra, sin embargo, se modulan, en el caso de que se produzca el desplazamiento de un sujeto trabajador, tanto para la empresa desplazante, como para la que recibe el desplazamiento.

Y en este sentido se habría de distinguir si las empresas tienen una actividad internacional regular o puntual. Porque el carácter esporádico o no de los desplazamientos transnacionales de trabajadores, haría que el desplazamiento en sí mismo hubiera de ser un elemento estable tanto en la evaluación de riesgos cuanto en la planificación de la prevención. En efecto, la empresa con actividad transnacional inherente o intrínseca a la propia actividad económico-productiva (por ser habitual prestador³⁶ o prestatario habitual de servicios transnacionales) debe tener en consideración, en la evaluación inicial de riesgos (sin perjuicio de que se deba actualizar en aquellos casos en los que haya circunstancias variables, o deba realizar controles periódicos de las condiciones de trabajo o de la actividad del trabajador), que ciertos puestos de trabajo llevan aneja la necesidad de desarrollarse, total o parcialmente, continuada o intermitentemente en régimen de desplazamiento transnacional.

Esto exigiría, por ejemplo, que se hubieran de incorporar en la evaluación las condiciones de trabajo de origen y las de destino, y que, incluso, se

de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional". *Revista de Derecho Social*, n. 45, p. 118 y ss.). Como se verá, aquí se mantiene una postura duplicadora de obligaciones, en orden a una mayor tutela de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores sujetos a desplazamiento internacional en el marco de una PST.

³⁵ GONZALEZ DIAZ, F.A. (2002) *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*. Madrid: CES, p. 167.

³⁶ Esto es habitual en los sectores económicos paradigmáticos de las PST, tales como el de la construcción, el de las instalaciones industriales e ingeniería en general, o el sector de consultoría financiera.

incorporaran como riesgos específicos los del trayecto de ida y vuelta, en orden a la prevención de los accidentes *in itinere*, pero también los *in missione*³⁷; y los vinculados a la residencia en otro Estado distinto del de origen. En el caso de las empresas que sólo ocasionalmente desplazan trabajadores o recibe trabajadores en régimen de desplazamiento transnacional, las evaluaciones iniciales han de ser actualizadas, en la medida en que cambian las condiciones de trabajo del trabajador desplazado.

Como especialidad, en caso de desplazamiento transnacional parece que formarían parte del deber general de protección, en su concreción de obligación de evaluar los riesgos y planificar la prevención, los riesgos psico-sociales ligados al desplazamiento en sí mismo, más los riesgos inherentes a la prestación laboral en régimen de desplazamiento. Así, en la evaluación general de los riesgos profesionales, habría de realizarse una evaluación preventiva diferenciada, atendiendo al estrés en el nuevo entorno de trabajo, en los nuevos requerimientos del puesto, y en el nuevo entorno social.

Cuando los resultados de la evaluación pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos, que serán objeto de planificación, y se incluirá para cada actividad preventiva el plazo para llevarla a cabo, la designación de responsables y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución.

Cumplidas las obligaciones de evaluar y de planificar, los empresarios ulteriormente, han de asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, para lo que han de realizar el seguimiento continuo de dicha planificación mientras dure el desplazamiento. De tal modo que sea posible modificar las actividades de prevención cuando se aprecie que resultan inadecuadas para procurar la protección pertinente al sujeto desplazado (Art. 2.b) in fine LPRL).

En todas estas obligaciones iniciales se observa, al menos desde la perspectiva del empresario que procede al desplazamiento, que, tanto en la evaluación como en la planificación y en su seguimiento, existe un límite relativo; en efecto, el sujeto desplazado sale del ámbito de control empresarial, que está cercenado, además, por las limitaciones geográficas. De suerte que el empresario de origen, al planificar los riesgos –sobvenidos como consecuencia del desplazamiento– se encuentra limitado en la medida en que el trabajador se inserta en otra organización productiva, sita en otro Estado; respecto de la que

³⁷ Algo que se refiere especialmente los accidentes de tráfico; quizás no tanto en los viajes iniciales-finales, sino en los viajes durante el desplazamiento. En todo caso, puede que no haya demasiado margen a la prevención, salvo en el ámbito de la prevención de los accidentes; en los casos en que los medios de transporte quedan fuera del margen de maniobra de trabajador-empresas.

no tiene capacidad de elegir, por ejemplo, ni los equipos de trabajo, ni las sustancias o preparados químicos, ni el tipo de acondicionamiento de los lugares de trabajo; dejando a salvo los supuestos en los que el trabajador se desplaza con todos (o parte de) los equipos y/o sustancias de trabajo. De esta forma, el cumplimiento eficaz de su obligación de evaluación y planificación se encuentra subordinado a la eventual colaboración del empresario que recibe al trabajador desplazado, que le facilite información y/o acceda a realizar ciertas actividades preventivas básicas.

Cuando eso no fuera plausible, el empresario de origen habría que articular algún mecanismo corrector para mantener márgenes de maniobra desde la perspectiva preventiva; ligadas a la presencia de un delegado del empresario en la empresa de destino, a una información y formación más intensa, o en todo caso, a un ejercicio potenciado de anticipación de los riesgos, o de especial protección si no se pueden prevenir, antes del desplazamiento, sobre la base de un reforzado principio de cautela. De forma que el empresario de origen habría de proporcionar al trabajador equipos de protección especial desde el estado de origen, o habría que reforzar la vigilancia de la salud, por poner algunos ejemplos.

b) Información.

A fin de dar cumplimiento al deber de protección, los empresarios implicados en el desplazamiento habrían de adoptar las medidas adecuadas para que los sujetos trabajadores desplazados reciban toda la información necesaria con relación a los riesgos para la seguridad y salud, y las medidas y actividades de prevención y protección aplicables a dichos riesgos (Art. 18.1º LPRL). O dicho de otro modo, el empresario de origen habría de informar al sujeto destinatario de la medida de movilidad geográfica de los riesgos nuevos ligados al desarrollo de su prestación laboral en la empresa de destino tanto aquéllos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función; así como habría de informarle sobre cuáles son las medidas preventivas que ha planificado. Y, paralelamente, esta misma persona trabajadora debería recibir esos dos tipos de información desde la empresa de destino.

Paralelamente, deberían provocarse estos flujos de información en otros dos ámbitos. De una parte, la empresa de origen habría de informar a los representantes de los trabajadores de los riesgos inherentes al desplazamiento de trabajadores en el marco de una PST, y de las medidas previstas para prevenirlos o evitar daños. Información esta que habría de servir para que la representación legal de las personas trabajadoras en la empresa supervisará, dentro de su ámbito de maniobra, la efectividad de los derechos de seguridad y salud del trabajador desplazado, bajo el ejercicio de los derechos de consulta específicos (capítulo V de la LPRL) o de cualesquiera otros generales.

De otra, la empresa de destino habría de informar en los mismos términos a la representación legal de su empresa y también a los sujetos trabajadores de su propia plantilla. Porque, en este caso, el desplazamiento no solo tiene efectos preventivos respecto del sujeto desplazado que la empresa de destino recibe. Por el contrario, la empresa de destino del desplazamiento recibe una persona que ha de desarrollar una actividad productiva que puede tener influencia en la seguridad y salud de los trabajadores autóctonos de esta empresa.

c) Formación al trabajador desplazado.

En el centro de la modulación que el desplazamiento transnacional del sujeto trabajador provoca en el deber general de protección empresarial, se encuentra, la obligación empresarial de garantizar que aquel reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva con ocasión del desplazamiento (antes, e incluso durante el desplazamiento, periódicamente si fuera necesario); que será complementaria de la formación inicial recibida en el momento de la contratación. Y esta formación habrá de tener un contenido ad hoc, para cada individuo en concreto, atendiendo a cuales son los cambio de funciones que se produzcan, así como a los eventuales cambios en los equipos de trabajado o en cualesquiera otras condiciones de trabajo durante el desplazamiento. (Art. 19 LPRL).

Esta obligación, en principio, correspondería cumplirla al empresario desplazante; sin embargo, por extrapolación de las reglas del régimen concreto previsto para las empresas de trabajo temporal (Art. 28 LPRL), cabría mantener que el empresario de destino, en aquellos casos en que el sujeto desplazado haya de desarrollar su prestación laboral sujeto a ciertos riesgos especiales, nuevos, y que escapan al ámbito del poder de dirección empresarial de origen, habría de formar específicamente al sujeto desplazado, en orden a evitar eventuales daños (personales, pero también daños materiales en los bienes y/o instalaciones).

La obligación de formación es una obligación compleja de tracto sucesivo, con un contenido predominantemente finalista. De ahí que se pueda entender que, incluso, podría tratarse de una formación por módulos, desarrollada antes y durante el desplazamiento si fuera necesario, en la que colaboran, imbricadamente, los dos empresarios implicados, el de destino y el de origen, cada uno en el marco de su poder de organización empresarial. Algo que tiene especial virtualidad en el marco de la obligación de coordinación de actividades (ex Art. 24 LPRL).

La formación debe de ser referida a la prevención de riesgos laborales genéricos y específicos del puesto y del sector durante el desplazamiento; ha de

ser teórica y práctica; ha de ser suficiente³⁸; lo que supone que ha de una formación de calidad, con la duración e intensidad suficiente para el objetivo preventivo; sin que sean suficientes las meras instrucciones; ha de ser adecuada o personalizada; ha de ser continua, periódica y dinámica, adaptada a la evolución de los riesgos³⁹.

No obstante lo anterior, cabría que en cumplimiento de esta obligación empresarial uno, o los dos empresarios concertaran la actividad formativa con entidades especializadas; sin que esto presupusiera el cumplimiento de la obligación empresarial ni la exención de eventuales responsabilidades.

En este ámbito, se ha de llamar la atención sobre un hecho, si bien la efectividad del derecho a la protección y salud del sujeto trabajador desplazado descansa sobre la obligación de formación, no es menos cierto que este mismo trabajador asume un deber correlativo de formarse (Art. 19.4º LPRL); tácitamente enmarcado también en el Art. 29 LPRL. De manera que el incumplimiento de esta obligación de recibir y asimilar la formación preventiva ligada al desplazamiento puede ser sancionado disciplinariamente. Lo que, si se observa, genera una obligación aneja al empresario: no solo ha de ofrecer la formación necesaria y adecuada, sino que, también ha de asegurarse de que el sujeto trabajador la recibe y la asimila. Algo, en suma, es la consecuencia natural de que la obligación de formación sea una obligación finalista, como se dijo más arriba. Carácter finalista que puede ser un elemento determinante para derivar responsabilidad empresarial en materia preventiva. Desde el momento en que no se trata de una obligación meramente formal.

³⁸ A la vista de las características exigidas a la formación preventiva, se han de realizar algunas consideraciones en orden a dotar de contenido a ciertos conceptos jurídicos indeterminados que definen la obligación empresarial de formación. En efecto, las reiteradas referencias a la suficiencia y a la adecuación de la formación, que no dejan de ser conceptos jurídicos indeterminados, se integrarían atendiendo a que, en suma se ha de tratar de una formación específica y personalizada. O dicho de otro modo, debe versar sobre los riesgos del puesto de trabajo o de las funciones concretas a desempeñar durante el desplazamiento, en la empresa de destino; y debería ser una formación impartida atendiendo a las características personales del trabajador desplazado, es decir, una formación inteligible (conforme a su nivel formativo-académico, y en el idioma de referencia del trabajador). Y, en este ámbito, es donde, quizás la negociación colectiva tendría un relativamente importante margen de maniobra, para definir claramente los estándares de calidad y de suficiencia de la formación.

Un ejemplo claro lo ofrecen los artículos 138 y ss. del Convenio colectivo general del sector de la construcción (Código convenio: 99005585011900) que fue suscrito con fecha 25 de julio de 2017 (Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo).

³⁹ GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley ...* Cit. , p.133.

3.3.2. Obligaciones durante el desplazamiento

Una vez que la medida empresarial de movilidad geográfica comienza a ejecutarse, es decir una vez que el sujeto trabajador inicia la prestación de servicios bajo la organización empresarial del empresario de destino, surgen nuevas obligaciones empresariales, tanto para el empresario empleador del trabajador desplazado, cuanto para el empresario que recibe la prestación material de éste.

a) Coordinación de actividades.

Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y, a tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales (Art. 24.1º LPRL). Pues bien, en el caso del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una PST, es plausible que en un centro de trabajo *amplo sensu* (normalmente de la empresa que recibe al sujeto desplazado, aunque puede tratarse de otro lugar físico⁴⁰), desarrolle su actividad la empresa receptora del desplazamiento, de una parte, y de otra la empresa empleadora del sujeto trabajador desplazado. Y de este hecho, en el marco de la obligación general de coordinación de actividades, se desplegaría el elenco particularizado de las obligaciones empresariales preventivas de carácter material.

Esta obligación de cooperación entre empresarios, mediante la coordinación de actividades preventivas, se hace más evidente durante el desplazamiento, pero no habría de desconocerse que se trata, por su carácter durativo, de una obligación que nacería desde el mismo momento en que se toma la decisión de proceder al desplazamiento en el marco de una PST; de ahí que esta obligación haya de acompañar a las anteriores obligaciones previas al desplazamiento internacional; así se establece de un modo expreso respecto de la obligación de información (Art. 18 LPRL), pero podría extenderse a la obligación de formación igualmente (Art. 19 LPRL).

El empresario de destino (que sería, en principio, el titular del centro de trabajo) adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores (Art. 24.2º LPRL). Y en este sentido, sea como fuere, en los casos de

⁴⁰ Piénsese en todos aquellos supuestos en los que la empresa de destino ha contratado con la empresa de origen la realización de una determinada obra o instalación, ajena al centro de trabajo *stricto sensu*.

desplazamiento temporal transnacional desde una empresa de origen a una de destino, la figura del coordinador de actividades preventivas como medio de coordinación preferente (Art. 13 del Real Decreto 171/2004) puede resultar el eje de la eficacia de los derechos de seguridad y salud del sujeto trabajador sujeto a desplazamiento. Sin perjuicio de que es bien cierto que, en el caso del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una PST, la empresa de destino (que recibe al sujeto trabajador desplazado en ejecución de la contratación de servicios por la empresa de origen) deviene, en el marco de la coordinación de actividades, garante último del cumplimiento de la normativa preventiva en su centro de trabajo (Art. 24.3º LPRL)⁴¹.

Aunque ya se ha ido viendo, y se volverá enseguida sobre ello, resulta evidente que el cumplimiento efectivo de la mayor parte de las obligaciones preventivas será ínfimo, en la medida en que el elemento de la extraterritorialidad frena, de un lado, la aplicación de las reglas nacionales de prevención de riesgos laborales, en territorios más allá de la Unión Europea, en los que las empresas de destino es muy plausible que, al margen de una eventual voluntad preventiva, o cuentan con recursos suficientes.

No obstante, sígase planteando la panoplia de obligaciones empresariales en juego en este contexto de desplazamiento transnacional.

b) Supervisión de los equipos de trabajo y de los equipos de protección.

Constituye una obligación preventiva ligada a la actividad económico-productiva material, la relativa a la supervisión de los equipos de trabajo y de los equipos de protección (Art. 17.1º LPRL). De esta forma, parece que, durante el desplazamiento temporal de un sujeto trabajador en el marco de una PST, el empresario de destino, el que recibe la prestación laboral efectiva del sujeto desplazado, es quien debería proceder en primer lugar, a adoptar las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizar la persona trabajadora y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los demás sujetos al utilizarlos. Y, en segundo lugar, este mismo empresario, cuando la utilización de un equipo de trabajo pueda presentar un riesgo específico para la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, ha de adoptar las medidas necesarias

⁴¹ Tanto más si fuera la empresa principal en un fenómeno jurídico de contratas y subcontratas, en cuyo caso debe vigilar el cumplimiento de la normativa laboral por la empresa de origen. Y deberá exigir a dicha empresa de origen que acredite por escrito el cumplimiento de la obligación de evaluación de riesgos y la planificación de la actividad; así como de las obligaciones pertinentes, previas al desplazamiento, de formación e información (Art. 10 del Real Decreto 171/2004) Véase, como doctrina consolidada, MERCADER UGUINA, J. R. (2006) "Coordinación de actividades empresariales y siniestralidad laboral". En, ARAMENDI SANCHEZ, J.P (Dir.). *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*. Madrid: CGPJ, pp. 337-399).

para que la utilización, la reparación y mantenimiento sea realizado por un sujeto específicamente capacitado; que puede no ser el propio individuo desplazado que utiliza ese equipo, sino uno autóctono, de la plantilla del empresario de destino.

Si, en principio, desde el punto de vista estrictamente preventivo parece que la supervisión de los equipos de trabajo y de los equipos de protección están ligados (lo están, incluso desde el punto de vista formal, por cuanto conforman el Art. 17 LPRL, si bien en apartados separados), en el caso del desplazamiento temporal de sujetos trabajadores en el marco de una PST, estas dos obligaciones son susceptibles de sufrir un eventual desdoblamiento. Y esto sería así en la medida en que desde la normativa preventiva se establece que el empresario deberá proporcionar a su plantilla equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios (Art. 17.2º LPRL). Obligación esta que parece quedar referida al empresario empleador del trabajador. De esta forma, en el caso del desplazamiento temporal pareciera que la obligación empresarial alcanza al empresario de origen que procede al desplazamiento. De suerte que el empresario de destino supervisaría los equipos de trabajo (conforme al Art. 17.1º LPRL), y el empresario de origen los equipos de protección (de conformidad con el Art. 17.2º LPRL).

Pero, si se observa, ese desdoblamiento podría considerarse que no se produce, sino que, antes al contrario, esas dos obligaciones se duplican, y son predicables tanto del empresario de origen cuanto del empresario de destino⁴².

Sea una obligación duplicada o desdoblada, lo que sí es cierto es que, como en otros casos, se trata de una obligación que contiene ciertos conceptos jurídicos indeterminados, referido normalmente a la adecuación (de los equipos o del uso); que, en este caso, de un modo excepcional pueden ser objeto de una concreción relativamente homogénea por cuanto las normas ISO, referidas a

⁴² En efecto, es bajo la organización del empresario de destino donde el sujeto desplazado realiza materialmente la prestación laboral; de ahí que haya de ser esta empresa la que adopte todas las medidas para que el trabajo que requiera el uso de ciertos equipos de trabajo resulte seguro. Pero nada obsta para que, en concreto, y aun en régimen de desplazamiento, la persona trabajadora sea desplazada con equipos de trabajo propios de la empresa de origen. En estos casos, la obligación empresarial ya no es predicable de la empresa de destino sino de la empresa empleadora del sujeto trabajador desplazado. O, dicho en otros términos, parece que la obligación preventiva ligada al equipo de trabajo debe quedar referida, independientemente de eventuales obligaciones ligadas a la coordinación de actividades, al propietario de los equipos pero también al empresario en el que se emplean los equipos de trabajo.

Paralelamente, aun cuando pareciera que es el empresario de origen el que deba ofrecer y supervisar el uso de los oportunos equipos de protección, no es menos cierto que, especialmente cuando los equipos de trabajo y, en general, las condiciones de trabajo sean determinadas por el empresario de destino, habría de ser este quien también hubiera de cumplir la obligación de ofrecer equipos de protección; por ser el empresario –llámese- más próximo al riesgo.

equipos de trabajo y de protección pueden garantizar el cumplimiento de estándares de calidad.

c) Medidas de emergencia y paralización de actividades.

La normativa española de prevención de riesgos laborales exige que el empresario deba analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores (Art. 20 LPRL). Y ha de tener en cuenta, el tamaño y la actividad de la empresa, y, a lo que aquí interesa, la presencia de personas ajenas a la empresa, como pudiera ser un sujeto trabajador desplazado.

Dicho de otro modo, parece que, en caso de desplazamiento temporal de personas trabajadoras es el empresario de destino el que, respecto del sujeto desplazado, deviene obligado en lo referido a la adopción de medidas de emergencia. Y esto tiene su sentido por cuanto sería bajo la organización de este empresario donde este sujeto desarrolla su actividad profesional. Y queda alejado del ámbito de actuación de su empresa de origen; algo que resulta trascendente en lo que se refiere a la adopción de medidas de urgencia, y que parece eximir al empresario de origen del cumplimiento de esta obligación. De no ser por una cuestión de detalle. En efecto, esta obligación de analizar y adoptar las medidas necesarias en caso de emergencia, se concreta a través de dos precisiones. De un lado, para la efectividad de las medidas, el empresario, ha de designar al personal, suficiente en número, suficientemente formado y suficientemente dotado de medios materiales, encargado de poner en práctica las medidas y ha de comprobar periódicamente su funcionamiento. Y, de otro lado, se exige la intervención de sujetos externos especialmente cualificados, y por eso, para la aplicación de las medidas adoptadas, el empresario deberá organizar las relaciones que sean necesarias con servicios externos a la empresa, en particular en materia de primeros auxilios, asistencia médica de urgencia, salvamento y lucha contra incendios, de forma que quede garantizada la rapidez y eficacia de las mismas.

En consecuencia, cabría exigir, tanto al empresario de destino (por ser el empresario que recibe la prestación laboral material del sujeto trabajador desplazado), cuanto al empresario de origen el cumplimiento de esta obligación.

Respecto de este último se podría alegar que, al no ser el receptor material inmediato de la prestación laboral, no controla el riesgo, por simplificar y no puede gestionarlo en consecuencia. Pero, en la medida en que como obligaciones aneja a la de adoptar medidas de emergencia, se encuentran la de designar al personal encargado de la ejecución y la de llevar a cabo las actividades contractuales oportunas con entidades especializadas, el empresario desplazante puede analizar las eventuales situaciones de emergencia, de un

modo más o menos virtual, y después, *in situ*, designar sujetos que garanticen las medidas de emergencia para con el trabajador desplazado.

Ligado a la anterior obligación de adopción de medidas de emergencia, se prevé otro conjunto de obligaciones referidas a la paralización de actividades en supuestos de riesgo grave e inminente. De una parte, cuando las personas trabajadoras estén o puedan estar expuestas a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo, el empresario estará obligado a, en primer lugar, informar lo antes posible a todos los sujetos afectados acerca de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o que, en su caso, deban adoptarse en materia de protección; en segundo lugar, adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los integrantes de la plantilla puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo; en tercer lugar, disponer lo necesario para que el sujeto trabajador que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico, ante una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros sujetos trabajadores o la de terceros a la empresa, esté en condiciones, habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro. (Art. 21.1º LPRL).

Pues bien, una vez más, aparentemente, esta obligación parecería quedar ligada indisolublemente a la prestación laboral material; de tal modo que parecería ser una obligación exclusiva del empresario destinatario del desplazamiento. Y en su cumplimiento, para su efectividad, habrían de tomarse en consideración algunos aspectos relevantes, ligados a la situación de desplazamiento. De una parte, la información sobre el riesgo grave e inminente, o sobre las medidas de interrupción de la actividad y abandono del puesto de trabajo se ha de producir de un modo efectivo; y para ello se han de superar, especialmente, todas aquellas barreras lingüísticas y culturales que puedan existir. De otra parte, a estos solos efectos, o con efectos integrales, al sujeto trabajador desplazado se le ha de ubicar, de alguna manera en la escala jerárquica de la empresa.

Pero además, cabría, en orden a una protección efectiva de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores, extender esta obligación, al menos modalizadamente, al empresario de origen. Aunque no esté necesariamente presente en el lugar de la prestación laboral efectiva, si es verdad que tiene ciertos márgenes de maniobra para informar sobre los riesgos inminentes, para adoptar eventuales medidas de interrupción de la actividad del trabajador desplazado, y para establecer canales de comunicación entre el sujeto

desplazado y su superior jerárquico. Y esto se hace posible, en la actualidad, eminentemente a través de las nuevas tecnologías⁴³.

En todo caso, lo que es indubitable es que sea uno u otro empresario, o los dos, los que (in)cumplan las obligaciones pertinentes en supuesto de riesgo grave e inminente, la persona trabajadora desplazada, en el marco de su derecho a la seguridad y salud (Art. 14 LPRL), tiene el derecho a interrumpir su actividad laboral y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud. (Art. 21.2º LPRL); y sin que pueda sufrir perjuicio alguno por ejercitar ese derecho (Art. 21.4º LPRL); independientemente de que la empresa de destino reclame, en cualquier forma, pero en otra dimensión, responsabilidades contractuales si, como consecuencia del abandono del sujeto desplazado hubiera algún tipo de incumplimiento en el contenido pactado entre empresas, con o sin perjuicios resarcibles.

De la misma manera, cuando el/los empresario no adoptase/n o no permitiese/s la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de los sujetos trabajadores, los representantes legales de éstos podrán acordar, la paralización de la actividad de las personas afectadas por dicho riesgo (Art. 21.3º LPRL). A diferencia del derecho individual del sujeto trabajador, en el marco de su *ius resistentiae* que le permite proteger su seguridad y salud durante el desplazamiento, el derecho colectivo de los representantes legales a paralizar la actividad resulta menos nítido. Especialmente porque plantea la duda de qué representantes de los trabajadores han de ser los habilitados para adoptar la decisión –y ejecutarla– de paralización de la actividad: los de la empresa de origen, que son los que ostentan la representación jurídica del individuo desplazado, o los de la empresa de destino que son los que, materialmente, habría de garantizar, colectivamente el derecho individual a la integridad física y a la vida incluso, de cada trabajador en la empresa de destino.

En orden a una protección eficaz, pareciera que han de ser los representantes de los sujetos trabajadores en la empresa de destino, en la que materialmente se produce la situación de riesgo grave e inminente, los que habrían de acordar la paralización de actividades. Porque, además, son ellos los interlocutores del empresario de destino al que han de comunicar el acuerdo de paralización de la actividad en el plazo de 24 horas; del mismo modo que son ellos los que han de comunicar el acuerdo de paralización a la autoridad laboral competente, en idéntico plazo. En otras palabras, independientemente de las

⁴³ En efecto, las cámaras web y las conexiones de voz, a través de Internet, han permitido, por ejemplo, recientemente, que ciertos trabajadores hayan regresado a España, una vez constatados los riesgos para su seguridad en el desempeño de su actividad laboral en países en los que ha ocurrido una catástrofe natural o una situación bélica o prebélica.

posibilidades que exigen las nuevas tecnologías, los representantes en la empresa de origen, cuando no son desplazados en su condición de sujetos trabajadores, ni son interlocutores válidos para la empresa de origen, ni materialmente pueden de un modo efectivo tomar la decisión de paralización desde el Estado de origen. Sin perjuicio de que, al menos de un modo ideal, fuera factible la colaboración entre las representaciones de las dos empresas implicadas en un desplazamiento.

Ahora bien, todo lo anterior, una vez más, resulta ser un marco teórico ideal, utópico de cuasi imposible aplicación en un desplazamiento internacional más allá de la Unión Europea, tanto más cuanto, al margen de las diferencias de la intensidad protectora en materia de prevención de riesgos laborales, no es en absoluto uniforme la presencia de representantes de las personas trabajadoras en la empresa, en ciertos estados la legislación nacional ni siquiera contempla derechos sindicales y/o de negociación colectiva

3.3.3. Obligaciones posteriores al desplazamiento

Una vez concluido el desplazamiento, en los casos de retorno al punto de origen, podría considerarse que desaparecen las obligaciones preventivas especialmente referidas al desplazamiento. En términos generales, el sujeto trabajador desplazado retornará a la empresa de origen (salvo que haya sido contratado para el desplazamiento), y abandonará la empresa de destino. De este modo, en principio, las obligaciones posteriores al desplazamiento no serían sino aquéllas que ya han sido mencionadas, y que requieran actualizarse porque cambien las condiciones de trabajo.

Por lo que respecta a la empresa de origen, ha de llevar a cabo, en principio, idénticas re-evaluación de riesgos y re-planificación de la actividad preventiva, para adaptar las condiciones de seguridad a la presencia del sujeto desplazado. A las anteriores, se habría de sumar, de un lado, la obligación de informar a la representación legal y al resto de la plantilla de la reincorporación del sujeto desplazado; así como las obligaciones de información y formación de éste, en los casos en que haya habido cambios en las actividades preventivas que así lo exijan (porque haya nuevos equipos, o nuevos protocolos de emergencia, por poner algunos ejemplos).

3.3.4. La vigilancia de la salud como obligación empresarial especialmente durativa

Por sistematizar se han venido presentando las distintas obligaciones empresariales atendiendo al estadio del desplazamiento donde se actualizan de un modo especial (antes, durante o después del desplazamiento). Sin embargo, resulta obvio que algunas de ellas, en la medida en que sean obligaciones actualizables a medida que lo requieran las nuevas necesidades preventivas que surjan al modificarse condiciones de trabajo, habrán de ser obligaciones

empresariales durativas; y habrán de cumplirse a lo largo del periodo de desplazamiento, antes y después; es el caso de la formación, la información, por poner los ejemplos más evidentes.

Pero, entre las obligaciones empresariales, hay una especialmente relevante en caso de desplazamientos, y que resulta ser netamente durativa, en orden a ofrecer al sujeto trabajador desplazado una protección efectiva y eficaz. Se trata de la obligación de vigilancia periódica de la salud, a través de reconocimientos médicos iniciales y sucesivos/periódicos⁴⁴.

Habría de dilucidarse si esta obligación alcanza del mismo modo al empresario de origen y al empresario de destino. Si bien, en todo caso, se trata de una obligación que ha de cumplirse en régimen de coordinación de actividades preventivas y, en defecto de la posibilidad de la efectividad en destino, el empresario de origen, el que procede al desplazamiento propiamente ha de erigirse como el garante último.

De forma que el empresario de origen ha de garantizar a sujeto trabajador desplazado a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. (Art. 22 LPRL). En caso de desplazamiento, la vigilancia periódica habría de tomar en consideración, como especialidad, los eventuales riesgos de ciertos trayectos de ida y vuelta al Estado de destino, así como los riesgos inherentes a la prestación material de servicios bajo la organización del empresario de destino. Y, cumulativamente, se han de valorar los riesgos de orden psico-social ligados al desplazamiento en sí. En efecto, el desplazamiento exige al individuo salir de su órbita personal y profesional ordinaria y también le exige un esfuerzo añadido de inserción en y adaptación a la empresa de destino (organización, medios, trabajadores, etc.). En consecuencia, la vigilancia periódica de la salud del sujeto trabajador desplazado ampliaría sus contenidos más allá de los meramente fisiológicos, para alcanzar, si fuera el caso, al estado de salud psicológico.

En caso de desplazamiento, sin embargo, el cumplimiento por el empresario de origen tiene, como principal inconveniente, el de la distancia geográfica con la persona desplazada. Salvo que regrese periódicamente al Estado de partida, para que su empresa de origen le someta a los exámenes médicos necesarios, o salvo que este empresario de origen concierte con facultativos nacionales (o entidades acreditadas para la vigilancia de la salud) del Estado de origen o con facultativos del Estado de destino la vigilancia de la salud, o salvo que sea posible emplear las nuevas tecnologías, dicho empresario tendría dificultades materiales para, mientras dura el desplazamiento, controlar el estado de salud del sujeto desplazado.

⁴⁴ De hecho, es posible visualizar esta obligación como una sucesión de secuencias temporales de la actividad de vigilancia. (GONZALEZ DIAZ, F.A. (2002) *La obligación empresarial...*cit. p. 262 y ss.)

Por eso, cabría insertar en el ámbito de la coordinación de actividades la colaboración entre la empresa desplazante y la que reciba al trabajador desplazado, para que ésta verificase periódicamente la salud óptima del trabajador. Y aquí adquiere relevancia la existencia o no de estándares referidos a la acreditación (internacional/transnacional) de competencia técnica y formación y capacidad suficientes y adecuadas (Art. 22.6º LPRL). De nuevo nos encontraríamos, ante un diseño totalmente utópico o de difícil materialización, dependiendo del lugar al que se haya desplazado al sujeto trabajador.

En todos los casos anteriores, el cumplimiento de la obligación empresarial tendría dos limitaciones, una referida a la voluntariedad u obligatoriedad de los reconocimientos⁴⁵, y otra referida al respecto de los derechos fundamentales implicados (Art. 22.2º LPRL).

Por lo que respecta al carácter voluntario de los reconocimientos médicos sólo se exceptuarán, previo informe de la representación unitaria en la empresa, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de las personas trabajadoras o para verificar si el estado de salud del sujeto trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (Art. 22.1º LPRL).

Pues bien, en los supuestos legales señalados, cabe que un empresario de destino considere oportuno proceder a los controles médicos oportunos, dado que el sujeto desplazado, en último término está realizando su actividad laboral bajo su ámbito de organización, con eventuales implicaciones preventiva respecto de sus procesos productivo, de sus bienes materiales o de los trabajadores autóctonos de plantilla. En este punto de plantea la duda de si resultarían obligatorios para el sujeto desplazado eventuales exámenes médicos previstos por el empresario de destino, así como qué representantes de los trabajadores (los de origen o los de destino) habrían de actuar de garantes de los derechos del trabajador desplazado.

En lo concerniente a los derechos fundamentales⁴⁶, y con independencia de que haya estándares universales referidos a ellos, es cierto que la vigilancia de la salud no es susceptible de atentar contra derechos como la intimidad y la dignidad de la persona del mismo modo en todos los Estados. Porque habría

⁴⁵ GONZALEZ DIAZ, F.A. *La obligación empresarial...* cit. p. 246 y ss.

⁴⁶ No se puede entrar en ello, pero uno de los elementos especialmente sensibles en esta materia gira en torno a la protección de los datos de carácter personal, entre los que, obviamente, se encuentran los datos biomédicos. Vid, BLAZQUEZ AGUDO, E.M. (2018) *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales* Madrid, Wolters Kluwer.

elementos culturales, que habrían de conllevar que un reconocimiento médico fuera más o menos atentatorio contra los derechos fundamentales, atendiendo al Estado en el que se realiza. Pero también habría elementos referidos al desarrollo científico de un Estado que determinarían que la proporcionalidad y la inocuidad de los reconocimientos pudiesen presentar manifestaciones variables.⁴⁷

Y en esta línea, como condición de efectividad de la coordinación de actividades preventivas vinculadas a la vigilancia de la salud, adquiere una especial relevancia el consentimiento de la persona trabajadora para la transmisión de la información médica de carácter personal; si bien el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención habrán de ser informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del sujeto trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva (Art. 22.4º LPRL)

En lo que se refiere a la concreción material de la obligación de vigilancia permanente de la salud, e independientemente de qué sujeto empresarial sea el especialmente obligado (el de origen, el de destino o ambos, simultánea o sucesivamente), conviene llamar la atención sobre los siguientes extremos.

De una parte, cabe que aunque no tenga una relación directa con el trabajo, haya ciertos riesgos biológicos que hayan de ser objeto de vigilancia en caso de desplazamiento. Porque no se puede obviar que desde el punto de vista epidemiológico no todos los Estado presentan una situación igual. Es más, como riesgo inherente al desplazamiento estaría, como se dejó apuntado más arriba, la posibilidad de contraer ciertas enfermedades infecto-contagiosas, por poner algún ejemplo. Y estos casos, la obligación de vigilancia de la salud tendría una manifestación previa al desplazamiento, ligada a la verificación de la aptitud del sujeto trabajador, y a la inoculación de las oportunas vacunas bajo supervisión especializada. Independientemente de que, en este caso se habría de procurar la colaboración con el Servicio Público de salud competente, que garantiza en último término la eficacia de la vacunación.

En segundo lugar, entonces, los reconocimientos médicos han de ser, ya no genéricos, sino específicos en función de los riesgos nuevos, ligados a los trayectos y a la residencia en otro Estado, así como a la prestación material de servicios en otra empresa.

⁴⁷ De forma que en ciertos estados musulmanes los reconocimientos de mujeres trabajadoras pueden plantear no pocas vicisitudes; y en aquellos lugares en los que el desarrollo de la medicina o de los avances tecnológicos aplicados a la medicina sea menor, es previsible que las molestias derivadas de la vigilancia de la salud sean mayores.

Habrían de valorarse no solo las condiciones de trabajo aisladamente, sino también el nuevo contexto en el que se ha de desarrollar la prestación laboral: ambiente de trabajo *amplo sensu* (diseño de los lugares de trabajo, condiciones climatológicas); los nuevos equipos de trabajo, las nuevas sustancias, los nuevos sistemas de organización del trabajo (horarios, pausas, ritmos, turnos), así como los elementos relacionales o sociales (cultura, idiomas, y elementos contextuales como el régimen político, o la situación socio-económica)

En tercer lugar, la obligación empresarial de vigilancia de la salud se ve especialmente modulada en caso de desplazamiento respecto de las enfermedades profesionales.

No solo las ligadas a los riesgos clásicos (biológicos, físicos y mecánicos), sino también a los riesgos psico-sociales. Es más, el propio desplazamiento internacional puede ser, en la mayoría de las ocasiones, una fuente de riesgo psico-social, por cuanto el sujeto trabajador no sólo se aparta de su entorno de vida, sino que se inserta en una organización productiva nueva (con nuevos riesgos profesionales que pueden ser los clásicos a efectos preventivo) susceptible de plantearle problemas de integración y adaptación. Y a lo anterior se sumaría, en algunos casos, el modo de organizar los propios desplazamientos en la empresa (inminencia, planificación, transparencia voluntariedad, derechos anejos al desplazamiento, etc.).

En algunos casos, potenciales enfermedades mentales, quedan enmascaradas con la etiqueta de enfermedad común, de suerte que las obligaciones preventivas se evaporan y el sujeto trabajador desplazado queda desprotegido frente a estos riesgos. Cuando es posible que el propio desplazamiento sea, en sí mismo, al margen de las condiciones de la prestación laboral durante el desplazamiento⁴⁸, una fuente de estrés laboral, tanto más cuando este presentes las nuevas tecnologías (tecnostrés).

Ligado a la vigilancia de la salud, por finalizar, habría que dejar planteada al menos, la especial problemática ligada a la determinación de las enfermedades profesionales cuando no están formalmente listadas, y por lo tanto no demandan una especial vigilancia para la empresa de destino o de origen.

Finalizado el desplazamiento, con efectos especialmente en materia de enfermedades profesionales, una vez que el trabajador se reincorpora a la empresa de origen, desde el punto de vista preventivo, a efecto de vigilancia de la salud, se hace necesarios aislar las circunstancias laborales (así como los riesgos correlativos a los que ha estado expuesto, detallando duraciones e

⁴⁸ Tipo de organización del trabajo y a los procesos productivos (tiempo de trabajo, autonomía, adecuación de los procesos y del trabajo al trabajador, cantidad de trabajo), condiciones y entorno de trabajo (ruido, temperatura, tipo de sustancias (peligrosas, por ejemplo), exposición a comportamientos de acoso, o abusivos, por señalar los más evidentes)

intensidades) como un fragmento diferenciado de la carrera laboral del sujeto trabajador; de suerte que, si fuera el caso, en los reconocimientos médicos periódicos no se puede ignorar ese fragmento material-temporal ligado al desplazamiento. Razón que justifica que, puntualmente, se mantenga vigente la obligación de coordinación entre empresarios (desplazante-desplazado), al menos en materia de información y acreditaciones documentales.

3.3.5. El “de facto” y la intensa desprotección potencial del sujeto trabajador desplazado en materia de seguridad y salud laboral

Ha resultado obvio que el desplazamiento transnacional de personas trabajadoras desde España, hacia territorios extracomunitarios puede generar múltiples vicisitudes jurídicas en el ámbito de la Prevención de Riesgos Laborales.

Así se ha puesto de manifiesto que la implementación de la normativa preventiva española, cuando ha de exigirse en destino, solo puede ser considerada una mera utopía. Porque la dualidad empresarial, sumada a la extraterritorialidad de la prestación en estos casos generan ineficiencias exponencialmente graves cuando se producen fuera de la órbita comunitaria⁴⁹.

En efecto, el diseño de la imbricación de obligaciones empresariales cuando está presente una pluralidad de empresarios respecto de un sujeto trabajador es relativamente perfecto, pero queda en suspenso, difuminado, inejecutable en el lugar de destino. Pero, en la medida en que sea de aplicación la legislación española al contrato y al desplazamiento, el empresario de origen deviene el garante, *de facto*, único de la protección integral de la persona trabajadora desplazada. Y a él siempre se le podrá reclamar el cumplimiento de

⁴⁹ La acción comunitaria ha llevado a cabo una regulación homogeneizadora muy intensa en esta materia laboral. En efecto, en la materia Seguridad y salud, desde las instituciones comunitarias se ha llevado a cabo un enorme esfuerzo de armonización de las distintas legislaciones nacionales, quizás por tratarse de una materia en la que se hayan implicadas la vida y la integridad física, que son bienes jurídicos que gozan de una especial consideración en todos los Estados comunitarios. De tal forma que, si bien respecto de otros derechos laborales no hay unanimidad, en lo que se refiere a los derechos de seguridad y salud sí se percibe de forma unánime la necesidad de la igualdad de trato en materia de riesgos laborales de los trabajadores desplazados, respecto de los trabajadores locales o autóctonos. No tanto por razones ligadas al *dumping* social de las empresas, que también, sino quizás por el hecho de que se encuentren implicados derechos fundamentales esenciales. De suerte que la protección de la seguridad y salud se erige como parte de un –eventual- Orden Público Laboral. En el marco del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional, las normativa comunitaria se ha encargado de exigir la obligación de los Estado Miembros, respecto de los sujetos trabajadores desplazados a su territorio en el marco de una prestación de servicios transnacional por empresas radicadas en otros Estado de la UE o del Espacio Económico Europeo, verifiquen el cumplimiento de la normativa interna en lo referido a la prevención de riesgos laborales; salvo que la legislación de origen resulte más favorable/más protectora.

la panoplia de obligaciones anteriormente descritas. Y a él sí le podrá ser exigido dicho cumplimiento por los sujetos con competencias en la materia (representación legal en la empresa, administración laboral, órganos jurisdiccionales españoles).

Si bien el sujeto de derechos está desligado físicamente del sujeto obligado o, cuando esta próximo, ya ha concluido el proceso de desplazamiento y por lo tanto resultan inefectivas las medidas de protección.

Paralelamente, sería en la vertiente mercantil-comercial que da lugar al desplazamiento en la que la empresa de origen y la de destino (de ser distintas) podría repartir facultades y responsabilidades en materia de protección de la salud de la persona desplazada.

4. Alguna consideración final acerca de la responsabilidad social de las empresas y otras soluciones

La protección efectiva de la salud laboral sirve de ejemplo muy plástico de cuán trascendente deviene el comportamiento de la empresa de origen respecto de los desplazamientos transnacionales extracomunitarios que lleve a cabo, en los que no hay reglas internacionales específicas a aplicar en origen y destino, ni operadores jurídicos con competencias de control y/o sanción supranacionales.

Entonces, en los fenómenos corporativos de movilidad global deviene esencial el compromiso ético-social de la empresa que procede al desplazamiento; en orden a establecer instrumentos de garantía efectivos del cumplimiento de las obligaciones laborales, a ser posible, sujetas a la legislación laboral española. Instrumentos que puede ser unilaterales (para garantizar el cumplimiento efectivo de sus obligaciones para con las personas trabajadoras a pesar de la extraterritorialidad), o bilaterales (porque demande la colaboración de las empresas de destino, y/o entidades ajenas coadyuvantes (compañías aseguradoras, médicas, etc.)).

Si bien serían otras cuestiones a tener en cuenta, junto a éstas aquí apuntadas, habría otras vicisitudes laborales pendientes de un abordaje sincrónico en un tratamiento ulterior.

El primer grupo de ellas sería el de los efectos de la descentralización de actividades empresariales transnacionales recurriendo a personas trabajadoras autónomas desde/en territorio español o en destino (económicamente dependientes o no), para que cumplan el objeto de contratos mercantiles en destino; y/o recurriendo a entidades de reclutamiento en destino, que operan más allá del territorio español y contratan para ceder sujetos trabajadores bajo legislaciones con estándares de protección laborales inferiores.

Pero habría otro grupo de cuestiones, en los que habría una cierta paradoja: las relativas a los supuestos en los que las empresas españolas recurran a la contratación de prestaciones transnacionales de servicios sin necesidad de desplazamiento de trabajadores hacia territorio español⁵⁰. Se trataría de las cuestiones de *crowdworking* y/o de prestación transnacional de servicios, en régimen de *freelance* a través de la economía de plataformas⁵¹.

En sendos casos, se eluden exigencias laborales del Derecho español, en búsqueda de la mayor productividad anclada en el coste del trabajo, sin atender a la calidad/decencia del mismo.

En esto caso, solo puede ser, bien la Normativa Internacional del Trabajo *amplo sensu*⁵², bien esa Responsabilidad Social Empresarial⁵³ de las empresas desplazantes desde España el marco jurídico grueso de contención del uso arbitrario de la *lex contractul/ lex laboris* para eludir obligaciones/ precarizar las relaciones laborales implicadas en la actividad empresarial globalizada. En este sentido sirva dejar apuntadas las posibilidades que ofrecería las reglas de la Diligencia Debida referidas al trabajo forzoso en las cadenas mundiales de suministros (cláusulas contractuales, códigos de conducta, auditorías, etc.)⁵⁴, así como, extrapoladas a otro tipo de empresas, las reglas referidas a empresas multinacionales⁵⁵. Sin obviar el recorrido que podría tener la DIRECTIVA 2014/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la

⁵⁰ Si hubiera desplazamiento hacia España, cabría determinar aplicable determinadas reglas ius-sociales que tiene la característica de Derecho Imperativo perteneciente a un género de orden público social. Algo que no ocurre si no hay ningún sujeto trabajador desplazado, sino mera recepción de servicios que se prestan desde otros Estados Extracomunitarios.

⁵¹ NUBELO, FREELANCER, GENIUZZ, TWAGO, WORKANA, FIVERR, FLEXJOBS, GURU, UPWORK, DOZ....

⁵² Normas específicas de la Organización Internacional del Trabajo, de otras Agencias de Naciones Unidas (UNCITRAL; OMT; OMS; etc), de la OCDE, ISO...).

⁵³ A través de Acuerdos Marco Globales, cláusulas sociales de los Tratados.

⁵⁴ Véase, INSTITUTO BRITÁNICO DE DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO, CONSULTORÍA CÍVICA, DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA Y CONSUMIDORES (COMISIÓN EUROPEA), LSE (2020) Study on due diligence, requirements through the supply chain, FINAL REPORT, 572 p. (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>).

Pero también hay algunos ejemplos de legislaciones nacionales con contenidos al respecto. Siirvan los ejemplos francés (Loi no. 2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre), y holandés (Kamerstukken I, 2016/17, 34 506, Dutch Child Labour Due Diligence Law UK Modern Slavery Act 2015).

⁵⁵ Algunos instrumentos ya existen, respecto de las Empresas Multinacionales que pueden resultar de aplicación a estos efectos; tales como "OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Responsible Business Conduct Matters" ("OECD RBC Guidance"), available at: http://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines_RBCmatters.pdf; las norma (ISO) 26000 de la Organización Internacional de Normalización, o la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo.

divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.⁵⁶

Posibilidades todas que solo pueden apuntarse sin mayor profundidad ahora, so pena de desmesurar este trabajo.

⁵⁶ Con todas sus limitaciones, en las que aquí no cabe entrar, por razones obvias.

DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES POR PARTE DE SUS EMPRESAS FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA: ASPECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL*

CAROLINA GALA DURÁN

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

ORCID: 0000-0002-0074-8321

1. Introducción

La movilidad internacional de trabajadores no es un fenómeno nuevo, pero, sin duda, se ha incrementado y diversificado en las últimas décadas, y en ello ha influido, de una forma relevante, la globalización, que ha afectado a numerosos y variados aspectos y, entre ellos, a la actividad laboral o profesional de las personas.

En efecto, la globalización ha comportado no solo cambios económicos sino que también ha variado la lógica y algunas de las reglas de funcionamiento del mundo del trabajo y, en este marco, ha traído consigo, aunque no solo, dos importantes consecuencias¹: por una parte, el incremento del *dumping social* (extendiéndolo a nivel mundial y no solo sectorial o regional) y, por otra parte, el incremento de la movilidad internacional de trabajadores²; pero, cabe tener presente que ésta se lleva a cabo ahora, al menos parcialmente y en relación con algunos colectivos de trabajadores, con unas nuevas condiciones laborales y de seguridad social, peores que las anteriores.

Por otra parte, cabe recordar que la movilidad internacional de trabajadores no solo se ha incrementado cuantitativamente, sino que junto a los tipos tradicionales de movilidad, se han desarrollado otros nuevos (principalmente, como consecuencia de los vertiginosos cambios tecnológicos y las nuevas estrategias empresariales «tanto organizativas como productivas»),

* Este trabajo es resultado del Proyecto de investigación “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: Desigualdad, precariedad y exclusión social” (RTI2018-098794-B-C31).

¹ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., (2017), “La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 132, pp. 18 y ss.; y CORREA CARRASCO, M., (2008), “El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: Problemas y soluciones”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, pp. 25 y ss.

² FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., (2018), *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores*, Reus Editorial, pp. 15 y ss.; y MOLINA MARTÍN, A.M., 2010, *La Movilidad Internacional de Trabajadores*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 34 y ss.

desconocidos o con escasa trascendencia hasta hace poco tiempo. Y, precisamente, estos nuevos tipos de movilidad resultan especialmente interesantes y plantean nuevos retos, sin que las normas laborales y de seguridad social aplicables –ya sea a nivel internacional (convenios bilaterales y/o multilaterales), de la Unión Europea (reglamentos y directivas), o incluso estatal– hayan cambiado y se hayan adaptado a las nuevas circunstancias.

A lo que cabe añadir que, como apuntábamos anteriormente, las causas de la movilidad internacional de trabajadores se han diversificado en los últimos tiempos: aunque la migración por causas económicas sigue siendo claramente predominante, no podemos olvidar el incremento de las migraciones por causas humanitarias (incluidas las derivadas de conflictos de diversos tipos y las guerras) y/o medioambientales. Y, a la vez, se han incrementado los desplazamientos de trabajadores por parte de sus empresas a otros países –dentro de la Unión Europea y fuera de ella– como consecuencia de los cambios productivos y organizativos y la búsqueda de nuevos mercados, especialmente tras la última crisis económica. En efecto, es fácil constatar que en el contexto de la globalización, las empresas, cada vez con mayor frecuencia, prestan sus servicios en territorios de Estados distintos a aquellos en las que están establecidas³, ya sea, entre otros, por motivos organizativos o productivos o por la búsqueda de unos costes laborales –económicos, sociales y legales– más bajos.

Y no podemos olvidar tampoco que, en los últimos años, este fenómeno se ha visto acompañado por movimientos políticos claramente contrarios a la inmigración, en distintos continentes (Europa «el caso de Italia, por ejemplo, pero no solo», EE.UU...), y por situaciones como el brexit (en el que la supuesta «desmentida por los datos» presión sobre el sistema de protección social por parte de la inmigración ha servido precisamente como justificación para el propio brexit) y que supone, sin duda alguna, un gran reto para el día después (previsiblemente el 1 de febrero de 2020), desde la perspectiva de los derechos sociales y la portabilidad y garantía de tales derechos. Y en fin, tampoco es posible ignorar, entre otras, las propuestas del presidente Trump en materia de inmigración, una de las últimas referidas, incluso, a la limitación de los derechos sociales de los inmigrantes residentes legales en EE.UU. y la supresión de su estatus de residentes legales si dependen principalmente de la asistencia de los fondos públicos para subsistir (lo que afecta particularmente a los inmigrantes provenientes de países pobres)⁴. A lo que cabe añadir, para crear un panorama aún más complejo, el reciente resurgimiento de una posición más proteccionista en países como EE.UU.

³ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., 2018, *Globalización...*, cit., pp. 31-32.

⁴ “La Administración Trump prepara una normativa para restringir la inmigración legal”, *El Mundo*, 12 de agosto de 2019; y “Trump quiere denegar la residencia a los inmigrantes que dependen de ayudas sociales”, *La Vanguardia*, 12 de agosto de 2019.

Y es en este marco, presentado obviamente a grandes rasgos, donde cabe diferenciar dos tipos principales de movilidad internacional o transnacional de trabajadores: a) la emigración; y, b) el desplazamiento de trabajadores por parte de sus empresas. Situaciones que comparten un elemento común, así como importantes diferencias.

El elemento común consiste, a los efectos de este trabajo, en la duda sobre qué ocurrirá con los derechos sociales y, particularmente, con los posibles derechos de seguridad social, presentes o futuros, si una persona emigra o es desplazada por su empresa a otro país (es decir, si alguien va a trabajar a otro país y pierde sus derechos de seguridad social o éstos se ven limitados o condicionados, seguramente se lo pensará. Y, ciertamente, preocupa la remuneración a percibir si nos desplazamos a trabajar a otro país o emigramos, pero bastante más qué ocurrirá con nuestra futura pensión de jubilación o si nuestros familiares quedarán cubiertos o no en caso de fallecimiento...). Y también ambas situaciones presentan claras diferencias, por cuanto el tratamiento que la normativa internacional y comunitaria otorga a ambas figuras, desde la perspectiva de la seguridad social (que es en la que nos centraremos), es muy diferente.

A estos efectos, cabe tener presente que podemos definir la emigración como la situación del trabajador que presta servicios –por cuenta ajena o por cuenta propia– en un Estado diferente al de origen, como consecuencia, principalmente, de una motivación económica. Pero no cabe olvidar que, dentro de este tipo de movilidad, se incluyen varios subtipos, con regímenes jurídicos diferenciados, también desde la perspectiva de la seguridad social, como, por ejemplo, los trabajadores fronterizos, los trabajadores de temporada, los trabajadores itinerantes o móviles, el personal investigador, etc.; resultando también fundamental el país de origen y el país de destino (Unión Europea/fuera de la Unión Europea). A lo que cabe añadir que aquí existe una clara conexión con la libre circulación de trabajadores⁵, ya que se trata de una movilidad transnacional con el objetivo de encontrar un empleo; se trata, pues, de una movilidad “para el empleo”. Y, en fin, respecto a la ley aplicable en materia de seguridad social, cabe señalar que a los emigrantes se les aplica la normativa del Estado de destino. Por tanto, el trabajador migrante se somete plenamente –si existe– al sistema de Seguridad Social de ese Estado y, en consecuencia, durante el desempeño de su actividad laboral contará con la cobertura social propia de todo residente en ese Estado, con las mismas obligaciones y derechos⁶. Ello no excluye, no obstante, algunas posibles restricciones o la exigencia del

⁵ Respecto al alcance de tal libertad en el ámbito de la Unión Europea, entre otros, ROJO TORRECILLA, E., “Libertad de circulación de trabajadores, de prestación de Servicios y de establecimiento”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea*, Lefebvre, 2018, pp. 484 y ss.

⁶ CARRASCO CORREA, M., 2008, “El contrato...”, cit., p. 30.

cumplimiento de determinados requisitos, vinculados, principalmente, a un cierto tiempo de residencia en el país.

En cambio, en el caso del desplazamiento de trabajadores, el objetivo que se persigue no es la búsqueda de un empleo sino el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo ya existente con la empresa que desplaza a ese trabajador. En este supuesto, no nos encontramos en el ámbito de la libre circulación de trabajadores sino en el de la libre prestación de servicios, al no tratarse de una movilidad para el empleo “sino en el empleo”. Y cabe tener presente que este desplazamiento puede tener perfiles muy diversos, ya que puede ser obligado (cuasi-obligado) o voluntario, temporal o permanente (nos encontraríamos, en el segundo caso ante un traslado en la lógica del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores), sus condiciones variarán según la categoría profesional o la actividad del trabajador o el tipo de empresa para la que se presta servicios (multinacionales, empresas que pretenden abrir nuevos mercados, empresas en crisis...), y, obviamente, influirá bastante que el país de destino se encuentre dentro de la Unión Europea o fuera de dicho ámbito.

Por otra parte, es en este tipo de movilidad donde se habla propiamente de expatriación –aunque este es un concepto amplio, más sociológico que jurídico⁷–, y se celebran, en bastantes supuestos, los correspondientes pactos entre la empresa y el trabajador desplazado –acuerdos o pactos de expatriación–, donde se recogen cuestiones diversas, tales como la remuneración, el alquiler o compra de vivienda, los derechos de seguridad social, seguros médicos, los supuestos de repatriación, los aspectos fiscales, la búsqueda de un empleo para el cónyuge o pareja, etc. Pero, en todo caso, este desplazamiento de trabajadores presenta unos rasgos comunes de alcance general: a) la temporalidad (con un alcance variable, y teniendo presente que un desplazamiento temporal puede acabar convirtiéndose en permanente); b) que tiene un alcance transnacional; y, c) el mantenimiento del vínculo contractual con la empresa de origen.

Partiendo de todo ello, el objetivo concreto de este trabajo es analizar cómo se regula la portabilidad de derechos de seguridad social en el marco del desplazamiento temporal de trabajadores fuera de la Unión Europea; cuestión en la que, como veremos, el elemento clave es la existencia o no de un convenio internacional aplicable. O, en otras palabras, en el caso de que una empresa establecida en España traslade temporalmente a un trabajador a un país

⁷ Como señala GÓMEZ ABELLEIRA, el término “expatriación” se utiliza por las empresas y los profesionales de recursos humanos con un sentido más bien amplio, comprensivo de la movilidad transnacional de trabajadores, tanto si se articula como desplazamiento en sentido estricto, cuanto si se plasma en una incorporación en toda regla en el mercado de trabajo de destino, en “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), 2008, *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y BOE, p. 443.

extracomunitario, de qué manera pueden verse afectados los derechos de seguridad social de dicho trabajador y sus familiares.

2. El alcance de la protección de los derechos de seguridad social

Cuando el Estado de destino del desplazamiento del trabajador se encuentra fuera de la Unión Europea (incluidos Suiza y EEE), la situación es bastante compleja y el grado de protección de los derechos de seguridad social es bastante diverso, ya que surgen varias posibilidades⁸: a) se produce el desplazamiento temporal a un país con el que España ha celebrado un convenio bilateral y/o multilateral de seguridad social y el trabajador mantiene la vinculación contractual con la empresa; b) se produce el desplazamiento temporal del trabajador a un Estado con el que España no ha suscrito un convenio bilateral y no existe tampoco un convenio multilateral aplicable, y se mantiene la vinculación contractual con la empresa; y, c) se produce el desplazamiento de un trabajador a un Estado extracomunitario, temporal o definitivo, pero se extingue el contrato y se celebra un nuevo contrato en el Estado de destino (con una empresa filial), o bien se suspende el contrato de origen y se celebra uno nuevo en destino o se suscribe un contrato internacional con destino en el extranjero. En este último supuesto, no nos encontramos propiamente ante una situación de desplazamiento, ya que no se cumple uno de los requisitos vistos anteriormente –el mantenimiento del contrato de trabajo con la empresa de origen–, pero no hay duda de que el trabajador es igualmente “desplazado” por su empresa y que, como veremos más adelante, sus derechos de seguridad social pueden verse claramente afectados.

Como elemento común, es importante destacar que la empresa debería informar adecuadamente al trabajador de las consecuencias que el desplazamiento puede tener en materia de seguridad social (tanto desde la perspectiva de la cotización como respecto a los efectos sobre futuras prestaciones). Y aquí cabe recordar que la normativa interna aplicable –el artículo 3 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, que desarrolla el artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo–, se limita a señalar que la obligación de información de la empresa alcanza a la duración del trabajo en el extranjero, la moneda de pago del salario y la retribución en dinero o en especie (tales como dietas, compensaciones por gastos o gastos de viajes) así como las ventajas vinculadas a la prestación de servicios en el extranjero. A nuestro

⁸ Entre otros, SERRANO OLIVARES, R., 2000, *La movilidad geográfica transnacional*, Ed. La Ley, pp. 168 y ss.; SALDAÑA QUERO, C., 2012, “Problemática...”, cit., pp. 683 y ss.; MATORRAS, A. y CASERO, R., 2012, “La retribución del expatriado. Aspectos laborales y fiscales”, en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. (Dir.), 2012, *La expatriación de trabajadores*, Aranzadi, pp. 562 y ss.; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., 2008, “La Seguridad Social...”, cit., pp. 469 y ss.; y CORREA CARRASCO, M., 2008, “El contrato...”, cit., pp. 53 y ss.

entender, es necesario –y urgente– reformar esa regulación, ampliando las materias sobre las que es obligatorio informar previamente a los trabajadores desplazados, incluyendo, en particular, los efectos que dicho desplazamiento tiene o puede tener desde la perspectiva de los derechos de seguridad social.

Veamos con más detalle cada una de las tres situaciones apuntadas anteriormente.

2.1. Desplazamiento a un Estado fuera de la Unión Europea con el que se ha celebrado un convenio bilateral y/o multilateral de Seguridad Social

2.1.1. El tratamiento del desplazamiento temporal de trabajadores en los convenios

En este ámbito cabe destacar que, aunque pueda sorprender, España solo es parte actualmente de veinticuatro convenios bilaterales⁹ y de un convenio multilateral en materia de seguridad social, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de noviembre de 2007 (que entró en vigor en España el día 1 de mayo de 2011). A lo que cabe añadir que, a nuestro entender, resulta más adecuado abordar la cuestión de la protección de los derechos de seguridad social a través de un convenio multilateral, por cuanto al participar y comprometerse más países, es más fácil garantizar y gestionar la protección de esos derechos. En todo caso, los convenios internacionales han sido la herramienta utilizada para resolver los déficits de protección derivados de la movilidad transnacional de trabajadores. Así, sobre la base del principio de reciprocidad, tratan de reducir las diferencias de trato entre los nacionales y los residentes legales extranjeros, previendo para ello unas medidas de coordinación entre los sistemas de Seguridad Social nacionales implicados que tengan la posibilidad, además, de resolver las disfunciones que se producen tanto en el ámbito de la afiliación (doble cotización) como en el marco de la acción protectora (acceso a las prestaciones)¹⁰. Obviamente, el propio contenido del convenio está directamente condicionado por el grado de homogeneidad existente entre los sistemas estatales de Seguridad Social afectados.

En definitiva, el objetivo de estos convenios es facilitar la movilidad transnacional de los trabajadores mediante la regulación, en lo posible, de aquellas situaciones o aspectos que pueden constituir un límite u obstáculo a dicha movilidad.

Partiendo de ello, si una empresa establecida en España desplaza temporalmente a un trabajador a un Estado con el que se ha celebrado un

⁹ Con los siguientes países: Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea, Ecuador, EE.UU, Filipinas, Japón, Marruecos, Méjico, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela. Al respecto, www.seg-social.es.

¹⁰ CORREA CARRASCO, M., "El contrato...", 2008, cit., pp. 53-54.

convenio –bilateral y/o multilateral– de seguridad social y se mantiene la vinculación contractual con la empresa, los derechos de seguridad social de dicho trabajador se rigen por lo previsto en el propio convenio internacional. Y, lógicamente, la aplicación de dicho régimen no es disponible vía acuerdo individual o contrato entre la empresa y el trabajador, si bien en el correspondiente pacto o acuerdo de expatriación, si existe, sí podría mejorarse lo allí previsto. Pero ¿qué se señala en los convenios actualmente vigentes para el caso de los trabajadores desplazados temporalmente por sus empresas? Depende del convenio, así que cabe diferenciar varios supuestos, aunque existen, obviamente, elementos comunes.

A. El caso del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social¹¹

Desde una perspectiva general, cabe destacar que este convenio multilateral sigue el modelo y los principios de los reglamentos de la Unión Europea, pero tiene un alcance material más limitado, al centrarse exclusivamente en las prestaciones económicas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, vejez o jubilación, invalidez y supervivencia, de carácter contributivo. Se excluyen expresamente la asistencia sanitaria y las prestaciones referidas a las víctimas de la guerra o de sus consecuencias¹². Asimismo, en la línea de lo previsto en los reglamentos comunitarios, se aplican los principios básicos de igualdad de trato y no discriminación, coordinación de las legislaciones, totalización de los períodos de cotización, exportabilidad de las prestaciones, legislación única aplicable, aplicación de las disposiciones más favorables y principio de coordinación administrativa.

Desde la perspectiva subjetiva, el convenio afecta a las personas (nacionales o de terceros países) que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes¹³.

¹¹ Sobre el mismo, entre otros, SÁNCHEZ-RODAS, C., 2016, "Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. I, número 1, pp. 3 y ss., y "El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social," *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 26, 2011; *Comentario al articulado del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2016, Vol. I, número 2; SIERRA BENITEZ, E.M., 2017, "Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en AA.VV., *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Ediciones Laborum, pp. 83 y ss.; LÓPEZ DÍAZ, E. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., 2017, "Coordinación de los sistemas de protección social de los trabajadores migrantes de España e Iberoamérica", *Economía Española y Protección Social IX*, pp. 167 y ss.; y SALDAÑA QUERO, C., 2012, "Problemática...", cit., pp. 686 y ss.

¹² Artículo 3. En relación con las reglas de determinación de las prestaciones, SALDAÑA QUERO, C., 2012, "Problemática...", cit., pp. 689 y ss.

¹³ Artículo 2.

Y, desde la vertiente procedimental, cabe tener en cuenta que la aplicación de este convenio multilateral requiere la previa ratificación por parte de cada Estado y la suscripción de un acuerdo de aplicación que lo desarrolle. Hasta el momento ha sido ratificado y está en vigor en España y Portugal y en nueve países iberoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Perú y Uruguay)¹⁴, lo que no constituye un buen resultado. Además, cabe tener presente que España tiene suscritos convenios bilaterales de Seguridad Social con Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. En estos casos, se aplicarán las disposiciones más favorables para el trabajador o sus familiares y derechohabientes¹⁵, que son precisamente las recogidas en dichos convenios bilaterales¹⁶.

En el caso de los trabajadores desplazados temporalmente por sus empresas, el elemento clave a determinar es qué se entiende por desplazamiento temporal y, a estos efectos, en el artículo 10a) del convenio se prevé que los trabajadores por cuenta ajena al servicio de una empresa con sede en España, que desempeñen tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que sean desplazados a prestar servicios de carácter temporal al país de empleo (parte también del convenio multilateral) continuarán sujetos a la legislación española de seguridad social hasta un plazo máximo de doce meses. Cabe tener presente, no obstante, que ese período inicial de doce meses puede ser prorrogado por un plazo similar, con carácter excepcional y previo consentimiento de la autoridad competente del Estado de destino. Por tanto, como máximo, el trabajador desplazado puede mantener la vinculación con el sistema de Seguridad Social español y cotizando al mismo durante un período de veinticuatro meses. A lo que cabe añadir que, agotado el período de doce meses y, en su caso, los doce meses de prórroga, el trabajador no puede solicitar un nuevo desplazamiento temporal al mismo país hasta transcurridos doce meses desde la fecha en que se agotó el desplazamiento o, en su caso, la prórroga. Se impone, en definitiva, un período de espera de doce meses entre desplazamiento y desplazamiento al mismo Estado de destino.

Cabe tener en cuenta que el mantenimiento de esa vinculación con el sistema de Seguridad Social español constituye en este convenio –como en el caso de los convenios bilaterales que veremos posteriormente–, una excepción a la regla general de determinación de la legislación aplicable, por cuanto según esta, los trabajadores a quienes es aplicable el convenio estarán sujetos exclusivamente a la legislación de seguridad social del Estado parte en cuyo territorio ejercen una actividad, por cuenta ajena o por cuenta propia, que dé lugar a su incorporación al ámbito de aplicación de dicha legislación (*lex loci*

¹⁴ www.oiss.org.

¹⁵ Así lo dispone el artículo 8 del convenio multilateral.

¹⁶ www.seg-social.es.

laboris). Y, por otra parte, con esa vinculación temporal a la legislación del Estado de origen se logran dos objetivos adicionales: a) ahorrar cargas administrativas y gastos de gestión a los sistemas nacionales de Seguridad Social; y, b) simplificar las carreras de cotización de los trabajadores, en especial con vistas al acceso a pensiones de más fácil administración¹⁷.

Por otra parte, cabe destacar que, al mantenerse la cotización en España, ello implica que, toda o al menos una parte de la remuneración del trabajador desplazado se sigue abonando en España. Y también cabe tener en cuenta que, al preverse normalmente compensaciones para el trabajador como consecuencia de la expatriación, estas van a ser consideradas percepciones salariales e incrementarán las correspondientes bases de cotización, así como el coste de seguridad social, tanto para la empresa como para el trabajador desplazado (salvo en los casos en que este ya se encuentre por encima de la base máxima de cotización, lo que será bastante frecuente). Y ello también tendrá consecuencias, en su caso, en las prestaciones futuras. En este punto cabe recordar que el artículo 26.4 del Estatuto de los Trabajadores impide que la empresa pueda asumir el pago de las cotizaciones, si bien sí cabe, si se produce un perjuicio para el trabajador, una compensación indirecta, mediante un incremento de la remuneración total¹⁸.

En cuanto a los trámites formales a seguir en este ámbito¹⁹, lo que se prevé es que la empresa efectuará la correspondiente solicitud ante la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración correspondiente en el modelo TA.300 (Solicitud de información sobre la legislación aplicable) y acompañará tres ejemplares debidamente cumplimentados del formulario IBERO-3 (Certificado de desplazamiento temporal, que certifica que el trabajador continúa vinculado a la legislación española de seguridad social durante su desplazamiento y, en consecuencia, está exento a cotizar a la Seguridad Social del país de destino). Y en caso de prórroga, la empresa debe efectuar la correspondiente solicitud antes de la finalización del período inicial de doce meses, ante la Subdirección General de Afiliación, Cotización y Gestión del Sistema RED de la Tesorería General de la Seguridad Social. Se presentará la solicitud en el modelo TA.300 acompañada de cuatro ejemplares debidamente cumplimentados del formulario IBERO-5 (Certificado de prórroga de desplazamiento temporal) y de una copia del formulario IBERO-3 del desplazamiento inicial, para su remisión al Estado de destino. Una vez dada la conformidad por parte de la Seguridad Social del Estado de destino, la Subdirección General de Afiliación, Cotización y Gestión del Sistema RED de la Tesorería General de la Seguridad Social, remitirá el formulario que acredita

¹⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., 2008, "La Seguridad Social...", cit., p. 446.

¹⁸ MATORRAS DÍAZ-CANEJA A. y CASERO BARRÓN, R., 2012, "La retribución...", cit., p. 559.

¹⁹ www.seg-social.es.

que el trabajador continúa vinculado a la legislación española de seguridad social durante el período de prórroga y, en consecuencia, sigue exento de cotización a la Seguridad Social del Estado de destino. Tanto la solicitud inicial como la prórroga deben presentarse con una antelación mínima de veinte días (salvo causa justificada). Y se entregará una copia del certificado al trabajador desplazado, a los efectos de que pueda acreditar su situación ante la Seguridad Social del Estado de destino.

En fin, también cabe mencionar dos situaciones particulares: a) las personas enviadas por un Estado parte del convenio multilateral en misiones de cooperación al territorio de otro Estado parte²⁰; y, b) los trabajadores de nacionalidad española que desempeñan su actividad en las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares de España en otro Estado parte del convenio, así como el personal de nacionalidad española al servicio privado y exclusivo de los miembros de dichas misiones y oficinas, que opten por la legislación española de seguridad social²¹.

Si el trabajador cesa en su relación laboral o regresa anticipadamente a España, el organismo público, la empresa o el propio trabajador deben comunicarlo a la oficina de la Tesorería General de la Seguridad Social que expidió el certificado de legislación aplicable.

En todo caso, cabe tener presente que si el desplazamiento supera el plazo de los doce o, en su caso, los veinticuatro meses, la situación del trabajador dejará de ser considerada como un desplazamiento temporal y, en consecuencia, se aplicará la regla general antes mencionada y el trabajador pasará a estar sujeto exclusivamente a la legislación de seguridad social del Estado parte en el que está prestando sus servicios y, por tanto, se incorporará a todos los efectos y cotizará en el sistema de Seguridad Social del Estado de destino. En efecto, en el artículo 9 del convenio multilateral se prevé que las personas a quienes sea aplicable el convenio estarán sujetas exclusivamente a la legislación de seguridad social del Estado parte en cuyo territorio ejerzan una actividad, dependiente o no dependiente, que dé lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación de dicha legislación, constituyendo, por tanto, el desplazamiento temporal, como decíamos antes, una excepción a dicha regla. Cabe tener

²⁰ Artículo 10 j) del convenio multilateral. En este caso, la empresa u organismo oficial efectuará la solicitud a la Subdirección General de Afiliación, Cotización y Gestión del Sistema RED en el modelo TA.300 y debe acompañarse de cuatro ejemplares debidamente cumplimentados del formulario IBERO-7 (que acredita la sujeción a la Seguridad Social española mientras se permanezca en esa situación y, por tanto, exento de cotizar a la Seguridad Social del país de destino).

²¹ Artículo 10 i) del convenio multilateral. La Subdirección General de Afiliación, Cotización y Gestión del Sistema RED expedirá el formulario IBERO-T (Certificado de opción sobre legislación aplicable) para toda la duración del desplazamiento, a petición del organismo público o del trabajador, que lo deberá presentar por triplicado, junto con el modelo TA.300.

presente, no obstante, que las cotizaciones realizadas al sistema de Seguridad Social del Estado de destino podrán totalizarse, según establece el propio convenio, en el momento de solicitar una prestación en el futuro.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que pasar a estar incluido en el sistema de Seguridad Social del Estado de destino, al implicar cotización al mismo, puede suponer un sobrecoste para el trabajador que reduzca el salario líquido disponible (incluso llegando a percibir un salario neto inferior al que percibía en España)²². Es por ello por lo que todas las eventualidades en materia de seguridad social deben contemplarse con carácter previo al desplazamiento e informar adecuadamente de ellas, como señalábamos anteriormente, al trabajador.

Finalmente, cabe señalar que el convenio fija que dos o más Estados parte podrán establecer, de común acuerdo, excepciones al mantenimiento de la legislación aplicable, en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, siempre que las mismas aparezcan relacionadas en el anexo V del propio convenio.

B. La regulación del desplazamiento temporal en los convenios bilaterales de seguridad social

Como señalamos antes, actualmente están vigentes veinticuatro convenios bilaterales en materia de seguridad social, que se caracterizan por los siguientes elementos²³:

1) En el caso del Convenio de Seguridad Social entre España y el Principado de Andorra de 9 de noviembre de 2001²⁴, su artículo 6 establece que los trabajadores a los que sea aplicable²⁵ estarán sujetos en su totalidad a la legislación de seguridad social del Estado en cuyo territorio ejercen la actividad laboral, sin perjuicio de las excepciones recogidas en el artículo 7. Y en este se establece –letra a)– que el trabajador por cuenta ajena al servicio de una empresa

²² MATORRAS DÍAZ-CANEJA A. y CASERO BARRÓN, R., “La retribución...”, 2012, cit., p. 560.

²³ Al respecto, ÁLVAREZ CORTES, J.C., 2001, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Ed. Tecnos, pp. 268 y ss.; ZARZALEJO CARBAJO, M., 2008, “La protección social a nivel extracomunitario: Los convenios bilaterales de Seguridad Social e incidencia del Derecho Comunitario”, en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), 2008, *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, pp. 81 y ss.; GOMEZ ABELLEIRA, F. J., 2008, “La Seguridad...”, cit., pp. 470 y ss.; DE LA CASA QUESADA, S., 2008, “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España. Especial referencia a la protección por desempleo”, en CORREA CARRASCO, M., 2008, *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, pp. 123 y ss.; y AA.VV., 2002, *Trabajadores en el Extranjero*, Francis Lefebvre, pp. 133 y ss.

²⁴ BOE de 4 de diciembre de 2002, y en vigor desde el día 1 de enero de 2003.

²⁵ Los trabajadores que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de seguridad social de una o ambas partes contratantes, así como a los miembros de sus familias y supervivientes (artículo 3).

cuya sede se encuentre en el territorio de uno de los Estados y es enviado por dicha empresa al territorio del otro Estado para realizar trabajos de carácter temporal, quedará sometido en su totalidad a la legislación del primer Estado, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de dos años. Y este período puede ser prorrogado mediante expreso consentimiento del otro Estado hasta un máximo total de cinco años (lo que constituye, sin duda, un periodo largo de tiempo). Una vez transcurrido ese período se aplicará lo dispuesto en el artículo 6, y el trabajador quedará sujeto a la legislación del Estado donde está prestando servicios y, en consecuencia, a su sistema de Seguridad Social.

Este convenio se aplica a las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, invalidez, jubilación, defunción, viudedad, orfandad²⁶ y asistencia sanitaria (en este último supuesto se prevé que los trabajadores desplazados temporalmente se beneficiarán durante el tiempo que desarrollen su actividad en el otro Estado, de las prestaciones de asistencia sanitaria correspondientes a este Estado, con el contenido y modalidades de su legislación y a cargo de la institución competente; procediéndose, posteriormente, a la compensación de gastos entre Estados²⁷). Y, en fin, como en el caso del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, existen reglas especiales para el personal de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares y los funcionarios públicos que se hallan destinados en el otro Estado²⁸.

2) El Convenio de Seguridad Social entre España y la República Argentina de 28 de enero de 1997²⁹ se aplica a los trabajadores de cada uno de los Estados, así como a sus familiares y supervivientes y alcanza a las prestaciones contributivas de maternidad, vejez, invalidez, muerte y supervivencia y accidente de trabajo y enfermedad profesional³⁰. Asimismo, en el artículo 6 se establece que las personas afectadas por el convenio estarán sujetas exclusivamente y en su totalidad, a la legislación de seguridad social del Estado en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral, con algunas excepciones. Y, nuevamente, una de las excepciones es el caso del trabajador de una empresa con sede en el territorio de uno de los Estados, que desarrolla tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que es trasladado para prestar servicios en el territorio del otro Estado por un período no superior a veinticuatro meses, por cuanto continuará

²⁶ Artículo 2.

²⁷ Artículo 10 del convenio y vid también artículo 6 del Acuerdo administrativo de 9 de noviembre de 2001, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra (BOE de 4 de diciembre de 2002).

²⁸ Artículo 7.1.f), g) y h) del convenio.

²⁹ BOE de 10 de diciembre de 2004, y entró en vigor el día 1 de diciembre de 2004.

³⁰ Artículos 2 y 3.

sujeto a la legislación del país de origen y a su sistema de Seguridad Social, siendo susceptible de ser prorrogada esta situación, en supuestos especiales, mediante expreso consentimiento de la autoridad competente del otro Estado (no se establece un límite máximo). La misma regulación se aplica a aquellos trabajadores que prestan servicios de carácter complementario o auxiliar de los anteriores, con los requisitos y en los supuestos que se detallan en el acuerdo administrativo para la aplicación del convenio³¹.

A estos efectos, si es el caso de un trabajador español que se traslada temporalmente a Argentina, la Tesorería General de la Seguridad Social expedirá, a petición de la empresa o del trabajador, un certificado de traslado en el correspondiente formulario, acreditando que continúa sujeto a la legislación española y el presumible período de traslado que no podrá ser superior inicialmente a veinticuatro meses. Cuando el traslado deba prorrogarse, la empresa o el propio trabajador debe formular una solicitud de autorización de prórroga con tres meses de antelación a la finalización del período de veinticuatro meses. La Tesorería General de la Seguridad Social solicitará, antes de que expire dicho plazo, a la institución competente argentina la prórroga que deberá ser debidamente justificada. En los supuestos de trabajadores que prestan servicios de carácter complementario o auxiliar a quienes son trasladados, se les exige que estén integrados en el mismo equipo que los profesionales a los que acompañan y que sean también trasladados por un período equiparable o similar al de aquellos. El certificado debe entregarse al trabajador, a los efectos de que pueda acreditar su situación frente a la Seguridad Social del país en el que está prestando sus servicios³².

Y, en fin, en este Convenio también se recogen reglas especiales para el personal de las Misiones Diplomáticas y de las Oficinas Consultares³³ así como para las personas enviadas en misiones oficiales de cooperación al territorio del otro Estado³⁴.

3) Desde la perspectiva material, el Convenio entre España y Australia sobre Seguridad Social de 31 de enero de 2002³⁵ es más completo que los anteriores, al aplicarse a las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, prestaciones familiares por hijo a cargo, prestaciones por desempleo y accidentes de trabajo y

³¹ Artículo 7 a) del convenio.

³² Artículo 5 del Acuerdo administrativo de 3 de diciembre de 1997, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre la República Argentina y el Reino de España (BOE de 10 de diciembre de 2004).

³³ Artículo 7 f), g) y h) del convenio.

³⁴ Artículo 7 i) del convenio.

³⁵ BOE de 19 de diciembre de 2002 y entrada en vigor el día 1 de enero de 2003.

enfermedades profesionales³⁶. En este caso, se prevé que cuando un trabajador sujeto a la legislación española de seguridad social es enviado por su empresa o se traslada a Australia para desarrollar un trabajo temporal, siempre que el período de trabajo propuesto no exceda de cinco años, seguirá vinculado al sistema de Seguridad Social español. Y si debido a circunstancias no previstas, el período de trabajo se prolonga más de cinco años, puede ser reconocida una prórroga por la autoridad competente española³⁷ (no se establece un límite máximo para dicha prórroga). Y, como en otros casos, se prevé que la Tesorería General de la Seguridad Social expedirá, a petición de los interesados, un certificado de desplazamiento acreditando que el trabajador continúa sujeto a la legislación española y estableciendo la fecha de término de la cobertura. Dicho certificado constituirá la prueba de que es de aplicación la legislación española y que dicho trabajador está cubierto por el sistema de Seguridad Social español³⁸. Una vez finalizado el período inicial y, en su caso, la prórroga, el trabajador quedaría sujeto a la legislación australiana y a su sistema de Seguridad Social.

4) El ámbito material del Convenio de Seguridad Social entre España y la República Federativa de Brasil de 16 de mayo de 1991³⁹, incorpora las prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad temporal, maternidad, invalidez, vejez, muerte y supervivencia, protección familiar y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁴⁰, y se aplica a las personas que estén o hayan estado sometidas a la legislación de uno o ambos Estados y a sus familiares y derechohabientes⁴¹. Y se define el desplazamiento temporal de trabajadores como la situación de un trabajador, que estando al servicio de una empresa en uno de los Estados, es desplazado por esta empresa al territorio del otro Estado para efectuar allí un trabajo de carácter temporal, quedando sometido al sistema de Seguridad Social del primer Estado como si continuara trabajando en su territorio, a condición de que este trabajador no haya sido enviado para reemplazar a otro trabajador que hubiera agotado su período de desplazamiento y que la duración previsible del trabajo que debe efectuar no exceda de tres años⁴². Si por circunstancias imprevisibles la duración del trabajo excede de tres años, el trabajador desplazado podrá continuar sujeto al sistema de Seguridad Social de origen por un periodo de dos años, siempre que la

³⁶ Artículo 2 del convenio.

³⁷ Artículo 6.

³⁸ Artículo 5 del Acuerdo Administrativo de 20 de diciembre de 2002, para la aplicación del Convenio entre España y Australia sobre Seguridad Social (BOE de 25 de febrero de 2003).

³⁹ BOE de 15 de enero de 1996, y entró en vigor el día 1 de diciembre de 1995.

⁴⁰ Artículo 2 del convenio.

⁴¹ Artículo 3 del convenio.

⁴² Los concretos trámites formales se encuentran recogidos en el artículo 5 del Acuerdo administrativo de 23 de noviembre de 2005, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil (BOE de 9 de mayo de 2006).

autoridad competente del Estado en el que está trabajando lo autorice (la prórroga la debe solicitar la empresa, con tres meses de antelación a la finalización de período de tres años⁴³). Por tanto, si un trabajador español es enviado a Brasil bajo esta fórmula, de darse la prórroga, el período de desplazamiento con sujeción al sistema de Seguridad Social español es de cinco años. A partir de ese momento pasaría al sistema de Seguridad Social de Brasil. En fin, como en otros supuestos, se recogen normas especiales para el caso del personal diplomático⁴⁴ y los funcionarios⁴⁵.

5) El Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Cabo Verde de 23 de noviembre de 2012⁴⁶ alcanza a las prestaciones de incapacidad permanente, jubilación, supervivencia y accidente de trabajo y enfermedad profesional; previéndose en su artículo 8.1 que el trabajador al servicio de una empresa cuya sede se encuentre en el territorio de un Estado y es enviado por dicha empresa al territorio del otro Estado para realizar trabajos de carácter temporal, queda sometido a la legislación de seguridad social del primer Estado, siempre que la duración previsible del trabajo no exceda de tres años, ni haya sido enviado en sustitución de otro trabajador cuyo período de desplazamiento haya concluido. Y si, por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo excede de tres años, el trabajador continúa sometido a la legislación de origen por un nuevo período, no superior a un año, a condición de que la autoridad competente del Estado de destino u organismo en quien delegue dé su conformidad (la solicitud debe formularla la empresa)⁴⁷. Por tanto, en el caso de un trabajador español desplazado a Cabo Verde, se encontrará vinculado al sistema de Seguridad Social español por un máximo de cuatro años, y a partir de ese momento quedaría vinculado al sistema de Seguridad Social de Cabo Verde. Se prevé también un régimen especial para los casos de los miembros de las oficinas diplomáticas y consulares, personal contratado por la Administración Pública, funcionarios públicos y personas enviadas en misiones de cooperación⁴⁸.

⁴³ Artículos 7.1 del convenio y 5.2 y 3 del Acuerdo administrativo de 23 de noviembre de 2005, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil (BOE de 9 de mayo de 2006).

⁴⁴ Artículo 7.5 a 7 del convenio.

⁴⁵ Artículo 5.7 del Acuerdo administrativo de 23 de noviembre de 2005, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil (BOE de 9 de mayo de 2006).

⁴⁶ BOE de 24 de octubre de 2013 y en vigor desde el día 1 de diciembre de 2013.

⁴⁷ Artículo 5 del Acuerdo administrativo de 23 de noviembre de 2012, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Cabo Verde (BOE de 24 de octubre de 2013).

⁴⁸ Artículos 8 i), j), l) i m) del convenio y 5.5 del Acuerdo administrativo de 23 de noviembre de 2012, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Cabo Verde (BOE de 24 de octubre de 2013).

6) El Convenio de Seguridad Social entre España y Canadá de 10 de noviembre de 1986⁴⁹ abarca las prestaciones de incapacidad permanente que no tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional, vejez, muerte y supervivencia por riesgos comunes y prestaciones familiares y establece que un trabajador desplazado por su empresa sigue vinculado a la legislación de su Estado de origen durante sesenta meses (no obstante, debe requerirse la aprobación de las autoridades de ambos Estados antes de terminar el período de veinticuatro meses). Existe también un régimen específico para las personas empleadas en el otro Estado al servicio del Gobierno de su Estado de origen⁵⁰.

7) El ámbito material del Convenio de Seguridad Social entre España y la Republica de Chile de 28 de enero de 1997⁵¹ se refiere a las prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad temporal, invalidez, vejez, muerte y supervivencia, protección familiar, prestaciones por desempleo y prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional⁵², y se aplica a los trabajadores nacionales de los Estados contratantes que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o ambos Estados y a sus familiares beneficiarios⁵³. En este caso el trabajador desplazado temporalmente es aquel que presta servicios para una empresa con sede en el territorio de uno de los Estados que es enviado por dicha empresa al territorio del otro Estado para realizar trabajos de carácter temporal, quedando sometido al sistema de Seguridad Social del Estado de origen, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de tres años. Sin embargo, si, por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo excede de los tres años, el trabajador continuará sometido al sistema de origen por un nuevo período, no superior a otros dos años, a condición de que la autoridad competente del Estado de destino dé su conformidad⁵⁴. Esto supone que un trabajador español desplazado a Chile puede permanecer en esta situación durante un período máximo de cinco años. A partir de ese momento, si continúa en Chile, quedará sometido a la legislación de seguridad social chilena. El trabajador desplazado recibirá la asistencia sanitaria en el Estado de destino, con el contenido y modalidades previstas en el mismo, procediéndose posteriormente al reintegro

⁴⁹ BOE de 1 de diciembre de 1987, en vigor desde el día 1 de enero de 1988.

⁵⁰ Artículos 6.2 y 3 del convenio y 3 del Acuerdo administrativo de 10 de noviembre de 1986, para la aplicación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Canadá (BOE de 1 de diciembre de 1987).

⁵¹ BOE de 25 de marzo de 1998, que entró en vigor el día 13 de marzo de 1998.

⁵² Artículo 2 del convenio.

⁵³ Artículo 3 del convenio.

⁵⁴ Artículos 7.1 del convenio y 3 del Acuerdo administrativo de 28 de enero de 1997, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile (BOE de 25 de marzo de 1998).

de gastos por parte del Estado de origen⁵⁵. Se recogen medidas particulares para el caso del personal diplomático, los funcionarios públicos y las personas enviadas en misiones de cooperación⁵⁶.

8) En cuanto al Convenio de Seguridad Social entre España y la República Popular de China de 2018⁵⁷, este se aplica a las pensiones contributivas –salvo las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales– y a las prestaciones por desempleo, y afecta a todas las personas incluidas en el marco de aplicación de la legislación de seguridad social de ambos Estados⁵⁸. Asimismo, se establece que cuando una persona que trabaja en el territorio de uno de los Estados para un empresario cuyo lugar de actividad se encuentra en ese territorio, es enviada por dicho empresario al territorio del otro Estado en el contexto de dicho empleo, durante los primeros setenta y dos meses naturales se le sigue aplicando la legislación de seguridad social del Estado de origen. Si el desplazamiento continúa más allá de ese período, se seguirá aplicando la legislación del Estado de origen, siempre que las autoridades competentes de ambos Estados accedan a ello⁵⁹ (no se establece una duración máxima). Existe un régimen específico para el caso del personal diplomático y los empleados públicos⁶⁰.

9) La misma lógica se sigue en el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia de 6 de septiembre de 2005⁶¹, que se aplica a las prestaciones de incapacidad permanente, muerte y supervivencia por enfermedad común o accidente no laboral y jubilación. En este caso, el trabajador desplazado temporalmente es aquel al servicio de una empresa cuya sede se encuentra en el territorio de un Estado y es enviado por dicha empresa al territorio del otro Estado para realizar trabajos de carácter temporal, quedando sometido a la legislación y al sistema de Seguridad Social del Estado de origen, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de tres años, ni haya sido enviado en sustitución de otra persona cuyo período de desplazamiento haya concluido. Si por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo excede de tres años, el trabajador continuará en situación de desplazamiento por un nuevo período no superior a tres años, a condición de que la autoridad competente del Estado de destino u

⁵⁵ Artículos 10 y 16 del convenio.

⁵⁶ Artículo 7.5 a 9 del convenio.

⁵⁷ BOE de 16 de marzo de 2018, en vigor desde el día 20 de marzo de 2018.

⁵⁸ Artículos 2 y 3 del convenio.

⁵⁹ Artículos 7 y 13 del convenio.

⁶⁰ Artículo 9 del convenio.

⁶¹ BOE de 3 de marzo de 2008, en vigor desde el día 1 de marzo de 2008.

organismo en quien delegue dé su conformidad⁶². Se rigen por una normativa especial el personal diplomático, los funcionarios y las personas enviadas en misiones de cooperación al otro Estado⁶³.

10) Por su parte, el Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Corea de 14 de julio de 2011⁶⁴, se aplica a cualquier persona que esté o haya estado sujeta a la legislación de cualquiera de los Estados firmantes, a los familiares y/o los dependientes y supervivientes de dicha persona que tengan esta condición de acuerdo con la legislación aplicable de cada Estado⁶⁵. Desde la perspectiva material, se aplica a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente y muerte supervivencia derivadas de riesgos comunes. La inclusión en el supuesto de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es limitada⁶⁶. En este ámbito, cuando un trabajador contratado por un empresario que tiene una empresa registrada en el territorio de un Estado es enviado por dicho empresario a trabajar en el territorio del otro Estado, se le aplicará la legislación de seguridad social del Estado de origen durante un período de sesenta meses naturales. Si el desplazamiento continuase más allá, el trabajador continuará vinculado al sistema de Seguridad Social de origen siempre que las autoridades o instituciones competentes de los dos Estados den su consentimiento (no se prevé una duración concreta para la prórroga)⁶⁷. Y el caso del personal diplomático, el personal contratado por la Administración Pública en el exterior y los funcionarios se regula de forma específica⁶⁸.

11) En relación con el Convenio de Seguridad Social entre España y la República del Ecuador de 4 de diciembre de 2009⁶⁹, cabe destacar que incorpora las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, jubilación, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y auxilio por defunción⁷⁰, y se aplica a los trabajadores y pensionistas que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o ambos Estados, así como a los miembros de sus familias y

⁶² Artículos 7.1. a) y b) del convenio y 5 del Acuerdo administrativo de 29 de enero de 2008, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia (BOE de 3 de marzo de 2008).

⁶³ Artículos 7 h) a l) del convenio y 5 del Acuerdo administrativo de 29 de enero de 2008, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia (BOE de 3 de marzo de 2008).

⁶⁴ BOE de 8 de mayo de 2013, en vigor desde el día 1 de abril de 2013.

⁶⁵ Artículo 3 del convenio.

⁶⁶ Artículo 2 del convenio.

⁶⁷ Artículos 8 del convenio y 5 del Acuerdo administrativo de 22 de octubre de 2012, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Corea.

⁶⁸ Artículos 10 del convenio y 5 del Acuerdo administrativo de 22 de octubre de 2012, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Corea.

⁶⁹ BOE de 7 de febrero de 2011, que entró en vigor el día 1 de enero de 2011).

⁷⁰ Artículo 2 del convenio.

derechohabientes. Como en supuestos anteriores, el trabajador al servicio de una empresa cuya sede se encuentra en el territorio de uno de los Estados y es enviado por dicha empresa al territorio del otro Estado para realizar trabajos de carácter temporal, queda sometido a la legislación y al sistema de Seguridad Social del Estado de origen siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de tres años, ni haya sido enviado en sustitución de otro trabajador cuyo período de desplazamiento haya concluido. Si, por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo excede de los tres años, el trabajador continuará en la misma situación por un nuevo período, no superior a dos años, a condición de que la autoridad competente del Estado de destino u organismo en quien delegue dé su conformidad⁷¹. Como en convenios anteriores, el personal diplomático y el personal al servicio del mismo, los funcionarios y las personas enviadas en misiones de cooperación tienen un régimen especial⁷².

12) El Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América de 30 de septiembre de 1986⁷³, se aplica a las prestaciones por incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de riesgos comunes y a la jubilación, y su artículo 5 establece que a un trabajador trasladado por una empresa al territorio del otro Estado miembro solo se le aplicará la legislación de seguridad social del Estado de origen cuando el trabajo a realizar en el otro Estado no dure más de cinco años. Si dicho trabajo se prolonga más allá, por circunstancias imprevisibles, se seguirá en la situación anterior por un nuevo período de un año como máximo, si la autoridad competente del Estado de destino da su consentimiento. Esta prórroga debe solicitarse antes de que termine el período inicial de cinco años⁷⁴. Nuevamente, el personal diplomático y el personal contratado por el Gobierno para trabajar en el otro Estado se rigen por su propia normativa⁷⁵.

13) En el caso del Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Filipinas de 12 de noviembre de 2002⁷⁶, este incorpora las

⁷¹ Artículos 7.1 a) y b) del convenio y 5 del Acuerdo administrativo de 18 de julio de 2011, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Ecuador (BOE de 8 de octubre de 2011).

⁷² Artículos 7.1 i), j) y k) del convenio y 5 del Acuerdo administrativo de 18 de julio de 2011, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Ecuador (BOE de 8 de octubre de 2011).

⁷³ BOE de 29 de marzo de 1988, y en vigor desde el día 1 de abril de 1988.

⁷⁴ Artículos 5.1 del convenio y 3 del Acuerdo administrativo de 30 de septiembre de 1986, para la aplicación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América (BOE de 29 de marzo de 1988).

⁷⁵ Artículos 6 del convenio y 3 del Acuerdo administrativo de 30 de septiembre de 1986, para la aplicación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América (BOE de 29 de marzo de 1988).

⁷⁶ BOE de 3 de julio de 2012, y en vigor desde el día 1 de agosto de 2012.

prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁷⁷, y afecta a los trabajadores nacionales de cada Estado, así como a los miembros de su familia y derechohabientes (también a los refugiados y apátridas)⁷⁸. En este ámbito se considera trabajador desplazado a aquel al servicio de una empresa cuya sede se encuentra en el territorio de un Estado y es enviado por la empresa al territorio del otro Estado para realizar trabajos de carácter temporal, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de cinco años, ni haya sido enviado en sustitución de otra persona cuyo periodo de desplazamiento haya concluido, siempre que sea aprobado por la autoridad competente⁷⁹. No se prevé una posible prórroga. Nuevamente el personal diplomático, los funcionarios y el personal enviado en misiones de cooperación cuenta con un régimen propio⁸⁰.

14) En el Convenio de Seguridad Social entre España y Japón de 12 de noviembre de 2008⁸¹ se incluyen las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente no derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional y las prestaciones por muerte y supervivencia por riesgos comunes. Las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional se incorporan de forma limitada⁸². Y se entiende por desplazamiento temporal la situación de una persona asegurada con arreglo a la legislación de un Estado y empleada en dicho territorio por una empresa con el centro de trabajo en dicho territorio, que es enviada por dicha empresa a trabajar en el territorio del otro Estado, siempre que no esté previsto que el período de desplazamiento sea superior a cinco años. Si el desplazamiento se extiende más allá de los cinco años, las autoridades competentes de ambos Estados pueden acordar que el trabajador quede sujeto únicamente a la legislación y al sistema de Seguridad Social del Estado de origen.⁸³ Este concepto también se aplica cuando un trabajador enviado por una empresa del territorio de un Estado al territorio de un tercer Estado es subsiguientemente enviado por dicha empresa desde el territorio del tercer Estado al territorio del otro Estado parte del convenio. El caso de los miembros de misiones diplomáticas, oficinas consulares y funcionarios se regula de forma especial en el artículo 9 del convenio.

⁷⁷ Artículo 2 del convenio.

⁷⁸ Artículo 3 del convenio.

⁷⁹ Artículo 6.1.a) del convenio.

⁸⁰ Artículo 6.1.g) a k) del convenio.

⁸¹ BOE de 30 de septiembre de 2009, y en vigor desde el día 1 de diciembre de 2010.

⁸² Artículo 2 del convenio.

⁸³ Artículos 7.1.a) del convenio y 5 del Acuerdo administrativo de 30 de julio de 2010, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre España y Japón (BOE de 2 de noviembre de 2010).

15) Por su parte, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979⁸⁴, abarca las prestaciones de maternidad, enfermedad común o profesional, incapacidad temporal y accidentes sean o no de trabajo, incapacidad permanente, vejez, muerte o supervivencia, protección a la familia, reeducación y rehabilitación de inválidos y asistencia social y servicios sociales⁸⁵. En este caso se prevé que el trabajador que estando al servicio de una empresa que tenga en el territorio de uno de los dos Estados un establecimiento del cual dependa normalmente sea desplazado por esta empresa al territorio del otro Estado, para efectuar allí un trabajo por cuenta de esta empresa, queda sometido a la legislación de seguridad social del primer Estado como si continuara trabajando en su territorio, a condición de que este trabajador no haya sido enviado para reemplazar a otro trabajador que haya agotado su período de desplazamiento y que la duración probable del trabajo que deba efectuar no exceda de tres años. La autoridad competente del Estado en cuyo territorio se efectúe el trabajo determinará la duración del desplazamiento en el límite del período citado⁸⁶. El personal diplomático y los funcionarios tienen su propia regulación⁸⁷.

16) En relación con el Convenio de Seguridad Social entre España y los Estados Unidos Mexicanos de 25 de abril de 1994⁸⁸, cabe destacar que se aplica a las pensiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y a las pensiones de invalidez, vejez y muerte y supervivencia⁸⁹, e incluye, desde la perspectiva subjetiva, a los trabajadores nacionales de cada uno de los Estados que acrediten estar o haber estado inscritos en el sistema de Seguridad Social correspondiente, así como los miembros de sus familias reconocidos como beneficiarios por la legislación aplicable⁹⁰. En este caso, se prevé que el trabajador al servicio de una empresa cuya sede se encuentre en el territorio de uno de los Estados que sea enviado por dicha empresa al territorio del otro Estado para realizar trabajos de carácter temporal, quedará sometido a la legislación y al sistema de Seguridad Social del Estado de origen, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de dos años, ni haya sido enviado en sustitución de otra persona cuyo periodo de desplazamiento haya concluido. No obstante, este trabajador puede optar por

⁸⁴ BOE de 13 de octubre de 1982, y en vigor desde el día 1 de octubre de 1982.

⁸⁵ Artículo 2 del convenio.

⁸⁶ Artículos 6.1.a) del convenio y 4 del Acuerdo administrativo de 8 de febrero de 1984, para la aplicación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos (BOE de 10 de junio de 1985).

⁸⁷ Artículos 6.1.c) y d) del convenio y 4 del Acuerdo administrativo de 8 de febrero de 1984, para la aplicación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos (BOE de 10 de junio de 1985).

⁸⁸ BOE de 17 de mayo de 1995, y en vigor desde el día 1 de enero de 1995.

⁸⁹ Artículo 2 del convenio.

⁹⁰ Artículo 3 del convenio.

someterse al régimen de Seguridad Social que rige en el territorio del Estado donde está trabajando. Si no opta por ello y se producen circunstancias imprevisibles, la duración del desplazamiento puede prorrogarse por un nuevo periodo, no superior a otros dos años, siempre que cuente con la aprobación de la autoridad competente del otro Estado o del organismo en quien delegue esta facultad⁹¹. El personal diplomático y las personas enviadas en misiones de cooperación se rigen por sus propias normas⁹².

17) Por su parte, el Convenio de Seguridad Social entre la República del Paraguay y España de 24 de junio de 1998⁹³, incluye las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, invalidez, vejez, muerte y supervivencia, protección familiar y las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, e incluye a los trabajadores que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de seguridad social de uno o ambos Estados, así como a sus familiares, beneficiarios y supervivientes. En este convenio, el desplazamiento se concreta en la figura del trabajador de una empresa con sede en el territorio de uno de los Estados, que desempeña tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas o de dirección o actividades similares, que es trasladado para prestar servicios en el territorio del otro Estado, por un período limitado, y que continúa vinculado a la legislación y al sistema de Seguridad Social del Estado de origen hasta un plazo de veinticuatro meses, susceptible de ser prorrogado, con carácter excepcional, por otros veinticuatro meses, mediante previo y expreso consentimiento de la autoridad competente del otro Estado. La misma regulación se aplica a los trabajadores que prestan servicios de carácter complementario o auxiliar de los anteriores, siempre que estén integrados en el mismo equipo y sean trasladados por un período equiparable o similar⁹⁴. También se regula de forma específica la situación del personal diplomático, los funcionarios y las personas enviadas en misiones de cooperación⁹⁵.

18) El ámbito material del Convenio de Seguridad Social entre España y la República del Perú de 16 de junio de 2003⁹⁶ se centra en las prestaciones de

⁹¹ Artículos 6.1 y 2 del convenio y 3 del Acuerdo administrativo de 28 de noviembre de 1994, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos (BOE de 17 de marzo de 1995).

⁹² Artículos 6.6 y 7 del convenio y 3 del Acuerdo administrativo de 28 de noviembre de 1994, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos (BOE de 17 de marzo de 1995).

⁹³ BOE de 2 de febrero de 2006, y en vigor desde el día 1 de marzo de 2006.

⁹⁴ Artículos 7.1.1º del convenio y 6 a 9 del Acuerdo administrativo de 15 de septiembre de 2016, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre la República del Paraguay y el Reino de España (BOE de 23 d enero de 2017).

⁹⁵ Artículos 7.1.5º a 9º del convenio y 10 del Acuerdo administrativo de 15 de septiembre de 2016, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre la República del Paraguay y el Reino de España (BOE de 23 d enero de 2017).

⁹⁶ BOE de 5 de febrero de 2005, y en vigor desde el día 1 de febrero de 2005.

asistencia sanitaria, incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, jubilación, supervivencia, prestaciones familiares por hijo a cargo, subsidio de defunción y prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A estos efectos, se considera que sigue vinculado con el sistema de Seguridad Social del Estado de origen, el trabajador al servicio de una empresa cuya sede se encuentra en el territorio de uno de los Estados y es enviado por dicha empresa al territorio del otro Estado para realizar trabajos de carácter temporal, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de dos años, ni haya sido enviado para sustituir a otro trabajador cuyo periodo de desplazamiento haya concluido. Esta situación, por circunstancias imprevisibles, puede prorrogarse por un nuevo período, no superior a un año, siempre que la autoridad competente del Estado de destino esté de acuerdo⁹⁷. El trabajador desplazado tendrá derecho a la asistencia sanitaria en el Estado de destino de conformidad con las modalidades y contenidos previstos en ese Estado y con cargo a la institución competente del otro Estado, y también tendrán derecho a esa asistencia sanitaria los miembros de su familia y derechohabientes que le acompañen, conforme a lo previsto en la legislación aplicable⁹⁸. Asimismo, el personal de las misiones diplomáticas y oficinas consulares, los funcionarios y las personas enviadas en misiones de cooperación quedan sometidas a una normativa específica⁹⁹.

19) Por su parte, el Convenio de Seguridad Social entre España y la República Dominicana de 1 de julio de 2004¹⁰⁰, incluye las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia, prestaciones familiares por hijo a cargo y las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional¹⁰¹, e incorpora a los trabajadores nacionales de cada uno de los Estados, así como a los miembros de sus familias. En este convenio se considera trabajadores desplazados a aquellos que están al servicio de una empresa cuya sede se encuentra en el territorio de uno de los Estados y es enviado por dicha empresa al territorio del otro Estado para realizar trabajos de carácter temporal, siempre que la duración previsible del trabajo no exceda de tres años, ni haya sido enviado en sustitución de otro trabajador cuyo periodo de desplazamiento haya finalizado. Si, por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo

⁹⁷ Artículos 8.1.a) y b) del convenio y 6 del Acuerdo administrativo de 18 de abril de 2007 para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre la República del Perú y el Reino de España (BOE de 1 de julio de 2008).

⁹⁸ Artículo 9 del convenio.

⁹⁹ Artículos 8.1.i), j) y k) del convenio y 6 del Acuerdo administrativo de 18 de abril de 2007 para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre la República del Perú y el Reino de España (BOE de 1 de julio de 2008).

¹⁰⁰ BOE de 12 de junio de 2006 y en vigor desde el día 1 de julio de 2006.

¹⁰¹ Artículo 2 del convenio.

excede de tres años, la situación del trabajador se prorrogará por un nuevo período, no superior a otros dos años, a condición de que la autoridad competente del Estado de destino u organismo en quien delegue dé su conformidad¹⁰². Durante este tiempo, el trabajador desplazado seguirá sometido a la legislación y al sistema de Seguridad Social del Estado de origen. Como en los supuestos anteriores, el personal diplomático, los funcionarios y el personal vinculado a misiones de cooperación tienen una regulación propia¹⁰³.

20) Respecto al Convenio de Seguridad Social entre España y la Federación de Rusia de 11 de abril de 1994¹⁰⁴, cabe señalar que incorpora las prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, invalidez, jubilación, supervivencia, prestaciones familiares y prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales¹⁰⁵, y afecta a los trabajadores nacionales de los Estados parte a quienes les es o haya sido de aplicación la legislación de esos Estados, así como a los miembros de su familia.¹⁰⁶ En este caso el desplazamiento tiene una duración máxima de cinco años, si bien es posible una prórroga, por motivos debidamente justificados, que requiere la conformidad de la autoridad competente del Estado donde el trabajador está prestando servicios¹⁰⁷. Y también se recoge un régimen particular para el caso del personal diplomático y su personal doméstico privado¹⁰⁸.

21) En relación con el Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Túnez de 26 de febrero de 2011¹⁰⁹, cabe destacar que se aplica a las prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad temporal, maternidad, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia, prestaciones familiares y prestaciones familiares por hijo a cargo¹¹⁰. Se considera trabajador desplazado a aquel al servicio de una empresa cuya sede se encuentra en el territorio de uno de los Estados y es destacado por dicha empresa al territorio del otro Estado para realizar trabajos de carácter temporal, siempre que la duración previsible del trabajo no exceda de veinticuatro meses, ni haya sido enviado en sustitución de otro trabajador cuyo período de desplazamiento haya concluido. Si, por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo excede de veinticuatro meses, el desplazamiento puede prorrogarse por un nuevo período

¹⁰² Artículo 9.1.a) y b) del convenio.

¹⁰³ Artículo 9.1.g), h) e i) del convenio.

¹⁰⁴ BOE de 24 de febrero de 1996, y en vigor desde el día 22 de febrero de 1996.

¹⁰⁵ Artículo 2 del convenio.

¹⁰⁶ Artículo 3 del convenio.

¹⁰⁷ Artículos 7.1 del convenio y 3 del Acuerdo administrativo de 12 de mayo de 1995, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la Federación de Rusia (BOE de 24 de febrero de 1996).

¹⁰⁸ Artículo 7.4 del convenio.

¹⁰⁹ BOE de 26 de diciembre de 2001, y en vigor desde el día 1 de enero de 2002.

¹¹⁰ Artículo 2 del convenio.

no superior a veinticuatro meses, a condición de que la autoridad competente del Estado de destino u organismo en quien delegue dé su conformidad¹¹¹. Nuevamente se establece un régimen particular para los casos del personal diplomático, los funcionarios públicos y las personas enviadas en misiones de cooperación¹¹².

22) Por su parte, el Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania de 7 de octubre de 1996¹¹³, abarca las prestaciones por incapacidad temporal, invalidez, jubilación, muerte y supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y prestaciones familiares. En este ámbito el desplazamiento se vincula a trabajos de carácter temporal que no superen los dos años, siempre que ese trabajador no haya sido enviado en sustitución de otra persona cuyo período de desplazamiento haya finalizado. Aunque dicho plazo puede prorrogarse por otros dos años, cuando se produzcan circunstancias imprevisibles, y siempre que la autoridad competente del Estado de destino dé su conformidad¹¹⁴. Asimismo, el personal diplomático se rige por su propio régimen¹¹⁵.

23) El Convenio de Seguridad Social entre España y la República Oriental del Uruguay de 1 de diciembre de 1997¹¹⁶ afecta a las prestaciones por maternidad, invalidez, vejez, muerte y supervivencia, protección familiar y prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En este supuesto se considera trabajador desplazado a aquel que trabaja para una empresa con sede en el territorio de uno de los Estados que desempeña tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que es trasladado para prestar servicios en el territorio del otro Estado, por un período no superior a veinticuatro meses; que puede prorrogarse, en supuestos especiales, mediante el expreso consentimiento de la autoridad competente del Estado de destino. Esta regulación también se aplica a los trabajadores que prestan servicios especializados de carácter complementario o auxiliar, siempre que estén integrados en el mismo equipo que los profesionales a los que acompañan y sean también trasladados por un período equiparable o

¹¹¹ Artículos 7 a) y b) del convenio y 4 del Acuerdo administrativo de 9 de septiembre de 2004, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez (BOE de 28 de enero de 2005).

¹¹² Artículos 7 g) a j) del convenio y 4 del Acuerdo administrativo de 9 de septiembre de 2004, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez (BOE de 28 de enero de 2005).

¹¹³ BOE de 4 de abril de 1998, y que entró en vigor el día 27 de marzo de 1998.

¹¹⁴ Artículos 7.1 y 2 del convenio y 3 del Acuerdo administrativo de 17 de enero de 2001, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania (BOE de 7 de abril de 2001).

¹¹⁵ Artículos 7.6 del convenio y 3 del Acuerdo administrativo de 17 de enero de 2001, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania (BOE de 7 de abril de 2001).

¹¹⁶ BOE de 24 de febrero de 2000, en vigor desde el día 1 de abril de 2000.

similar al de estos¹¹⁷. El personal diplomático, los funcionarios públicos y las personas enviadas en misiones de cooperación tienen una regulación particular¹¹⁸.

Y, 24) finalmente, el Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela de 12 de mayo de 1988¹¹⁹ incorpora las prestaciones de incapacidad temporal, invalidez, jubilación, muerte y supervivencia y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En este caso el desplazamiento se limita a un período de dos años, si bien podrá autorizarse una prórroga por común acuerdo de las autoridades competentes de ambos Estados¹²⁰. Y, nuevamente, existe una regulación específica para el personal diplomático y los funcionarios públicos¹²¹.

Desde una perspectiva general, resulta evidente que los convenios bilaterales comparten elementos comunes:

a) Los convenios se aplican, con carácter general, a los trabajadores nacionales de uno de los Estados parte. Sin embargo, algunos de los convenios extienden su protección a aquellos nacionales de terceros países afectados por la legislación de uno de los Estados parte o incorporados en su sistema de Seguridad Social (es el caso de los convenios celebrados con Andorra, Argentina, Australia, Brasil o Perú). Y, como hemos visto, los convenios también se aplican a los familiares, derechohabientes o causahabientes de los trabajadores afectados. En fin, en algún caso se incluye también a los refugiados y apátridas (por ejemplo, en los convenios celebrados con Filipinas, Ucrania o Venezuela).

Desde la perspectiva material, si bien algunas prestaciones se contemplan en todos los convenios (jubilación, incapacidad o invalidez y muerte y supervivencia), otras solo son reconocidas por algunos convenios (prestaciones familiares, enfermedad, maternidad, asistencia sanitaria...).

El objetivo de los convenios es amparar a los nacionales que emigran o se desplazan al otro Estado y, al mismo tiempo, a los extranjeros de dicho Estado

¹¹⁷ Artículos 7.1 a) del convenio y 6 a 9 del Acuerdo administrativo de 24 de julio de 2000, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay (BOE de 3 de abril de 2001).

¹¹⁸ Artículos 7.1. e) a i) del convenio y 10 del Acuerdo administrativo de 24 de julio de 2000, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay (BOE de 3 de abril de 2001).

¹¹⁹ BOE de 7 de julio de 1990, y en vigor desde el día 1 de julio de 1990.

¹²⁰ Artículos 7.1 del convenio y 3 del Acuerdo administrativo de 5 de mayo de 1989, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela (BOE de 7 de julio de 1990).

¹²¹ Artículos 7.4 a 6 del convenio y 3 del Acuerdo administrativo de 5 de mayo de 1989, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela (BOE de 7 de julio de 1990).

que se encuentren en su territorio, y ello mediante el establecimiento de reglas de conexión que no implican tener un régimen común de seguridad social¹²².

b) Todos los convenios establecen, de una forma u otra, que las personas incluidas dentro de los mismos se rigen por una única legislación de seguridad social, la correspondiente al Estado en el que prestan sus servicios (*lex loci laboris*); si bien incluyen algunas excepciones, y, entre ellas, se encuentra el desplazamiento de trabajadores por parte de sus empresas.

c) El desplazamiento del trabajador al otro Estado debe ser temporal, si bien, como hemos visto, la duración es variable. Durante ese tiempo el trabajador sigue vinculado a la legislación y al sistema de Seguridad Social del Estado de origen. Como excepción, en el convenio concertado con Méjico se recoge que el trabajador puede optar por vincularse al sistema de Seguridad Social mejicano¹²³. Y en el convenio celebrado con Australia el mantenimiento de la ley del Estado de origen solo se contempla cuando el desplazamiento tiene su origen en España¹²⁴.

d) La empresa que desplaza al trabajador debe estar establecida o tener su sede en el Estado de origen (otra cuestión sería determinar cuándo y de qué manera se entiende que dicha empresa está establecida en dicho Estado, circunstancia que corresponderá confirmar a la autoridad competente de cada Estado).

e) Es la empresa la que decide trasladar al trabajador en el marco del correspondiente contrato de trabajo, por lo que el vínculo contractual se mantiene durante el desplazamiento. La empresa ha de comunicar, con carácter previo, dicho desplazamiento a la autoridad competente y realizar los trámites correspondientes.

f) El trabajador desplazado va a desarrollar un “trabajo temporal”, aunque, obviamente, esta temporalidad viene vinculada exclusivamente a un factor temporal, no a que, de por sí, la actividad que se vaya a desempeñar sea siempre temporal por naturaleza o responda a una causa exclusivamente temporal.

g) Normalmente no se define qué tipo de actividad se va a desarrollar en el otro Estado aunque, como hemos visto, algunos convenios hablan de actividades profesionales, técnicas, científicas, etc., aunque emplean términos bastante genéricos.

¹²² DE LA CASA QUESADA, S., 2008, “Los convenios...”, cit., p. 120.

¹²³ Artículo 6.1 del convenio.

¹²⁴ Artículo 6 del convenio.

h) En algunos convenios se hace referencia expresa a que puede desplazarse también a personas que desarrollen actividades complementarias o auxiliares, vinculando ambos desplazamientos de trabajadores.

i) En los convenios se prevé la prórroga del período inicial del desplazamiento si se producen “circunstancias imprevisibles”, términos cuya amplitud otorga un amplio margen de actuación a las autoridades competentes en cada caso. Esta prórroga, en la gran mayoría de los convenios, está limitada temporalmente y debe solicitarse con una cierta antelación por parte de la empresa. Asimismo, la concesión de la prórroga depende normalmente de la decisión de la autoridad competente del Estado de destino, si bien, en algunos convenios se exige el acuerdo de ambos Estados, aunque, en todo caso, no se recogen especiales dificultades. Y, en fin, como hemos visto, en algunos convenios para la prórroga no se establece una duración máxima, y en dos casos no se prevé expresamente la posibilidad de prórroga (Canadá y Marruecos).

j) En todos los convenios se prevé que la autoridad competente del Estado de origen deberá expedir el correspondiente certificado de desplazamiento, que sirve como justificante de que el trabajador desplazado sigue vinculado a la legislación de seguridad social y al sistema de Seguridad Social del Estado de origen, manteniendo, además, la cotización al mismo. Y, dentro de la misma lógica, se establece que, en caso de que el trabajador desplazado deje de prestar servicios para la empresa que lo ha desplazado, esta lo deberá comunicar a la autoridad competente, a los efectos de poner fin a la situación de desplazamiento.

k) En todos los convenios se regula un régimen particular para determinados tipos de personal desplazado: el personal diplomático (Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares), personal auxiliar del mismo, funcionarios públicos y personas enviadas en misiones de cooperación¹²⁵.

Y, l) la protección de los convenios no solo alcanza, en los términos fijados, al trabajador desplazado sino también a sus familiares y derechohabientes.

Cabe añadir cuatro últimos apuntes:

1º) Aunque se trata de un desplazamiento “temporal”, como hemos visto, los plazos previstos son bastante largos, alcanzando, en algún caso los cinco o seis años, más una posible prórroga. Si lo comparamos con la normativa de la Unión Europea, los plazos establecidos en estos convenios son bastante más largos, con carácter general.

2º) Solo algunos de los convenios impiden que un trabajador sea desplazado para sustituir a otro trabajador que previamente ya había sido

¹²⁵ Al respecto, ZARZALEJO CARBAJO, M., “La protección...”, 2008, cit., pp. 86 y ss.

desplazado. Cabe destacar que este límite también se aplicaría al resto de los convenios, aunque no lo prevean, ya que se trata de una medida que pretende impedir la elusión intencionada del principio de aplicación de la *lex loci laboris*¹²⁶. Sin embargo, es muy posible que las instituciones competentes flexibilicen, en la práctica, este impedimento, con el objetivo de no obstaculizar la movilidad transnacional de trabajadores¹²⁷.

3º) Todos los convenios (salvo Filipinas y Venezuela) prevén la posibilidad de que ambos Estados establezcan excepciones en materia de legislación aplicable, para un supuesto en concreto o para un colectivo de trabajadores o una situación determinada. A modo de ejemplo, en el artículo 8.2 del Convenio de Seguridad Social entre España y la República del Ecuador se establece “las Autoridades Competentes de ambas Partes Contratantes o los Organismos e Instituciones designados por ellas podrán, de común acuerdo, establecer otras excepciones o modificar las previstas en los apartados anteriores”. Esta vía pretende flexibilizar la regulación aplicable y no prevé una causa justificativa específica –salvo el caso del convenio con Rusia–, lo que implica, en la práctica, que es posible que los plazos máximos previstos para el periodo inicial y prorrogado de desplazamiento se encuentren ampliamente sobrepasados¹²⁸.

Y, 4º) finalmente, una vez transcurrido el plazo de desplazamiento fijado en cada caso, se aplica directamente la regla general de la que, precisamente, el desplazamiento constituye una excepción en los convenios: el trabajador –aunque siga desplazado por la propia empresa en el Estado de destino–, quedará ya sujeto, a todos los efectos (también cotización), al sistema de Seguridad Social del Estado de destino, y con todas las consecuencias que ello pueda comportar, incluida la totalización de dichos periodos a los efectos de las prestaciones futuras. De hecho, se le deberá dar de baja del sistema de Seguridad Social español.

Como excepción cabe mencionar el Convenio de Seguridad Social entre España y la República Popular China donde se establece que si el desplazamiento continúa más allá del período previsto, se seguirá aplicando la legislación del Estado de origen, siempre que las autoridades competentes de ambos Estados accedan a ello¹²⁹.

2.1.2. El papel complementario de la normativa estatal

Cabe tener muy presente que, con una finalidad claramente protectora, junto a lo previsto en los convenios (bilaterales y/o multilaterales), resulta

¹²⁶ ÁLVAREZ CORTES, J.C., 2001, *La Seguridad...*, cit., p. 285.

¹²⁷ ZARZALEJO CARBAJO, M., “La protección...”, 2008, cit., p. 85.

¹²⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., 2008, “La Seguridad...”, cit., p. 471.

¹²⁹ Artículos 7 y 13 del convenio.

aplicable, con carácter complementario, la correspondiente normativa estatal referida a la situación de los trabajadores desplazados. Y en nuestro país, esa norma es la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982 que, a nuestro entender, requiere de una urgente actualización (no solo por el tiempo transcurrido desde su aprobación sino también por el importante incremento y diversificación de los supuestos de desplazamiento de trabajadores que se ha producido desde entonces). Conforme a lo previsto en dicha Orden cabe señalar que:

1) En principio, la Orden Ministerial no resulta aplicable cuando el trabajador es desplazado a un Estado con el que España tiene suscrito y vigente un convenio, en virtud del cual queda sometido a la legislación española con la obligación de cotizar al sistema de Seguridad Social español durante el tiempo de desplazamiento. Sería precisamente el caso de todos los convenios examinados anteriormente.

2) Tampoco se aplica la Orden Ministerial cuando el trabajador es desplazado al territorio de un Estado con el que España tiene suscrito un convenio en el que se prevé como obligatoria la afiliación a la Seguridad Social del Estado de destino y se establezca el reconocimiento de las cotizaciones realizadas en dicho Estado a los efectos de la Seguridad Social española, sin obligación, por tanto, de cotizar a la misma.

3) Cuando ya es obligatoria la afiliación y la cotización al sistema de Seguridad Social del Estado de destino, se reconocen las cotizaciones a los efectos de la Seguridad Social española y no se protegen todas las contingencias recogidas en el marco del régimen general de la seguridad social, el trabajador se encuentra en situación asimilada al alta en el sistema de Seguridad Social español y cotizará en España por las contingencias no protegidas en el Estado de destino. En este sentido el artículo 166.3 de la Ley General de la Seguridad Social establece que, en caso de traslado de un trabajador por la empresa fuera del territorio nacional, este se encontrará en situación asimilada al alta para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que se establezcan reglamentariamente (Orden Ministerial de 27 de enero de 1982).

4) Cuando es obligatoria la afiliación y la cotización al sistema de Seguridad Social del país de destino pero no se reconocen las cotizaciones en España: el trabajador se encontrará en situación asimilada al alta en el sistema de Seguridad Social español y cotizará en España, pero con la muy posible pérdida de los derechos en vías de adquisición en el Estado de destino. A lo que cabe añadir que se producirá una situación de doble cotización a la Seguridad Social, que no implicará más derechos.

5) En todos los supuestos la protección alcanza también a los familiares y derechohabientes del trabajador desplazado.

Y, 6) la empresa comunicará al organismo competente, mediante la presentación de los correspondientes modelos oficiales, el traslado del trabajador fuera del territorio nacional. Y será dicho organismo quien determine si el mismo ha de figurar o no en situación asimilada al alta, íntegramente o solo de forma parcial.

2.1.3. El papel del acuerdo o pacto de expatriación

Finalmente, cabe recordar que el pacto de expatriación puede existir o no, y que su contenido puede ser variado, dependiendo, por ejemplo, de factores como el tipo de empresa que desplaza al trabajador, la finalidad del desplazamiento, el Estado de destino o, sobre todo, la categoría profesional del trabajador. Y en el mencionado pacto, junto a cuestiones de seguridad social, pueden incluirse otras como las retributivas, el pago de impuestos, las condiciones de repatriación, el alquiler de vivienda, los seguros de asistencia sanitaria o de otro tipo, el pago de viajes al Estado de origen, automóviles, la búsqueda de empleo para el cónyuge, etc. Pero ¿qué se puede prever en materia de seguridad social?

Ya comentamos anteriormente, que es fundamental informar previamente al trabajador, de forma adecuada y rigurosa, sobre los efectos y consecuencias que el desplazamiento puede comportar para sus derechos de seguridad social (inmediatos y futuros), y también que al considerarse las ventajas incorporadas en el pacto de expatriación como salario, esto incrementará la correspondiente base de cotización, salvo que ya se esté en la base máxima. Ahora bien, ¿podría pactarse incluso que el trabajador, una vez superado el plazo de “desplazamiento” previsto en el correspondiente convenio, continuará vinculado al sistema de Seguridad Social español? Esta posibilidad plantea dos cuestiones:

a) Por un lado, implicaría una doble cotización, ya que debería procederse obligatoriamente a la afiliación y la cotización al sistema de Seguridad Social del Estado de destino, con el consiguiente coste adicional para el trabajador (que ya no es un desplazado a los efectos del convenio) y la empresa. En España se recurriría a la fórmula de una nómina espejo, a los efectos de seguir cotizando en el sistema de Seguridad Social español. Asimismo, el tiempo cotizado en el Estado de destino no se podría en principio totalizar a los efectos de prestaciones futuras, ya que se mantiene la cotización en España.

Y, b) esta estrategia –que se da en la práctica, principalmente en determinados colectivos de expatriados–, obvia o contradice lo previsto en una norma, como es un convenio internacional, por lo que cabe dudar de su legalidad. Es más, es posible que las cotizaciones ingresadas en el sistema de Seguridad Social español, de descubrirse la situación, fuesen calificadas como indebidas y careciesen de efectos para las prestaciones.

Lógicamente, no plantea ningún problema que la empresa contrate, en favor del trabajador o su familia, contratos de seguro privados y/o planes de pensiones. Y ello tanto durante el desplazamiento como con posterioridad.

Por último, en el marco de los pactos de expatriación cabe destacar que, como consecuencia principalmente de la crisis, se han producido cambios en los últimos años y, si bien se mantiene el modelo tradicional de expatriación –la que afecta al personal cualificado (multinacionales, desarrollo de carrera profesional...), han surgido nuevos tipos de expatriación con unas condiciones laborales y de seguridad social bastante más precarias¹³⁰. En el caso del personal cualificado, la expatriación sigue ligada a las ventajas apuntadas anteriormente, tanto para el trabajador como para su familia (elevadas retribuciones, vivienda, automóviles, acceso a la sanidad privada, pago de la educación de los hijos, viajes pagados, vacaciones más largas, pago del servicio doméstico, planificación de la tributación, pacto por el que se mantiene el alta y la cotización al sistema de Seguridad Social español...). Pero junto a ello, en los últimos años, se han desarrollado otras modalidades de expatriación como, por ejemplo, la expatriación como una alternativa al despido¹³¹, vinculada a empresas que han optado, ante la crisis y la progresiva pérdida de mercado interno, por la vía de la internacionalización, enviando a trabajadores a otros Estados para abrir nuevos mercados o trabajar en las filiales.

En esos supuestos, la expatriación no constituye una mejora profesional sino una alternativa al despido, por lo que sus condiciones son muy inferiores a las mencionadas anteriormente y muy cercanas a las condiciones laborales que se tenían en el puesto de trabajo de origen en España. Esto implica que no se suelen recoger ventajas especiales, salvo el derecho a algunos viajes de retorno a España, y, en consecuencia, se aplican las normas legales en cuanto a las condiciones de trabajo e incorporación a los sistemas de Seguridad Social: así, si se desplaza al trabajador y se mantiene la vinculación contractual con la empresa española, al transcurrir el plazo máximo de desplazamiento previsto en el correspondiente convenio, se da de baja al trabajador en el sistema de Seguridad Social español para pasar a incorporarse en el sistema de Seguridad Social del Estado de destino (donde si las cotizaciones son más altas, el trabajador acabará cobrando menos que en España, salvo que se le compense) y se aplicará, en su caso, lo dispuesto en la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982.

2.2. Desplazamiento a un Estado fuera de la Unión Europea con el que no se ha celebrado un convenio bilateral y/o multilateral de seguridad social

Una segunda situación que puede plantearse es la del trabajador que es desplazado por una empresa establecida en España a un Estado fuera de la

¹³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., 2017, “La movilidad...”, cit., p. 30 y ss.

¹³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., 2017, “La movilidad...”, cit., p. 31.

Unión Europea con el que España no tiene suscrito un convenio, ni bilateral ni multilateral.

En este supuesto resultará aplicable la normativa interna de seguridad social de cada uno de los dos Estados implicados. Así, por un lado, habrá que estar a la legislación del Estado de destino, y si esta prevé la afiliación y cotización a su sistema de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros que prestan servicios en su territorio, habrá que cumplir con tales obligaciones, con el consiguiente coste económico (para la empresa y, en su caso, para el trabajador).

Y, por otro lado, como vimos, el artículo 166.3 de la Ley General de la Seguridad Social establece que el trabajador desplazado se encuentra en situación asimilada al alta, conforme a lo previsto en la correspondiente norma reglamentaria, que es la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982. Y, como consecuencia de ello, el trabajador desplazado se encontrará en situación asimilada al alta y cotizando en el sistema de Seguridad Social español mientras se encuentre en el Estado de destino¹³², con el derecho a obtener la protección prevista en el régimen general de la seguridad social. Protección que también alcanza a los familiares del trabajador desplazado, tanto si se desplazan con él como si permanecen en España. A estos efectos, en el artículo 4 de la Orden Ministerial se prevé que cuando el trabajador se desplace acompañado de sus familiares beneficiarios al territorio de un país en el que es obligatoria la afiliación a su Seguridad Social y no exista el reconocimiento de las cotizaciones realizadas en el mismo a efectos de la Seguridad Social española, estando la asistencia sanitaria comprendida en la acción protectora de la Seguridad Social del Estado de destino, tanto la empresa como el trabajador quedarán excluidos de la obligación de cotizar a la Seguridad Social española por dicha contingencia. Pero sí se cotizará por el resto de las contingencias al sistema de Seguridad Social española. Cabe destacar, no obstante, que desde el año 2010 no se prevé ningún coeficiente reductor para la contingencia de asistencia sanitaria¹³³.

Respecto a la prestación de asistencia sanitaria, se prestará por el sistema de Seguridad Social del Estado de destino, particularmente cuando se trata de situaciones de urgencia o gravedad. Asimismo, en el caso de los familiares del trabajador desplazado que permanezcan en España, la asistencia sanitaria irá a cargo del sistema español, y también, cuando residiendo en el Estado de destino, se hayan desplazado a España. El coste de la asistencia sanitaria deberá satisfacerse a la empresa por parte del órgano competente español, siempre que aquella aporte los certificados correspondientes. Lo mismo ocurriría en el caso de la prestación por incapacidad temporal pagada por la empresa¹³⁴.

¹³² Artículo 1.

¹³³ SALDAÑA QUERO, C., "Problemática...", 2012, cit., p. 693.

¹³⁴ Artículo 6 de la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982.

Cabe tener presente, por otra parte, que la Orden no define el alcance temporal del desplazamiento, por lo que cabe entender que este criterio se aplicará con independencia de la duración del desplazamiento, siempre que se mantenga la vinculación contractual con la empresa. En otras palabras, la solución prevista es aplicable también a los desplazamientos de trabajadores que se alargan en el tiempo y dejan de serlo. La idea de fondo, obviamente, es ofrecer una protección al trabajador desplazado del que, cabe pensar, que retornará a España en algún momento.

Por otra parte, tal y como ocurre en el supuesto anterior, deberá mantenerse al menos una parte de la remuneración en España y, de preverse compensaciones por la expatriación (en metálico o en especie), estas incrementarán las correspondientes bases de cotización y, en consecuencia, el coste de seguridad social del desplazamiento, tanto para el trabajador como para la empresa.

Además, en este supuesto, obviamente, se darán situaciones de doble cotización cuando el Estado de destino impone también la afiliación y cotización a su sistema de Seguridad Social; circunstancia que es probable que se dé con frecuencia. Asimismo, cabe tener presente que las cotizaciones realizadas en el Estado de destino no se totalizarán, por lo que si aquellas no son suficientes para obtener una prestación en dicho Estado, esas cotizaciones se perderán.

También cabe destacar que, como en la situación anterior e incluso todavía más, la existencia y el posible contenido de un pacto de expatriación son claves. Y también es esencial informar previamente al trabajador sobre las consecuencias que el desplazamiento puede tener en materia de seguridad social, tanto en materia de cotización como de acceso a prestaciones.

Asimismo, cabe recordar que la empresa deberá comunicar previamente a la Tesorería General de la Seguridad Social el desplazamiento del trabajador, a los efectos de que se determine si aquel ha de figurar en situación asimilada al alta.

Finalmente, cabe señalar que en este caso podría recurrirse también a los contratos de seguro y planes de pensiones privados, con financiación exclusivamente empresarial o compartida.

2.3. Desplazamiento de un trabajador a un Estado fuera de la Unión Europea pero sin mantener el vínculo contractual con la empresa

En el marco de la expatriación de trabajadores a países situados fuera de la Unión Europea también se da la situación del trabajador que es desplazado por su empresa pero se extingue el contrato de trabajo con la misma y se celebra un nuevo contrato en el Estado de destino (con una empresa filial), o bien se suspende el contrato de origen y se celebra uno nuevo en el Estado de destino o

se suscribe un contrato internacional con destino en el extranjero¹³⁵: en todos estos casos hay que muy tener en cuenta que no se trata de un desplazamiento, por lo que el trabajador expatriado estará sujeto exclusivamente a la normativa y al sistema de Seguridad Social del Estado de destino.

Se le tratará, pues, como un emigrante y no como un trabajador desplazado, aplicándose, si existe, el correspondiente convenio, bilateral o multilateral. Asimismo, cabe tener presente que no se le aplicará lo dispuesto en la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982, al no existir un vínculo contractual con la empresa española. Como ya hemos afirmado, esta Orden Ministerial exige que se mantenga la vinculación contractual con la empresa española, dándose, en cambio, menos importancia al hecho de que se trate de un desplazamiento temporal o permanente.

En este supuesto, lógicamente, el riesgo de desprotección del trabajador es mucho mayor, por cuanto a aquel se le dará, en su caso, de baja automáticamente en el sistema de Seguridad Social español y se le dará de alta en el sistema de Seguridad Social del Estado de destino (sea cual sea su nivel de protección y si existe incluso), y la única alternativa para que pueda seguir vinculado al sistema de Seguridad Social español es la celebración de un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social, con el coste económico que ello comporta y sin olvidar su cobertura limitada. A estos efectos, cabe recordar que en el convenio especial para emigrantes la base de cotización se hace coincidir con la base mínima de cotización vigente en cada momento, lo que reducirá el importe de las prestaciones futuras, sin que se prevea la posibilidad de incrementar de algún modo tales bases. Y también cabe tener en cuenta que solo se cubren las contingencias de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia debidas a riesgos comunes o profesionales. Y, por su parte, el convenio especial ordinario tampoco ofrece una solución suficiente, por cuanto no queda claro que pueda utilizarse en este tipo de situaciones¹³⁶.

No hay duda de que, en todos casos, va a tener todavía una mayor importancia, si existe, el correspondiente pacto o acuerdo de expatriación, y es posible que este no exista o que su contenido sea muy escaso en bastantes ocasiones. Y ello por cuanto al optar la empresa por recurrir a la contratación en el Estado destino se están evitando costes de diverso tipo y, particularmente, en materia de seguridad social. Y, nuevamente, es esencial que se informe adecuadamente al trabajador de las consecuencias que su situación tendrá en el ámbito de la seguridad social.

¹³⁵ Respecto a las diversas opciones contractuales, MATORRAS DÍAZ-CANEJA y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, 2012, "Aspectos jurídico-laborales", en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. (Dir.), 2012, *La expatriación...*, cit., pp. 225 y ss.

¹³⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. y CASERO BARRÓN, R., "La retribución...", 2012, cit., p. 567.

3. Conclusiones

En primer lugar, desde una perspectiva global, no podemos olvidar que la portabilidad de los derechos de seguridad social actúa –como otras medidas vinculadas a los derechos sociales– como una herramienta para realizar políticas socioeconómicas y contribuye eficazmente –tanto a nivel europeo como internacional– a facilitar el funcionamiento de los mercados de trabajo y las relaciones laborales. Ya hemos señalado que si deseamos facilitar la movilidad de los trabajadores es necesario garantizar también que sus derechos de seguridad social no se vean afectados o se vean afectados lo menos posible. En otras palabras, la seguridad social, tanto desde la vertiente de los costes para las empresas y trabajadores como de los derechos adquiridos o en vías de adquisición de los beneficiarios (los trabajadores y sus familiares) juega un papel trascendente a la hora de acelerar o ralentizar la circulación de personas, capitales o servicios. Por tanto, no hay duda de que es necesario seguir garantizando esa portabilidad e, incluso, extenderla, particularmente ante los retos que suponen la globalización (y fenómenos como el brexit) y los nuevos modelos productivos, tecnológicos y de trabajo.

Dentro de esta lógica sería muy útil avanzar en la dimensión internacional de la seguridad social, y a tales efectos, constituye un paso interesante el Convenio número 157 de la OIT de 1982, sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social (tanto adquiridos como en curso de adquisición), cuyo artículo 5.1 prevé que los trabajadores asalariados que ocupen habitualmente un empleo en el territorio de un Estado miembro quedarán sujetos a la legislación de este Estado miembro (siguiendo la misma pauta de los convenios bilaterales y multilaterales). Si bien este convenio –que solo ha sido ratificado por cuatro países–, no se refiere a los desplazamientos de trabajadores, su objetivo podría trasladarse a este tipo de situaciones, incorporando los desplazamientos a dicho convenio o bien aprobando un nuevo convenio referido precisamente al caso del desplazamiento temporal de trabajadores, donde se estableciese expresamente que, durante el desplazamiento, el trabajador quedaría vinculado a la legislación y al sistema de Seguridad Social del Estado de origen. En otras palabras, sería muy útil que, en el marco de la OIT, se elaborase un convenio cuya finalidad fuese regular los derechos de seguridad social en el marco del desplazamiento de trabajadores. Otra cosa sería el número de países que lo ratificarían (como ya hemos señalado, solo cuatro países han ratificado el Convenio número 157: España, Suecia, Filipinas y Kirguistán).

En segundo lugar, en el marco de los convenios internacionales de seguridad social cabe reiterar que la mejor opción posible son los de alcance multilateral (con el objetivo de ampliar la cobertura a varios países y prever los casos en que un trabajador se desplaza a más de un Estado a lo largo de su carrera profesional, e incluso llega a residir permanentemente en el Estado de

destino). En esta línea, resultaría muy útil la adopción de un convenio multilateral entre la Unión Europea e Iberoamérica (una fusión de la normativa comunitaria y el Convenio Multilateral Iberoamericano, claramente inspirado en aquella)¹³⁷, donde se contemplase y regulase también el desplazamiento de trabajadores. Es difícil pero, sin duda, sería un gran avance y, de hecho, ya ha habido varias reuniones entre instituciones y Estados en relación con esta materia.

En tercer lugar, en el ámbito de los convenios de carácter bilateral cabe destacar que:

1) Su alcance subjetivo y material y el grado de eficacia no son equiparables todavía al sistema recogido en los reglamentos comunitarios, si bien toman a estos como modelo.

2) Los convenios existentes actualmente resultan insuficientes y es probable que sea muy difícil ampliar su número de una forma aceptable, por intereses y circunstancias muy diversas (Estados que preferirán no negociar, situación política del propio Estado...). Como hemos visto, para un trabajador desplazado es mejor que exista un convenio, ya que le proporciona una mayor seguridad y se evita una muy posible doble cotización.

En todo caso, resultaría recomendable revisar y actualizar los convenios vigentes de forma periódica, adaptándolos a las nuevas realidades, entre ellas el importante fenómeno migratorio con destino a Europa.

3) Para los supuestos en que un desplazamiento puede convertirse en una presencia permanente en el Estado de destino, cabe señalar que, en esa revisión de los convenios, debería preverse la situación del trabajador que ha quedado incorporado en los sistemas de seguridad social de más de dos países y los diversos Estados implicados tienen convenios bilaterales entre sí, estableciéndose la conexión entre diversos convenios. E, incluso, esa técnica de conexión debería extenderse a los supuestos en que confluyen convenios bilaterales y multilaterales (por ejemplo, en el caso en que se ha trabajado en España y Portugal y en un Estado que ha ratificado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social).

Y, 4) no podemos olvidar que se trata de un sistema frágil ya que la aplicación efectiva del convenio bilateral depende siempre de que una de las partes no lo denuncie.

Finalmente, a nivel interno, también cabe hacer algunas consideraciones:

¹³⁷ BRANDOLINI, E., 2015, *La portabilidad del derecho de previsión social en la legislación comunitaria: comparación con otras áreas del mundo y su posible extensión*, Tesis doctoral, documento electrónico, <https://ddd.uab.cat/record/148963>, pp. 199 y 212.

a) Aunque ciertamente la lógica del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores es territorial estatal, resulta necesario renovar y adaptar dicho precepto teniendo presente los retos que implica actualmente la movilidad internacional de trabajadores y la expatriación. Deberían pautarse legalmente los límites y condiciones mínimas aplicables a los pactos de expatriación. Y no podemos olvidar tampoco que dicho artículo 40 sigue anclado en la lógica del traslado o desplazamiento forzosos cuando la lógica de la expatriación se basa en la voluntariedad (más o menos real).

b) Debería mejorarse el derecho de información de los trabajadores desplazados a otros países contemplado actualmente en el artículo 3 del Real Decreto 1659/1998, ampliando las materias sobre las que es necesario informarles, incluyendo, en particular, los efectos que dicho desplazamiento tiene o puede tener desde la perspectiva de sus derechos de seguridad social (tanto desde la perspectiva de la cotización como del acceso a las prestaciones).

c) Como ya hemos manifestado anteriormente, debería revisarse y actualizarse el contenido de la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982, con el objetivo de adaptarla a las nuevas realidades de la expatriación de trabajadores, ya que, en bastantes casos, como hemos visto, esta norma actuará como la única norma aplicable o bien como una norma complementaria.

d) Cabría revisar y renovar el sistema actual de convenios especiales, buscando una solución adecuada para el caso de los trabajadores que siendo desplazados por sus empresas, pueden quedar desprotegidos desde la perspectiva de la seguridad social. Realidad que, como hemos señalado, puede vincularse al caso del desplazamiento de trabajadores por una empresa pero con contratación efectiva en el Estado de destino, sea cual sea la fórmula empleada para ello. Es necesario y urgente adaptar la regulación del convenio especial a las nuevas realidades de la movilidad internacional de trabajadores, adoptando soluciones para estos supuestos.

Y, e) finalmente, desde una perspectiva global e integrando los aspectos ya comentados, debería aplicarse y desarrollarse lo previsto en el artículo 18 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, según el cual:

1) El Estado adoptará las medidas necesarias para que la acción protectora de la Seguridad Social se extienda a los españoles que se trasladan al exterior por causas de trabajo y a sus familiares en los términos establecidos en la legislación aplicable. A tal fin, el Estado proveerá cuanto fuese necesario para garantizar a los trabajadores españoles en el exterior, en materia de seguridad social, la igualdad o asimilación con los nacionales del país de destino, el mantenimiento de los derechos adquiridos y la conservación de los derechos en curso de adquisición, mediante la celebración de tratados y acuerdos con los Estados de

destino, la ratificación de convenios internacionales y la adhesión a convenios multilaterales.

2) El Estado velará por la conservación de los derechos en materia de seguridad social de los españoles residentes en el exterior a través de convenios, tratados o acuerdos y, asimismo, deberá establecer fórmulas que permitan a los trabajadores que residan en el exterior y a los que decidan retornar, el abono de las cotizaciones voluntarias al sistema de Seguridad Social.

Y, 3) la Administración General del Estado arbitrará las fórmulas más beneficiosas para el reconocimiento a los trabajadores españoles en el exterior de las prestaciones económicas, derivadas de las cotizaciones a la seguridad social, y en especial a las pensiones derivadas del extinto Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES*

AMPARO M. MOLINA MARTÍN

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA
ORCID: 0000-0003-2546-4402

1. La posibilidad de intervención –de la negociación colectiva en la regulación de los desplazamientos transnacionales– como premisa

1.1. Espacios para la autonomía colectiva según la normativa heterónoma

Tratar sobre el papel de la negociación colectiva en la regulación de los desplazamientos transnacionales implica, en un primer momento, hacer prospectiva de la normativa general aplicable a tales supuestos de movilidad internacional. No en vano, es preciso corroborar inicialmente que, en efecto, los convenios colectivos son susceptibles de constituirse en fuentes de este tipo de relaciones de trabajo –de los derechos y obligaciones concernientes a, en el sentido del art. 3.1.b) ET–. La verificación de nuestra premisa exige, entonces, descubrir si en materia de regulación de los desplazamientos transnacionales nos hallamos ante un sistema de normas que admite, expresa o tácitamente, la intervención de la negociación colectiva, o si, por el contrario, en dicha materia no rigen más que disposiciones de Derecho necesario absoluto.

Referente sobre el particular ha de ser, como es sabido, la Directiva 96/71, y dentro de su clausulado –en especial, pero sin perjuicio de lo que sigue– la disposición que se contiene en su nuevo art. 1.1 *bis* (incorporado por la Directiva 2018/957). Lo que ella supone –a pesar de que el art. 1.1, también nuevo por modificado por la misma, proclama que en dicha Directiva se establecen “disposiciones obligatorias sobre las condiciones de trabajo y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores que deben respetarse”– es la no afectación “al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos (...) conforme a la legislación o las prácticas nacionales”. La consecuencia de ello resulta ser, en fin, la habilitación de espacios en favor de la negociación colectiva para efectivamente convertirse en fuente reguladora de los desplazamientos transnacionales.

Consiguientemente, a todo lo largo del resto de la Directiva 96/71 se detectan llamadas a “los convenios colectivos” –es la expresión generalizada que

* Este trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía “SEJ103: *Europe Labour Research Group*”.

encontramos en su versión en español– para ocupar espacios de regulación. Sin ánimo de exhaustividad –pues la clave al respecto es el estudio de MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, y también sin perjuicio de otros apuntes en epígrafes ulteriores– citaremos la materia retributiva *ex art. 3.1* –según redacción, nuevamente, de la Directiva 2018/957–. En este caso, lo que se ordena es que “el concepto de remuneración vendrá determinado por la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro en cuyo territorio esté desplazado el trabajador y comprenderá todos los elementos constitutivos de la remuneración obligatorios” (“en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales o de los convenios colectivos o los laudos arbitrales que, en dicho Estado miembro, hayan sido declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8”).

Por la parte de la Ley 45/1999 –que también interesa analizar en su calidad de norma nacional de transposición de la Directiva 96/71–, los espacios de regulación para la negociación colectiva están igualmente previstos y garantizados, partiendo del dictado de su art. 3.4 sobre que “a los efectos de esta Ley, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate”. Ahora bien, ello no empece que también haya cabida para la autonomía colectiva no nacional conforme a lo dispuesto en su art. 3.5 (“Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación a los trabajadores desplazados de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo”). A la inversa, entonces, será cuando se trate de “desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuados por empresas establecidas en España”, conforme a lo indicado en su disp. adic. 1ª.

En cuanto a las materias concretas para las que se prevé expresamente la intervención convencional, valga la cita del art. 4 Ley 45/1999 sobre “cuantía mínima del salario de los trabajadores desplazados”, si bien el art. 3 contiene todo el catálogo de condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española –como proclama– que “los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo” (*v.g.*: tiempo de trabajo, igualdad de trato y no discriminación, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, o libre sindicación y derechos de huelga y de reunión).

Del lado del –llamémosle– Derecho común aplicable a las relaciones de trabajo en nuestra legislación nacional, sin embargo, no existen atribuciones competenciales específicas a la negociación colectiva para la regulación de los

desplazamientos transnacionales. Así, cuando –por ejemplo, más significativamente– en el art. 40 ET se dispone el régimen jurídico de la movilidad geográfica en materia de desplazamientos, ni de traslados, no se hace mención alguna a su dimensión transnacional. Con todo, hay que entender que dicha función reguladora no es meramente producto de un emplazamiento expreso hecho desde “la ley” habida cuenta lo dispuesto –como decíamos– en el art. 3.1.b) ET, sino que los convenios colectivos son *per se* fuente de la relación de trabajo en ausencia de normas imperativas puras. Su intervención en la materia que nos ocupa, por tanto, resulta tanto de encomiendas hechas *ex profeso* por la norma como de la ocupación de espacios –digamos– disponibles para ellos (los convenios).

En la práctica negocial –como vemos seguidamente– lo que más bien prolifera es la regulación de cláusulas específicas aplicables a las situaciones de desplazamiento transnacional (sobre gastos, retribución, tiempo de trabajo o protección social y salud). Como referencia peculiar, sin embargo, cabe destacar el CC Estatal ETT¹ que, al tiempo que determina que el mismo “será de aplicación en todo el territorio del Estado español” (art. 3), señala como Derecho supletorio, entre otros textos normativos, la Ley 45/1999 (disp. fin. 1^a). Y así lo hace sin más especificaciones en torno al régimen jurídico de los desplazamientos transnacionales cuando –nótese– el caso de la cesión legal de trabajadores a este nivel es una figura singular en sí misma [art. 1.3.c) Directiva 96/71: “desplazar un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo temporal o la agencia de colocación y el trabajador durante el período de desplazamiento”]. Para nosotros es, a la postre, una oportunidad desaprovechada.

1.2. Los modos de ocupación de tales espacios

1.2.1. O la aplicación del convenio colectivo como condición de su regulación

En relación con su ordenación a nivel heterónimo –marcando el punto de partida, en efecto, en la adopción de la Directiva 96/71–, la intervención de la autonomía colectiva en la regulación de los desplazamientos internacionales es relativamente tardía, sobre todo si atendemos a sus referentes (acuerdos marco y similares). Así, la primera reseña que detectamos se encuentra en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva² –para 2015, 2016 y 2017, aunque

¹ Registrado y publicado en virtud de Resolución de 18 de diciembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo (BOE n.º 313, de día 28) (disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/28/pdfs/BOE-A-2018-17954.pdf>) (consulta de 27/1/2020).

² O AENC, registrado y publicado en virtud de la Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo (BOE n.º 147, de 20 de junio) (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-6865>) (consulta de 21/1/2020).

prorrogado en sus propios términos en nuestra materia para 2018, 2019 y 2020³-, dentro del punto “1. Estabilidad del empleo y modalidades de contratación” de su “Capítulo II. Impulsar el empleo de calidad y con derechos”⁴.

Concretamente, lo que en el III AENC se recoge es una llamada a los interlocutores sociales para que incorporen a los convenios colectivos una suerte de solución a la determinación del Derecho aplicable en situaciones de desplazamiento transnacional. Textualmente, la cláusula dicta que “los convenios colectivos deben asumir y desarrollar sus competencias de acuerdo con los siguientes criterios: (...) k) Asegurar, en este contexto de internacionalización, que se aplica a los trabajadores contratados en el exterior y/o trasladados y/o desplazados a nuestro país, las disposiciones contempladas en el convenio colectivo correspondiente al lugar y centro de empleo en España, ya se trate de acuerdo o convenio colectivo de sector o de empresa, y sea cual sea el ámbito geográfico de aplicación del convenio correspondiente”.

A priori, expresándose de este modo, el III AENC no estaría haciendo si no invitar a sortear las reglas sobre determinación del Derecho aplicable que rigen en situaciones privadas internacionales, o de conflicto móvil, como son los desplazamientos transnacionales (para lo cual disponemos del Reglamento “Roma I”⁵). Así, el convenio colectivo se convertiría –o, quizás mejor, se (auto)erigiría– como fuente reguladora incontrovertida de dichas situaciones de movilidad internacional, obviando la solución resultante de la aplicación de las “normas uniformes” del –en la jerga– “Sistema de Roma”.

Y, sin embargo, entendemos que no merece reproche lo dispuesto por el III AENC en atención a dos argumentos principales. En primer lugar, en situaciones de desplazamiento transnacional con destino en España –que efectivamente están entre las interesadas en dicho apdo. k)– existen puntos de conexión fuertes con nuestro país, lo cual es indicativo de que el español sea determinado como Derecho aplicable a dichas relaciones de trabajo y, por ende,

³ Acuerdo 1º del IV AENC, registrado y publicado en virtud de Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo (BOE nº 172, de 18 de julio) (disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-10096) (consulta de 21/I/2020).

⁴ O “un catálogo de buenas intenciones”, como lo llama VILA TIerno, F. (2018) “Modalidades de contratación y empleo. Contenidos de la negociación colectiva en el nuevo contexto laboral”, en AA.VV. *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía* (C. Sáez, Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, p. 246 (disponible en <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/carlportal-portlets/documentos?nombre=fed5b758-cdab-45f6-ac70-541f37508dbe.pdf>) (consulta de 18/I/2020).

⁵ Nos referimos al Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (teniendo presente especialmente el dictado de su art. 24 sobre su relación con el denominado “Convenio de Roma” –Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales-).

obediente a la regla de las normas de Derecho Internacional Privado. En segundo lugar, la propia Directiva 96/71 avala patentemente tal previsión desde el momento en que proclama que “el Derecho comunitario no impide que los Estados miembros amplíen el ámbito de aplicación de su legislación o de los convenios colectivos celebrados por los interlocutores sociales a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, incluso de carácter temporal, en su territorio, aunque su empresario se halle establecido en otro Estado miembro”⁶.

Consecuentemente a ello, ahora bien, el III AENC orilla una opción interesante –opinamos– cual es la de que los convenios incorporen cláusulas específicas aplicables a desplazamientos transnacionales. No se deduzca de ello que nuestra negociación colectiva carece de experiencias de regulación en la materia (sí que las hay, y de ellas damos cuenta más adelante). Lo que sucede es que en este nivel superior de acuerdo interconfederal *ex art. 83.2 ET* se prefiere elegir amplificar la aplicación de los convenios colectivos a ciertas relaciones de prestación de servicios en régimen transnacional –las destacadas en España, recordamos– en lugar de incorporar contenidos sobre el ser, o deber ser, de sus condiciones de trabajo bajo tales circunstancias de movilidad (o incluso también si el desplazamiento se produce desde nuestro país hacia afuera). A este último respecto, casualmente, sí que cabría la posibilidad al hilo de lo que agrega el final de dicho apdo. k): que será indiferente a sus efectos cuál figure como ámbito geográfico de aplicación del convenio correspondiente (que, entonces, puede ser “solamente” el territorio nacional u otro inferior –conforme a una cláusula “equis”– salvo cuando en una cláusula “zeta” se determine su aplicación a nivel supranacional ante tales supuestos de movilidad exterior)⁷.

Con todo, el mandato del III AENC ciertamente no ha cundido entre la negociación colectiva “estándar” más que en dos convenios de eficacia general que hemos localizado. Se trata del CC Estatal comercio minorista droguerías, herboristerías y perfumerías⁸, cuyo art. 14.h) incluye, entre sus “criterios rectores en materia de empleo”, el de “asegurar, en este contexto de internacionalización, que se aplica a los trabajadores contratados en el exterior y/o trasladados y/o desplazados a nuestro país, las disposiciones contempladas en el convenio colectivo correspondiente al lugar y centro de empleo en España, ya se trate de

⁶ *Ex* Considerando nº 12, donde se añade que “el Derecho comunitario no prohíbe a los Estados miembros garantizar el respeto de estas normas por los medios apropiados”.

⁷ Nótese, en fin, que esta fórmula que acuña el III AENC se reproduce literalmente en las sucesivas “Guías de la negociación colectiva” –las habidas desde 2016, inclusive, en concreto– disponibles en http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Guia/guia_negociacion_colectiva.htm (consulta de 18-I-2020).

⁸ Resolución de 26 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE nº 192, de 12 de agosto) (disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-9686) (consulta de 23/I/2020).

acuerdo o convenio colectivo de sector o de empresa, y sea cual sea el ámbito geográfico de aplicación del convenio correspondiente con carácter mínimo”; y del, casi idéntico, CC Sector restauración colectiva⁹ [como principio general de contratación en el sector en su art. 16.j)]¹⁰.

Pero precisamente este último convenio es, al mismo tiempo, representativo de lo que sí es un contenido genérico, por reiterado, en materia de desplazamientos transnacionales entre nuestra negociación colectiva. Y es que, sin perjuicio de los contenidos concretos sobre condiciones de trabajo vigentes durante los desplazamientos –*vid infra*–, son, sí, más que algunos los convenios que contienen disposiciones concretas para su aplicación, en esta ocasión, a situaciones de movilidad geográfica externa (con origen en España, por lo tanto). El CC Sector restauración colectiva lo expresa del siguiente modo: “El presente acuerdo será de aplicación a todas las empresas y trabajadoras/es que operen en el Estado español. Además se aplicará al personal contratado en España por empresas españolas para prestar servicios en el extranjero, que en este caso tendrán consideración de mínimos” (art. 3).

Sin ánimo de exhaustividad, consideramos de interés relatar una serie de experiencias que abundan en dicho contenido. Así, por ejemplo, en el CC Sector corcho¹¹, que en su art. 37.2 regula acerca de desplazamientos –dice– “fuera del territorio nacional”, se lee, sin embargo, que se trata de un “Convenio General” de aplicación en “el territorio del Estado español” (art. 5). O en el CC Sector empresas ingeniería y oficinas de estudios técnicos¹², que tras disponer igualmente que “este Convenio colectivo será de aplicación en todo el territorio del Estado español” (art. 2), dicta en su art. 37.5 que “el trabajo que presten las personas trabajadoras españolas contratadas en España al servicio de empresas españolas en el extranjero se regulará por el contrato celebrado al efecto con sumisión estricta a la legislación española y al presente Convenio”; y, en sentido

⁹ Resolución de 5 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (BOE nº 145, de 18 de junio de 2019).

¹⁰ “Asegurar como mínimo, en este contexto de internacionalización, que se aplica a los trabajadores contratados en el exterior y/o trasladados y/o desplazados a nuestro país, las disposiciones contempladas en el Convenio colectivo correspondiente al lugar y centro de empleo en España, ya se trate de acuerdo o Convenio colectivo de sector o de empresa, y sea cual sea el ámbito geográfico de aplicación del Convenio correspondiente”.

¹¹ VII Convenio colectivo estatal del sector del corcho para los años 2017-2019, registrado y publicado en virtud de Resolución de la Dirección General de Empleo de 28 de septiembre de 2017 (BOE nº 251, de 18 de octubre) (disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/18/pdfs/BOE-A-2017-11946.pdf>) (consulta de 19-I-2020).

¹² Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XIX Convenio colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (BOE nº 251, de 18 de octubre) (disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2019/10/18/pdfs/BOE-A-2019-14977.pdf>) (consulta de 23/I-2020).

similar, el art. 7 CC Sector derivados cemento¹³ (“El presente Convenio general será de aplicación a todo el territorio del Estado español, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores”)¹⁴; el art. 2.3 CC Cajas y entidades de financieras de ahorro¹⁵ (“El presente Convenio colectivo será igualmente de aplicación al personal español contratado por las Entidades en España al servicio de las mismas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo”); también el art. 3 CC Sector metal¹⁶ (“Este Convenio será de aplicación en todo el territorio español, y afectará también a las personas trabajadoras contratadas en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”); o el art. 2 *in fine* CC Sector banca¹⁷ (“Su ámbito territorial se circunscribirá a todo el Estado. El trabajo que preste el personal contratado en España al servicio de Empresas bancarias españolas en el extranjero se regulará por el contrato celebrado al efecto con sumisión estricta a la legislación española”).

En fin, y aparte, entendemos de especial interés dejar constancia de una fórmula que podría suponer la extensión al máximo del ámbito de aplicación del convenio, incluido el nivel transnacional, a pesar de que representa un caso puntual entre nuestra negociación colectiva. La misma consiste en designar su aplicación a todos los trabajadores de la empresa –ámbito personal y funcional amplio o total– con independencia del lugar de prestación de sus servicios, y la encontramos en el art. 1 *ab initio* CC Nokia Spain¹⁸ con el siguiente tenor: “El presente Convenio colectivo interprovincial (...) es de aplicación, con exclusión de cualquier otro, a todo el personal que forme parte de la plantilla activa de Nokia Spain, SA (...), cualquiera que sea el lugar en que preste sus servicios”]. Ahora bien, es cuestionable que dicha –por así decirlo– “aplicación convencional universal” sea real y efectiva desde el momento en que en esta empresa hay

¹³ VII Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, registrado y publicado en virtud de Resolución de la Dirección General de Empleo de 19 de diciembre de 2017 (BOE nº 5, de 5 de enero de 2018) (disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/05/pdfs/BOE-A-2018-201.pdf>) (consulta de 19-I-2020).

¹⁴ Y así, de igual modo, en los convenios autonómicos de Valencia y de Madrid, y los provinciales de León, Málaga, Córdoba y Huelva, entre otros.

¹⁵ Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro, registrado y publicado en virtud de Resolución de la Dirección General de Empleo de 23 de marzo de 2018 (BOE nº 87, de 10 de abril) (disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2018/04/10/pdfs/BOE-A-2018-4889.pdf>) (consulta de 19-I-2020).

¹⁶ Registrado y publicado por Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo (BOE nº 304, de día 19) (disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2019/12/19/pdfs/BOE-A-2019-18227.pdf>) (consulta de 31/I/2020).

¹⁷ “El presente acuerdo será de aplicación a todas las empresas y trabajadoras/es que operen en el Estado español. Además se aplicará al personal contratado en España por empresas españolas para prestar servicios en el extranjero, que en este caso tendrán consideración de mínimos”.

¹⁸ Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Nokia Spain, SA (BOE nº 251, de 18 de octubre) (disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2019/10/18/pdfs/BOE-A-2019-14975.pdf>) (consulta de 23/I/2020).

establecida una “política corporativa de expatriación (...) ya sea en procesos de expatriación de larga duración (*Long Term Assignment, LTA*) como de corta duración (*Short Term Assignment, STA*)” (art. 40.4).

1.2.2. O el convenio colectivo como mero instrumento de remisión

Previamente al análisis de las condiciones de trabajo que desde los convenios colectivos dotan de contenido a los fenómenos de desplazamiento transnacional, es preciso hacer mención de otras fuentes de regulación que disponen el modo de prestación de tales servicios, al margen de la normativa tanto heterónoma como autónoma (o al menos respecto de esta última en su sentido más propio). Aquí –como decimos– los convenios colectivos nos sirven siquiera para tener conocimiento de la existencia de tales otras fuentes.

Efectivamente, hay casos en los que la negociación colectiva no se utiliza como instrumento regulador, sino que se emplean otras herramientas –distintas de ella en ese sentido propio que decíamos, y distantes de las fuentes heterónomas– pero sobre cuya pista nos ponen las mismas fuentes convencionales. Suelen ser del tipo protocolos internos/empresariales o políticas corporativas que –conviene hacerlo patente– no tienen un origen fácilmente cognoscible (quizás pactadas, quizás impuestas por la dirección). Sirvan para ilustrarlo ejemplos tomados de esas remisiones hechas desde la norma convencional.

Así, en el art. 40.4 CC Nokia Spain, sobre “viajes al extranjero”, se lee que “se aplicará la política corporativa de expatriación establecida a tales efectos en los gastos de desplazamiento, manutención y alojamiento”. O su predecesor –el CC Alcatel Lucent España¹⁹, en su art. 40.4 igualmente–, que también remitía a la “política corporativa” de turno la ordenación del abono de tales gastos así para los “viajes al extranjero” de sus empleados como para los “desplazamientos internacionales” (periodo máximo de 30 días o superior a 30 días, respectivamente).

Más en detalle, la forma de operar en Nokia, de acuerdo con lo que se recoge en el mismo articulado de su convenio colectivo, consiste en redirigir la regulación de los procesos de expatriación a dicha política corporativa específica, que cuenta con cuatro variantes en función de que los mismos sean “de larga duración”, “de corta duración”, de “duración prevista inferior a 30 días” o “de corta duración” (pero “por un periodo superior a siete días consecutivos”). Sea como fuere, en el convenio colectivo se especifica –a modo de resumen de dicha política– que “Nokia ha definido límites de asignaciones diarias internacionales de manutención, que se actualizan anualmente y se

¹⁹ Registrado y publicado en virtud de Resolución de 26 de octubre de 2016, de la Dirección General de Empleo (BOE nº 277, de 16 de noviembre) (disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2016/11/16/pdfs/BOE-A-2016-10702.pdf>) (consulta de 27/1/2020).

mantienen en las políticas específicas de cada país/entidad legal debido a normas legales y tributarias, y que se liquidarán a través de la herramienta de gestión de gastos que la corporación establezca en cada momento”, añadiendo que “las dietas o gastos compensados con carácter de suplidos por cuenta de la Empresa por aplicación de este artículo no tendrán la consideración de salario y tendrán la repercusión fiscal que determine la legislación vigente en cada momento”.

Pocos casos más hay, no obstante, de convenios colectivos que nos pongan sobre aviso de este tipo de prácticas, lo cual complejiza aún más la tarea de conocer acerca de la regulación de los desplazamientos transnacionales. De hecho, no hemos podido disponer de esa política corporativa de Nokia Spain para esta investigación. Al menos, eso sí, contamos con una suerte de “información pública” de otras empresas que proceden de modo similar, como Indra²⁰, Iberdrola²¹ o Acciona^{22, 23}

A otro lado quedan, en fin, los contratos, anexos a los mismos, acuerdos o, en general, pactos individuales empleador-trabajador y que también ocupan un lugar destacado entre las fuentes reguladoras de los desplazamientos transnacionales, pero que prácticamente son inaccesibles al estudio.

2. Condiciones de trabajo de los desplazamientos transnacionales a nivel convencional

2.1. Panorama general

Como venimos de comentar, nuestra experiencia autónoma es parca en referencias a la aplicación de los convenios colectivos en supuestos de desplazamiento transnacional. Ciertamente, una lectura en clave de ámbito de aplicación arroja resultados escasos, lo que lleva a presuponer una notable ausencia de regulación a lo largo de su contenido normativo. La negociación colectiva, de una parte, no toma partido en el establecimiento de reglas para la

²⁰ Disponible en http://diarium.usal.es/wsr_proyecto/files/2013/08/Politica-de-asignaciones-internacionales-de-Indra.pdf (consulta de 27/1/2020).

²¹ Disponible en http://diarium.usal.es/wsr_proyecto/files/2013/08/Dimensi%C3%B3n-Social-del-Informe-de-Sostenibilidad-2011-de-Iberdrola.pdf (consulta de 27/1/2020).

²² http://diarium.usal.es/wsr_proyecto/files/2013/08/Compromiso-con-las-personas-del-Informe-de-Sostenibilidad-2010-de-Acciona.pdf (consulta de 27/1/2020).

²³ Permítasenos citar su estudio en MOLINA MARTÍN, A.M. (2014) “La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos, con especial atención a la negociación colectiva”, en AA.VV. *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas* (W. Sanguinetti, Dir.), Cinca, Madrid, pp. 97-122; además del “monográfico” sobre el Grupo Telefónica en MOLINA MARTÍN, A.M. (2015) “La política de «movilidad global» en el Grupo Telefónica: una experiencia consolidada”, en AA.VV. *La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas* (W. Sanguinetti, Dir.), Cinca, Madrid, pp. 51-65.

resolución del conflicto de ley aplicable –como sí podría hacer determinando la mayor o menor proximidad de distintas situaciones de desplazamiento transnacional a su ámbito de aplicación, en sintonía con las técnicas del Derecho Internacional Privado–, y, de otra parte, tampoco reserva una parte de su articulado a disponer una regulación completa y exhaustiva sobre procedimientos para su puesta en práctica y condiciones de trabajo vigentes.

En su lugar, eso sí, explorando los articulados convencionales en toda su extensión siquiera nos encontramos con cláusulas específicas aplicables a distintas situaciones de movilidad internacional, incluidos en ocasiones de manera diferenciada los desplazamientos transnacionales que ocupan nuestro estudio. La tarea de localización de tales referencias es, en general, laboriosa, pues nada conduce de entrada a prever su existencia (como lo sería –entendemos– el hecho de que se incluyeran al hilo del relato de su ámbito de aplicación). Con todo, hacemos análisis de las mismas seguidamente.

Antes, sin embargo, en ese orden de cosas hay también que señalar que no es factible –a tenor de nuestra experiencia– preestablecer una muestra de convenios colectivos de interés tomando como criterio de búsqueda el hecho de que en tales empresas o en tales sectores se practiquen desplazamientos transnacionales. Desafortunadamente la situación es bien distinta. Y es que igual encontramos convenios así de sector como de empresa en los que no hay mención alguna a los mismos, a pesar de representar una práctica real de sus relaciones laborales, como a la inversa nos topamos con convenios que sí que contienen regulaciones en la materia sin ser *a priori* representativos de desarrollar en su seno desplazamientos transnacionales. En el primer supuesto, de hecho, puede llegar a plantearse el dilema de si, por ejemplo, lo que el convenio colectivo dispone en materia de movilidad geográfica a la manera del ET es también predicable de o extensible a prácticas transnacionales. Lo vemos todo –como decíamos– a continuación, en todo caso.

En fin, valga el cierre de este apartado para destacar separadamente una experiencia singular y –a nuestro modo de ver– de alto valor en la regulación de los desplazamientos transnacionales por parte de la negociación colectiva cual es la de los convenios del sector de la siderometalurgia. Nos referimos, en concreto, a los de Sevilla, Navarra y Guadalajara, que de modo bastante similar, si no por momentos idénticos, disponen un completo y específico clausulado sobre el particular. Así se proclama, textualmente, en el art. CC Industrias siderometalúrgicas provincia Guadalajara²⁴, por ejemplo: “Los desplazamientos de los trabajadores contratados en España al servicio de empresa española en el extranjero, se regirán con carácter general, por este artículo” (*ex art.* 59.1); y ello

²⁴ BOP de Guadalajara nº 75, de 16 de abril de 2019 (disponible en <https://boletin.dguadalajara.es/boletin/index.php/2-anuncios/34240-CONVENIO-COLECTIVO-DE-INDUSTRIAS-SIDEROMETALURGICAS>) (consulta de 31/1/2020).

sin perjuicio –amplía– de que los convenios colectivos de ámbito inferior, o los acuerdos de empresa, establezcan “las condiciones, regulación y compensación de gastos que se originen” (art. 58.2) [exacto en el art. 21.2.2) CC Sector industrias siderometalúrgicas Navarra²⁵ y en el art. 21.3.2 CC Industrias siderometalúrgicas provincia Sevilla²⁶].

2.2. Sobre los gastos propios del desplazamiento

Así como el art. 40.6 ET contempla una compensación por gastos en los supuestos de desplazamiento por él regulados –“además de los salarios, los gastos de viaje y las dietas”, señala–, no es infrecuente encontrar convenios colectivos con cláusulas similares de aplicación a los desplazamientos transnacionales. A este respecto conviene recordar que la Directiva 2018/957 incorpora un nuevo Considerando –el nº 20– al marco normativo del desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios que declara que “dada la importancia de los complementos específicos por desplazamiento, es necesario evitar la incertidumbre con respecto a qué elementos de dichos complementos están adscritos al reembolso de gastos realizados a causa del desplazamiento (, y que) debe considerarse que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos, salvo que las condiciones de trabajo derivadas de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, los convenios colectivos, los laudos arbitrales o los acuerdos contractuales aplicables a la relación laboral determinen qué elementos del complemento están adscritos al reembolso de gastos realizados a causa del desplazamiento y cuales forman parte de la remuneración”.

Lo que la Directiva 96/71 determina a partir de aquí, y a cuyo efecto emplaza a los convenios colectivos –y demás disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o laudos arbitrales–, es que dichos reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención han de estar garantizados por las empresas receptoras o de destino sobre la base de la igualdad de trato con sus empleados –digamos– locales. Los gastos, además, que dispone que se entiendan como tales “sólo” son aquéllos “en que hayan incurrido los trabajadores desplazados cuando estos deban viajar a y desde su lugar habitual de trabajo situado en el Estado miembro en cuyo territorio estén desplazados, o cuando su empleador los envíe temporalmente desde dicho lugar habitual de trabajo a otro lugar de trabajo” [art. 3.1.i)].

²⁵ Registrado, depositado y publicado por Resolución 9C/2019, de 10 de enero, de la Directora General de Política Económica y Empresarial y Trabajo (BO de Navarra nº 39, de 26 de febrero) (disponible en <https://bon.navarra.es/es/anuncio/-/texto/2019/39/8>) (consulta de 31/1/2020).

²⁶ BOP de Sevilla nº 235, de 9 de octubre de 2018 (disponible en <https://www.dipusevilla.es/system/modules/com.saga.sagasuite.theme.diputacion.sevilla.corporativo/handlers/download-bop.pdf?id=a08fe0f4-cae7-11e8-9d7e-0050569fe27b>, pp. 3 y ss.) (consulta de 21/1/2020).

De tal modo, entre las referencias convencionales localizadas, la fórmula habitualmente más empleada es la de adjudicar a la empresa desplazante la responsabilidad de su abono íntegro, incluyendo de forma expresa los conceptos de los trayectos de ida y vuelta, la habitación y la alimentación. Puede tomarse como representativo a este respecto lo dispuesto por igual en los arts. 37.2 *in fine* CC Sector corcho y 28 *in fine* CC Sector derivados cemento, que efectivamente reconocen que “a los trabajadores que sean desplazados fuera del territorio nacional, se les abonarán todos los gastos, tales como viajes, alojamiento y manutención (y que) asimismo, se les abonará el 25 % del valor de la dieta fijada en este convenio colectivo”. De hecho, también se contempla en dichos textos que “el pago se hará en la moneda de curso legal del país en el que se encuentre desplazado”, además de la ventaja adicional de “un viaje a su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, cuyos gastos correrán a cargo del empresario”²⁷. Mientras, el CC Industrias siderometalúrgicas provincia Sevilla precisa también en “una cantidad cuyo importe se concreta en el precio fijado en cada momento para la actual «dieta completa» incrementado en un 15%, quedando fijada para 2018 en 52,29 euros en concepto de dieta completa en el extranjero”²⁸ (art. 15.2). E incluso, en otras referencias, se hace previsión expresa del trayecto del regreso que ponga fin al desplazamiento, como en el art. 44.2 CC Sector metal (“La persona trabajadora podrá retornar a su residencia habitual siendo sufragados los gastos de viaje íntegramente por la empresa”)²⁹ o en el art. 21.2.2) CC Sector industrias siderometalúrgicas Navarra.

A propósito de ello, y reconectando lo establecido a nivel negocial con las disposiciones de carácter heterónimo, interesa resaltar el hecho de que la responsabilidad del pago –ya sea cobertura en especie, ya reembolso en dinero– se hace recaer sobre el empleador desplazante. Con ello –como comentábamos–, la relación de trabajo permanece vinculada con fuerza a sus elementos en origen (su empleador, su empresa, su ordenamiento jurídico) y, por consiguiente, se facilita la garantía de cumplimiento de la normativa sobre desplazamiento de trabajadores. A tal respecto, la Ley 45/1999 dispone expresamente que es indicio de que un trabajador desplazado temporalmente a España desempeña

²⁷ Sin agotar con esto las citas, añadimos también la del segundo párrafo del art. 44.2 CC Sector metal: “Todos los gastos relativos a transporte (ida y vuelta), alojamiento y manutención correrán por cuenta de la empresa. Las personas trabajadoras podrán recibir una cantidad que permita sufragar los gastos que se originen con motivo del desplazamiento” (“desplazamiento internacional de personas trabajadoras”, como se lo llama).

²⁸ Y se añade: “En los supuestos en los que por las circunstancias del caso concreto la cantidad prefijada no resultara suficiente para cubrir los gastos originados por la pernocta y las dos comidas principales por el desplazamiento al extranjero, la empresa deberá abonar el exceso previo conocimiento y autorización de los mismos, así como posterior justificación económica por parte del trabajador/a”.

²⁹ La compensación por gastos de alojamiento, manutención o dietas también se incluye –por ejemplo, y a mayor abundamiento– en el clausulado del CC Industrias siderometalúrgicas provincia Guadalajara [art. 59.3.e)].

normalmente su trabajo en otro Estado miembro “f) si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos, y, de ser así, de qué forma los proporciona o cómo los reembolsa” [art. 8.3.f)].

2.3. Condiciones retributivas

De forma separada y distinta del tema de los gastos generados por el desplazamiento, los derechos retributivos de los trabajadores destacados en otro país también son contemplados por sus normas de aplicación. No ya en los convenios colectivos –que también, como veremos a continuación–, sino en la propia Directiva 96/71, en su versión *ex* Directiva 2018/957, se alude al concepto de “complementos específicos por desplazamiento”, que “el empresario reembolsará a los trabajadores desplazados (...) de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral”³⁰, considerándolos como “parte de la remuneración, en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención” (art. 3.7.). Y similarmente se hace en el art. 4.3 Ley 45/1999 cuando se establecen como “complementos correspondientes al desplazamiento” los que “no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente originados por el mismo, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención”. Nótese, a propósito, que las figuras del reembolso o de la cobertura de gastos ganan terreno sobre la de los complementos salariales en el sentido de que dicho carácter –el de reembolso o el de cobertura– se presume *iuris tantum* cuando no se indique si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de uno o de otros (*idem* art. 3.7).

Dicho eso, y en consonancia con la significación que tiene la negociación colectiva a la hora de regular sobre cuestiones retributivas (*v.g.*, art. 26 ET), también son habituales las cláusulas convencionales que establecen derechos económicos a favor de los trabajadores en régimen de desplazamiento transnacional. No en vano, existe una serie de desembolsos o inversiones adicionales a los que el empleado tiene que hacer frente como consecuencia de ello, además de la componente menos cuantificable de compensación por los efectos en términos de conciliación de la vida familiar y/o personal. A más, en este capítulo, el papel de la negociación colectiva es, en ocasiones, original, o primigenio, dada la ausencia de ordenación heterónoma de dichas situaciones (al margen de lo visto *supra*, que realmente no llega a dar resultados cuantificables).

³⁰ Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apdo. 1. i), sobre “los complementos (o los reembolsos) en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención previstos para los trabajadores que están fuera de su domicilio por motivos profesionales”.

Pues, en un primer grupo de supuestos nos encontramos con aquellos convenios que se centran en cuestiones retributivas relativas a desplazamientos transnacionales con origen en España. No en vano, también la norma convencional es Derecho “en el origen” de la relación de trabajo, presumiblemente reguladora de la misma previamente a la práctica del desplazamiento. La situación que se genera en estos casos, por tanto, conecta con la situación de hecho del art. 1.4 ET –“trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”–, o siquiera se le asemeja, con lo que lo dispuesto en tal precepto se convierte efectivamente en referente para la negociación colectiva.

Tal es así, de cierto, que encontramos convenios colectivos que, más que inspirarse, reproducen dicho art. 1.4 ET. Véanse al respecto, a título ejemplificativo, disposiciones como el art. 3 CC Sector metal –que señala que “las personas trabajadoras contratadas en España al servicio de empresas españolas en el extranjero (...) tendrán al menos los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español”–; o los arts. 2 *in fine* CC Sector banca y 37.5 CC Sector empresas ingeniería y oficinas estudios técnicos (prácticamente idénticos) y 59.3.b) CC Industrias siderometalúrgicas provincia Guadalajara. Son, sin embargo –a nuestro modo de ver–, fórmulas que no concuerdan con lo mandado por la norma toda vez en la Directiva 2018/957, ahora en su Considerando nº 21, se lee que los elementos constitutivos de la remuneración “deben ser claros y transparentes para todas las empresas y trabajadores desplazados”. Es de esperar, entonces, que dicha información esté disponible en otros canales distintos del convencional –del de los convenios– como los que referíamos de los protocolos internos/empresariales o las políticas corporativas o de los pactos individuales [sí previsto, al menos, respecto del acuerdo empleador-trabajador, en los arts. 59.3.f) CC Industrias siderometalúrgicas provincia Guadalajara y 21.2.1) CC Sector industrias siderometalúrgicas Navarra].

Hay otros casos, no obstante, que aunque son igualmente del tipo regulador de desplazamientos transnacionales desde España –y no con nuestro país como destino–, sí que se ven acompañados de disposiciones de reconocimiento de derechos específicos en materia retributiva. De tal modo, convenios colectivos como el CC Sector industrias siderometalúrgicas Navarra sientan como base –aunque realmente lo es a título de recomendación, no de mandato– el “establecimiento de un sistema de compensación económica para los supuestos de desplazamientos transnacionales, de carácter no consolidables y vinculadas a la prestación efectiva de servicios en régimen de desplazamiento transnacional (...) calculados porcentualmente sobre el salario fijo anual” (art. 24.1.1). En particular, se consignan complementos en función del país o región de destino –como el llamado “peligrosidad e infraestructura” o el “destino y

comunicaciones”–, según actividad, o por duración de los viajes³¹. El CC Industrias siderometalúrgicas provincia Guadalajara, por su parte, lo que recoge es un “plus de permanencia en el extranjero” a abonar íntegramente a la finalización de la asignación, o proporcionalmente si se adelanta el momento por causa no imputable al trabajador [art. 59.3.f)].

Es de destacar, por otro lado, dada su especificidad, el denominado “complemento salarial del cooperante”³² dispuesto en el apdo. 2.4 art. 51 CC (modificado) Sector acción e intervención social³³, concebido como “aquel complemento salarial de devengo obligatorio para aquellos trabajadores y trabajadoras destinados a países extranjeros para la realización de acciones humanitarias de cualquier naturaleza que tengan por objeto la asistencia a personas o colectivos víctimas de la pobreza, conflictos armados, violencias, desastres naturales, hambrunas, epidemias o enfermedades y situaciones de emergencia en general durante su permanencia en dichos territorios”³⁴. En detalle, su cuantía se cifra en “una cantidad bruta anual equivalente como mínimo a un 15 % del Salario Bruto Anual (sin contar lo resultante del propio complemento salarial del cooperante) que les corresponda por el grupo profesional al que se encuentren adscritos”. A más, por un lado, su percepción “no supondrá modificación alguna en los derechos y obligaciones en lo referido

³¹ “A título puramente ejemplificativo se consignan los siguientes complementos:

1.º Variables atribuibles al país o región de destino.

A) Peligrosidad e infraestructura: Hace referencia a la situación política, grado de peligrosidad y al desarrollo de infraestructuras del lugar.

B) Distancia y comunicaciones: Hace referencia a la distancia y dificultad a la región que viajan.

2.º Variable según actividad: Establecer una compensación diferente según la actividad se realice en unas oficinas, planta, actividades exteriores etc.

3.º Condiciones salariales del trabajador: Aquellos trabajadores con salarios más bajos podrían recibir una asignación internacional para nivelar resultantes menores de la aplicación porcentual del salario.

4.º Duración de los viajes: En función de la duración del viaje se podría compensar en mayor medida los de mayor duración, computando tanto el viaje de ida como el de vuelta”.

³² Es el producto, de hecho, del primero de los acuerdos que propicia la suscripción de esta modificación del CC Sector acción e intervención social, como expresamente se recoge en su preámbulo: “Que tras el intercambio de propuestas y debate que las partes han mantenido en relación a la aplicación de los Complementos salariales, la compensación de las horas extraordinarias y la clasificación profesional para el personal expatriado perteneciente a Cooperación Internacional: se llega a un acuerdo por el que se establece un complemento específico para el personal cooperante que recoge las especiales singularidades de este colectivo, acordando modificar el convenio colectivo para dar cumplimiento a lo establecido”.

³³ Registrado y publicado por Resolución de 6 de febrero de 2019, de la Dirección general de Trabajo (BOE nº 44, de día 20) (disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2019/02/20/pdfs/BOE-A-2019-2330.pdf>) (consulta de 31/I/2020).

³⁴ Ello sin perjuicio, como también se expresa, de “lo dispuesto en el Estatuto del Cooperante en su artículo 2” (Real Decreto 519/2006, de 28 de abril, por el que se establece el Estatuto de los cooperantes) (BOE nº 114, de 13 de mayo) (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-8466>) (consulta de 31/I/2020).

al régimen de trabajo” y, por otro lado, suplirá una serie de complementos salariales con cuyo disfrute es incompatible (complemento de plena dedicación; complemento de guardia y/o expectativa; complemento por trabajo en sábados, domingos y festivos; y complemento por festivos de especial significación).

2.4. Estipulaciones sobre tiempo de trabajo

Esperábamos que la negociación colectiva recogiera disposiciones en torno a la materia del tiempo de trabajo y, en efecto, hay muestras de ello en el catálogo de instrumentos examinado. No en vano, la Directiva 96/71 – modificada también aquí por la Directiva 2018/957– demanda que se garanticen a los trabajadores desplazados “a) los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; y b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas” –entre otras condiciones de trabajo, sobre materias diferentes– (art. 3.1).

Así, en cuanto al tiempo de trabajo, referencias como la del art. 93.1 CC Cajas y entidades financieras de ahorro contemplan que el periodo de vacaciones anuales retribuidas establecido de forma general se incremente “en diez días para los empleados en comisión de servicios en el extranjero” (también denominado “personal desplazado en el extranjero”). En el caso del art. 44.2 CC Sector metal, y similares, la mecánica en esta materia consiste en poder acumular los días de descanso “debiendo añadirse su disfrute a las vacaciones, semana santa o navidad, siempre que medie un preaviso por escrito, al menos con una antelación de quince días, y la medida no afecte a las necesidades productivas u organizativas de la empresa”. Y en el del CC Industrias siderometalúrgicas provincia Guadalajara lo que se hace es cargar al empleador con los gastos generados por el viaje anual a España por vacaciones, al menos [art. 59.3.g)].

Por lo que respecta a la jornada de trabajo, seguimos señalando lo previsto en el CC Industrias siderometalúrgicas provincia Guadalajara, esta vez acerca de que los trabajadores contratados en España al servicio de empresa española en el extranjero tendrán la jornada “que rija en el lugar de prestación del trabajo, abonándose la diferencia con respecto a la que le fuese de aplicación en España con un recargo del 75%”, y que “las horas que excedan de la jornada laboral que rija en el lugar de prestación de servicios tendrán la consideración de horas extraordinarias” [arts. 58.2 y 59.3.a)]. En todo caso, se trata –reiteramos– de condiciones mínimas de aplicación. Y relacionado con ello aludimos al CC Sector industrias siderometalúrgicas Navarra, que incluso detalla lo que como mínimo es y no es tiempo de trabajo durante el tiempo invertido en el viaje [art. 21.2.1) *in fine*].

Por su parte, en el apartado de permisos retribuidos, también se detectan previsiones específicas, tales como –de nuevo– la del art. 93.2 CC Cajas y entidades financieras de ahorro “de quince días a contar desde la fecha de su

baja en el país extranjero” cara a la “reincorporación a destino en España” de dichos trabajadores desplazados fuera de nuestras fronteras. De otro modo, en el art. 44.2 CC Sector metal lo que se contempla es que cuando el desplazamiento transnacional se prolongue “por un tiempo superior a tres meses de forma ininterrumpida, dispondrá de 4 días laborables de permiso cada período trimestral en su residencia habitual (serán 5 días laborables en el caso de que el desplazamiento coincida con un día de descanso semanal de la persona trabajadora), sin que a tales efectos se computen los días del desplazamiento de ida y de vuelta”.

Hay otros elementos del tiempo de trabajo que también reciben tratamiento, pero ya no se hace en varios convenios distintos sino de manera singular (aunque sin perjuicio de su reproducción en niveles inferiores, por tratarse de referencias a nivel de sector). Así, el CC Sector industrias siderometalúrgicas Navarra dispone –que lo hace a título de recomendación– una serie de ejemplos de causas de no interrupción de –dice– “la asignación”, tanto de naturaleza laboral –formación en prevención de riesgos laborales en el destino, reuniones que se le ordenen– como personal o familiar –fallecimiento del cónyuge y parientes por consanguinidad de primer grado, cumplimiento de deber inexcusable de carácter público legalmente establecido–³⁵ (art. 21.4.2). Mientras, por su parte, el CC (modificado) Sector acción e intervención social prevé el establecimiento de unas llamadas “políticas de descanso” para “garantizar periodos de descanso obligatorios y adicionales a los establecidos en el convenio” en situaciones de distribución irregular como son consideradas las prolongaciones de jornada, aunque también para aliviar “la tensión derivada de trabajar en determinados contextos”, contrarrestando de este modo –nótese– la privación de su disfrute del denominado “régimen de compensación de horas extraordinarias”. Téngase presente, aún a propósito del régimen jurídico del trabajo de cooperación internacional, que el personal afectado está expresamente obligado a “adaptarse tanto a la semana laboral como al régimen de festivos del

³⁵ En detalle:

“Formación en prevención de riesgos laborales en territorio de destino, por el tiempo indispensable.

Reuniones de carácter profesional a las que el trabajador deba ineludiblemente asistir por decisión de superiores jerárquicos y de duración no superior a dos días, sin incluir en su caso los de viaje”.

“Fallecimiento de cónyuge y parientes por consanguinidad de primer grado, siempre que la interrupción de la prestación de servicios en régimen de desplazamiento transnacional no superara los siete días naturales sin contar los de viaje.

Cumplimiento de deber inexcusable de carácter público legalmente establecido, como designación como miembro de jurado, designación como miembro de Mesa electoral en elecciones generales, municipales o autonómicas, y comparecencia ante un Juez como imputado, investigado o testigo, siempre que la suspensión de servicios en régimen de desplazamiento transnacional no exceda del tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento del deber de que se trate”.

país donde realicen la labor humanitaria” [art. 51.2.4º CC (modificado) Sector acción e intervención social, en general].

2.5. Cláusulas en materia de protección social y salud

Habida cuenta el espacio en el que se desenvuelven los desplazamientos transnacionales, la materia de protección social y salud no suele contar con previsiones específicas. En su lugar, es de entender –aunque en verdad no se hacen declaraciones expresas al respecto– que entran en acción los mecanismos europeos de coordinación para garantizar que las personas que se desplazan a otro país no pierden su cobertura. En nuestro Sistema, por poner el caso, el procedimiento se instrumentaliza en el Modelo TA.300 (“cuando un empresario envíe a alguno de sus trabajadores a realizar la actividad temporalmente en otro país y en aplicación de las normas internacionales de Seguridad Social pueda ser de aplicación la legislación española de Seguridad Social”)³⁶. Se trata, en fin, de adjudicar el estatus de trabajador desplazado en materia protección social y salud, incluida la disposición de la Tarjeta Sanitaria Europea (entre otras cuestiones –como las relativas a los Reglamentos 1408/1971, 574/1972, 883/2004 y 987/2009– a cuyo respecto remitimos al estudio de ÁLVAREZ CORTÉS).

Con todo, existen algunas disposiciones convencionales cuya referencia consideramos interesante habida cuenta sus contenidos. Vaya por delante, ahora bien, que no se trata de cláusulas claramente aplicables a los desplazamientos transnacionales objeto de análisis, lo cual puede hacer cuestionar su verdadero alcance. Visto en el art. 37.5 CC Sector empresas ingeniería y oficinas de estudios técnicos, la cuestión es que –efectivamente– consagra el deber empresarial de cubrir, a su cargo, “la asistencia médica y hospitalaria que precise la persona trabajadora durante el tiempo de su desplazamiento y por el procedimiento que concierte la empresa”, pero lo hace en el marco regulador del trabajo del español contratado en España al servicio de empresas españolas en el extranjero (al modo –como decíamos– del art. 1.4 ET). O en el art. 45 *in fine* CC Sector metal, que aunque sí que se refiere textualmente a desplazamientos transnacionales, a la postre resulta que trata sobre movilidad internacional –en el sentido de extracomunitaria– por cuanto dispone que “cuando el país de destino no tenga un Convenio Internacional de la Seguridad Social para garantizar la atención sanitaria a las personas trabajadoras, la empresa se obliga a concertar un seguro médico para asegurar la atención sanitaria en el país de destino”³⁷ (tal cual el art.

³⁶ En <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/38626/39544> (consulta de 30/1/2020).

³⁷ Y así, de manera similar, en su art. 44.2, sobre “desplazamiento internacional de personas trabajadoras”: “Cuando en el país de destino no se pueda garantizar la atención sanitaria a las personas trabajadoras, o se prevea que ésta no cumple al menos los mínimos que cubre la atención sanitaria española, las empresas concertarán un seguro médico para asegurar la atención sanitaria en el país de destino, debiendo entregar copia de la póliza a la persona trabajadora antes de efectuar el desplazamiento”.

58 *in fine* CC Industrias siderometalúrgicas provincia Guadalajara, y el art. 21.3CC Sector industrias siderometalúrgicas Navarra, y el art. 21.4 CC Industrias siderometalúrgicas provincia Sevilla).

El art. 44.2 CC Sector metal, por otro lado, contiene una prolija regulación en materia de protección social y salud que, sin perjuicio de lo comentado respecto de su ámbito de aplicación, procede descubrir (respecto –como se lee en su rúbrica, y veámos– de la figura del “desplazamiento internacional de personas trabajadoras”). Así, en la fase de preparación de la movilidad, se señala que “la persona trabajadora tendrá derecho a que se le inoculen de forma gratuita todas las vacunas necesarias adecuándose a las necesidades del país de destino”. Y una vez llevada a término la movilidad, si sobreviniera una contingencia de incapacidad temporal, aunque partiendo de que “con carácter general (...) se estará a lo dispuesto en los convenios colectivos de ámbito inferior que le sea de aplicación”, se dispone categóricamente que “la persona trabajadora tendrá derecho a percibir las prestaciones que pudieran corresponderle según la legislación de Seguridad Social española” [asimilable a los arts. 58.2 y 59.3.e) CC Industrias siderometalúrgicas provincia Guadalajara]. A más, se contempla la posibilidad de que la dirección de la empresa la repatrie si permanece en situación de IT por más de 30 días (o con anterioridad “si mediante dictamen médico se previera que la curación puede exceder de dicho plazo”) [como –otra vez– los arts. 58.2 y 59.3.e) CC Industrias siderometalúrgicas provincia Guadalajara, 21.2.2) CC Sector industrias siderometalúrgicas Navarra y 21.3.2 CC Industrias siderometalúrgicas provincia Sevilla].

Queda al margen, por ser asunto distinto aun relacionado, la prevención de riesgos laborales, que sí merece atención por parte de las normas comunitarias, al contrario que por los convenios colectivos. En concreto, la “nueva” Directiva 96/71 prácticamente abre con la referencia a ello cuando en su art. 1.1 señala que su objeto es garantizar la protección de los trabajadores desplazados “estableciendo disposiciones obligatorias sobre las condiciones de trabajo y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores que deben respetarse”. De hecho, la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo forman también parte del elenco de materias que las empresas receptoras han de hacer valer en sus relaciones con trabajadores desplazados conforme a lo que rija en ese territorio, “cualquier que sea la legislación aplicable (...) y sobre la base de la igualdad de trato” (art. 3.1). Sálvese como excepción, a la postre, dentro de los convenios colectivos, lo dispuesto en el art. 59.3.c) y d) CC Industrias siderometalúrgicas provincia Guadalajara, de que las condiciones de higiene y seguridad vigentes en España, en lo que se refiere al lugar de trabajo, y de higiene y salubridad en el alojamiento, habrán de aplicarse en el extranjero, siempre que las características del lugar lo permitan” (y eso –apostilla– como mínimo).

3. Balance y conclusiones

A lo largo del presente estudio nos hemos inclinado por hablar del papel de la negociación colectiva en la regulación de los desplazamientos transnacionales en el sentido de su “eficacia”. Siguiendo a CRUZ VILLALÓN, lo que hemos perseguido ha sido descubrir “cuál es en concreto el cometido desempeñado por la negociación colectiva sobre las relaciones laborales” –añádase– en dicho particular régimen de movilidad internacional, y no así su función “como institución jurídica”³⁸.

Habida cuenta la ordenación jurídico-laboral que se dispone de dichos desplazamientos –en la que rigen principios como la igualdad de trato entre los trabajadores destacados y los empleados locales o el respeto a ciertos mínimos, no concretados, en las condiciones de trabajo de la asignación– el papel que se le supone a la negociación colectiva es el de constituirse en fuente reguladora principal de sus elementos (retribución, tiempo de trabajo, etc.). En la medida en que el marco normativo de tales fenómenos carece de una suerte de Estatuto de los Trabajadores Desplazados, la autonomía colectiva tiene despejado el camino –y en bastante mayor medida que a nivel nacional, donde sí hay concreción en los mínimos– para elaborar los estatutos que corresponden en cada empresa y/o sector donde se practican desplazamientos transnacionales.

A nuestro entender, en la práctica, sin embargo, si bien la negociación colectiva produce instrumentos que incluyen disposiciones aplicables a dichas situaciones de movilidad geográfica, la extensión y el alcance de sus contenidos no satisface las expectativas creadas por el modo, débil o tenue, en que intervienen las fuentes heterónomas. El desarrollo concreto de las estipulaciones convencionales sobre las condiciones de trabajo en régimen de desplazamiento transnacional resulta, en general, incompleto, inconcreto, confuso y/o irrelevante. Y eso en el mejor de los casos, si no es que los convenios colectivos de turno se echan a un lado en la tarea reguladora y ceden su espacio a los acuerdos individuales o las políticas empresariales.

La incompletitud de las cláusulas convencionales en materia de desplazamientos transnacionales, para empezar, deriva de que no se abarquen ni todas las fases de la asignación ni todos los elementos comprometidos en la misma, en términos de condiciones de trabajo. La inconcreción, por su parte, responde a la falta de especificidad en las cantidades, cuantías, plazos y demás. Su confusión dimana, en tercer lugar, del hecho de que no se configuren de forma clara y sin aristas los supuestos referidos por las cláusulas de turno (si desplazamientos transnacionales, si asignaciones internacionales, si con origen

³⁸ CRUZ VILLALÓN, J. (2016) “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo”, en *Revista de Economía Laboral*, nº 13(2), 2016, p. 8 (disponible en <http://www.aect.eu/images/RePEc/rel/journal/rel/91-189-1-SM.pdf>) (consulta de 27/1/2020).

en España, si con España como destino, si temporales o no y en qué medida, p.ej.). Y que sean, o que sean, irrelevantes obedece a la circunstancia de que supongan una mera reproducción más o menos literal de lo que ya se dispone a nivel heterónimo, sin más aportación o añadidura, dentro de los amplios márgenes de actuación que teóricamente disfruta.

Consideramos, en fin, que la negociación colectiva tiene en este campo una oportunidad real de maximizar –como decíamos– su eficacia, pero que la está desaprovechando desde hace ya demasiado tiempo. Conviene recordar que pasan de la veintena los años que lleva en vigor la Directiva 96/71, y que la reciente aprobación de la Directiva 2018/957 es otro acicate para revertir esta situación. Y ello por no traer a colación otras normas, o instrumentos diferentes como –hay que destacarlo, creemos– el Criterio técnico nº 97/2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social³⁹, por su exhaustividad y utilidad, que tanto provecho puede reportar a nuestra autonomía colectiva.

Ahora bien, para terminar, es debido también poner en valor aquellas experiencias convencionales que sirven de muestra a nuestro estudio en su condición de referentes para las venideras, a pesar de sus fallas, pero por encima su representatividad. Y significativamente aquí queremos realzar aquéllas que apuestan por que el principio que vertebró la regulación de los desplazamientos transnacionales no sea el de norma mínima sino el de norma más favorable, tanto entre el Derecho aplicable al contrato como al nivel de las normas autónomas (como sucede en el CC Sector metal y en los CCCC Industrias siderometalúrgicas Sevilla, Navarra y Guadalajara). A nuestro modo de ver, de formas así se robustece el pilar europeo de derechos sociales que ha de erigir –protegiéndola, promocionándola– la figura del trabajador.

³⁹ Disponible en https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/CT_97_2016.pdf (consulta de 31/1/2020).

LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS*

ILUMINADA R. FERIA BASILIO

*COORDINADORA DE GESTIÓN DE PERSONAL – ATLANTIC COPPER, S.L.U
DOCTORA EN DERECHO*

1. Introducción

En una economía global, donde el empresario se enfrenta cada vez más al desafío que supone tener clientes y prestaciones de servicios a lo largo y ancho del globo, se plantea la problemática de determinar qué ocurre con la prevención de riesgos laborales respecto a aquellos trabajadores que, siendo empleados de una empresa española, desarrollan su prestación laboral fuera de nuestras fronteras.

Tanto los recursos humanos y económicos exigidos, como las responsabilidades que la prevención hace recaer sobre el empresario, pueden tentar a las empresas menos concienciadas para buscar fórmulas más livianas que las impuestas por el ordenamiento jurídico español, por ejemplo, desarrollar buena parte de su actividad en países con menores requerimientos preventivos o interponer empresas extranjeras para que sus trabajadores desplazados queden sometidos a condiciones preventivas menos onerosas. ¿Verdaderamente son fórmulas más livianas? ¿Cómo se conjura este riesgo? En estas líneas pondremos de manifiesto lo que los ordenamientos internacionales y comunitarios están haciendo para regular estos supuestos y evitar dejar a los trabajadores desplazados en la desigualdad preventiva.

Por otra parte, frente a esta óptica cortoplacista y alejada de los valores sociales, que se centra meramente en responsabilidades y costes, es posible presentar la adecuada gestión de la prevención de riesgos laborales para con los trabajadores desplazados como una auténtica estrategia empresarial, ya que permite, no sólo evitar eventuales enfermedades y accidentes laborales que viniesen a reducir la productividad de la fuerza laboral desplazada, sino, al mismo tiempo, contar con un elemento diferenciador respecto a la competencia entre empresas y un retenedor de talento.

* Este trabajo es resultado del Proyecto “Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social” (FEDER18-1264479 y US-1264479).

2. Normativa preventiva de aplicación en la prestación laboral de trabajadores desplazados

La prevención de riesgos laborales, al basarse, ante todo, en la tutela de derechos fundamentales universales como pueden ser la vida y la integridad física, ha de responder a la lógica de ajustarse a aquella normativa que garantice en mayor medida la seguridad y salud de los trabajadores. Es decir, ante la duda de qué legislación aplicar en el caso de desplazamiento de trabajadores al extranjero, el operador habrá de decantarse por aquella que sea más restrictiva y favorable para la salud y seguridad de aquellos. No obstante, como en tantos otros ámbitos de la vida, la implantación de un mercado único interior ha ocasionado una importante divergencia entre los derechos, obligaciones y responsabilidades que se generan al relacionarse empresas y personas dentro del ámbito de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo (en adelante, UE/EEE), o fuera del mismo.

2.1. Desplazamientos dentro del ámbito de la Unión Europea o el Espacio Económico Europeo

La prevención de riesgos laborales ha sido una de las principales cuestiones que ha ocupado al legislador comunitario en materia laboral desde sus inicios. De hecho, el propio art. 1 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (en adelante, Directiva 96/71), según la redacción dada por la Directiva 2018/957/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018 (en adelante, Directiva 2018/957), establece como objetivo de las misma, no sólo las condiciones de trabajo, sino que otorga el mismo nivel de preocupación a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores. La Directiva 96/71 fue transpuesta al ordenamiento español por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (en adelante, Ley 45/1999). El art. 3 de esta ley replicó casi de forma literal el *minimum minimorum* de condiciones de trabajo y empleo garantizadas por la Directiva 96/71 para los trabajadores desplazados a otro Estado Miembro (en adelante, EM, EEMM en su plural), y ambas lo hacen, con independencia de la legislación aplicable al contrato en virtud de la libre voluntad de las partes. La única diferencia reside en los términos empleados, pues en lugar de la expresión “*la salud, la seguridad y la higiene*” de la Directiva 96/71, la Ley 45/1999 consagró el término “*prevención de riesgos laborales*”; una diferencia, esta, más espiritual que conceptual.

En ambos casos, esta mención explícita de la prevención en el establecimiento de sus objetivos, no se traduce en un gran desarrollo normativo posterior. La Directiva 96/71 se limita a señalar que los EEMM han de asegurar que la seguridad e higiene en el trabajo aplicable a los trabajadores desplazados

comunitariamente, se ajusta a las condiciones vigentes en el EM donde estos presten materialmente el trabajo. Esta regla general se completa con una mención específica de trabajadores concretos, esto es, mujeres embarazadas o en puerperio y menores (art. 3.1.e) y f)). Nada más. Nos hallamos, pues, ante un pronunciamiento limitado, pero no óbice para garantizar, en un marco regido por la libre circulación de trabajadores y de prestaciones de servicios, la lucha contra el *dumping social* preventivo, el cual es afrontado, parcela a parcela, mediante la armonización con directivas preventivas.

Por tanto, cuando un trabajador empleado por una empresa de UE/EEE sea desplazado a España, le resultará de aplicación la normativa española en materia de prevención de riesgos laborales, y ello con independencia de lo que las partes en la relación mercantil pacten en cuanto a legislación reguladora de los derechos y obligaciones emanantes del contrato de prestación de servicios o del contrato laboral¹. Ahora bien, esta norma se constituye como una norma de mínimos en el sentido de que, puede suceder, que la empresa empleadora deba satisfacer al mismo tiempo su normativa nacional de seguridad e higiene en lo que no fuese coincidente con la española, ya que, recordemos, la armonización a través de directivas unifica espíritus, pero no necesariamente cuerpos legales. Lo mismo cabe predicar respecto a los casos en los que resulte más garantista la legislación reguladora del contrato por voluntad de las partes, el convenio colectivo aplicable, el contrato individual de trabajo o el contrato marco de prestación de servicios entre empresas.

La misma lógica cabe aplicar cuando sean trabajadores empleados por empresas establecidas en España los desplazados temporalmente a otro EM de UE/EEE². La transposición de la Ley 45/1999 supone la consagración por parte del legislador español de este principio de mayor garantía por cuanto en su Disposición Adicional (en adelante, DA) 1.1 recoge que las *“empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE, [...] sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales”*.

¹ FERNÁNDEZ-QUIÑONES GARCÍA, J., (2011), *Obligaciones de prevención de riesgos laborales respecto de los trabajadores desplazados al extranjero*, Informe de Sagardoy Abogados, en el marco de Ius Laboris-Spain, para SOS Assistance España, S.A., p. 3.

² GARCÍA NINET, I./VICENTE PALACIO, A., (2012), *“La Ley 45/99, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación transnacional”*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 27, p. 16.

Precisamente, las normas paccionadas merecen una especial mención. Los apartados 1 y 8 del art. 3 de la Directiva 96/71 aludían originariamente a los convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general en cuanto a cuerpos normativos establecedores de condiciones de trabajo y empleo que habrían de ser garantizadas por los EEMM, con independencia de la ley aplicable al contrato de trabajo. Es decir, se decretaban de aplicación aquellos convenios colectivos o laudos arbitrales que debieran respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión en cuestión y dentro de su concreto ámbito de aplicación territorial. Ahora bien, el art. 3.1 *in fine* de la Directiva 96/71, en conexión con su propio Anexo, limitaba esta exigencia a los convenios y laudos generales del sector de la construcción. Con ello, la inclusión de convenios y laudos entre las normas preventivas de garantía mínima quedaba desvirtuada materialmente, al quedar restringida a un único sector de actividad. Sin embargo, nada obstaba a que los EEMM extendiesen *motu proprio* esta previsión a otros sectores o profesiones, y ello es, precisamente, lo que decidió el legislador español a la hora de trasponer la Directiva 96/71, pues incluyó como fuente de esta garantía mínima los convenios generales y sectoriales de cualquier actividad (art. 3.4 de la Ley 45/1999)³. Posteriormente, esta valentía garantista mostrada por el trasponedor español ha sido asumida a nivel comunitario a través de la Directiva 2018/957, la cual ha eliminado la limitación sectorial a favor de la construcción. Para fecha 30 de julio de 2020, día límite para la trasposición, los convenios colectivos y laudos arbitrales generales serán de aplicación a los trabajadores desplazados de cualquier actividad, sin que quede ya para la decisión de los EEMM de acogida la aplicación, o no, de los convenios colectivos.

En este estado de cosas, debemos mencionar un último avance. La Directiva 2018/957 ha venido a establecer una nueva categorización de trabajadores: los trabajadores desplazados de larga duración (nuevo art. 3.1.bis de la Directiva 96/71). A partir de esta nueva categorización, las condiciones laborales e, implícitamente, las preventivas, que han de aplicarse a los trabajadores desplazados variarán en función de la duración del desplazamiento: hasta 12 meses, el empresario deberá garantizar el mínimo reseñado anteriormente, mientras que, a partir de los 12 meses, y hasta los 18, deberá aplicar el conjunto completo de la legislación laboral del EM de acogida. Aunque la Directiva 2018/957 no incluye ninguna mención a la prevención de riesgos laborales, manteniendo una protección materialmente limitada⁴, sí acaba con las diferenciaciones que pudiera apreciarse entre trabajadores nacionales y

³ No obstante, su aplicación no estaba amparada por el Derecho Comunitario, y debía buscarse un título jurídico que justificase su aplicación: AA.VV., (2019), *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea*, (J.A. Fernández Avilés, Dir.), Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, Madrid, p. 29.

⁴ AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., p. 39.

desplazados cuyas situaciones han sido terminadas de igualar por el transcurso del tiempo.

2.2. Desplazamientos a terceros países

No existe un cuerpo legal que regule expresamente la prevención para con los trabajadores desplazados a Estados no-Miembros. Sin embargo, la propia Directiva 96/71 también pretende conjurar aquí el riesgo de *dumping social* preventivo cuando prohíbe dispensar un trato de favor para empresas procedentes de otros países (art. 1.4). Realizada esta advertencia, debe determinarse la legislación preventiva aplicable en caso de desplazamientos extra-comunitarios. Si, internamente, acudimos a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), en cuanto a cuerpo normativo base en la materia, observamos que su art. 3 une indisolublemente su ámbito de aplicación, y el de su normativa de desarrollo, al del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), es decir, al ámbito de aplicación de la legislación laboral general en España. Por tanto, hemos de definir cuándo se aplica la legislación laboral española para determinar cuándo se aplica, a su vez, nuestra normativa preventiva.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, las partes de un contrato mercantil son libres para determinar la legislación a la que quedan sometidos los derechos y obligaciones que nacen del mismo, si bien, en defecto de decisión expresa, los contratos de trabajo individuales se rigen *“por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente”*, sin que quepa entender que *“cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”* (arts. 3 y 8.2 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, RRI) y art. 10.6 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (en adelante, CC)). Cuando no pueda determinarse la ley aplicable según estos criterios, *“el contrato individual de trabajo se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”* (artículo 8.3 RRI). Este será el orden de criterios para la determinación de la ley reguladora del contrato de trabajo, salvo si del conjunto de circunstancias se desprende una mayor vinculación con otro país (artículo 8.4 RRI). Por tanto, la aplicación del ET y, por extensión, de la LPRL queda condicionada a la voluntad de las partes y, en defecto de esta, generalmente, se aplicará cuando un trabajador empleado por una empresa española sea desplazado al extranjero.

Ahora bien, el propio art. 8.1 RRI establece que esa libre elección de las partes del contrato de trabajo *“no podrá tener por resultado el privar al trabajador de*

la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables". En el mismo sentido, el art. 8.1 CC establece que la "leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español", y bien pudieran entenderse las normas de prevención como normas de policía⁵, que frenarían los intentos empresariales de *dumping* preventivo, protegiendo el sistema nacional de prevención de riesgos laborales y, por extensión, a los propios trabajadores nacionales⁶. Finalmente, el legislador español ha acabado por consagrar una suerte de "irradiación"⁷ fuera del ámbito de UE/EEE de aquel mínimo comunitario preventivo que garantiza la trasposición de la Directiva 96/71, ya que establece que a los trabajadores desplazados a España se les aplicará la misma legislación nacional con independencia del Estado al que pertenezca la empresa empleadora (DA 2º y 4º de la Ley 45/1999). Esta mención genérica a la legislación nacional supone la asunción de responsabilidades administrativas, civiles y penales para las empresas españolas que reciban a trabajadores desplazados, por lo que sólo queda exceptuada la responsabilidad por recargo de prestaciones, al quedar los trabajadores desplazados, por definición, amparados por el régimen de seguridad social del país de origen.

Por todo ello, puede suceder que, al igual que el trabajador empleado en España parece llevar en su maleta la LPRL cuando es desplazado, al menos en el caso de que las partes no dispongan lo contrario, el trabajador empleado por una empresa fuera del ámbito de UE/EEE traerá con él a España la obligación de aplicar su legislación preventiva nacional, si el contrato mercantil no prevé otra cosa. Nos intentamos explicar mejor. De todo lo expuesto se colige que, en el territorio español, a los trabajadores desplazados que provengan de empresas establecidas en Estados no-Miembros también se les deberá aplicar nuestras disposiciones legales y reglamentarias en materia preventiva. Es decir, a los trabajadores extranjeros desplazados que presten sus servicios en el territorio de España, les resulta de aplicación la misma normativa preventiva que rige para los trabajadores nacionales y para los trabajadores desplazados procedentes de otros EEMM. Las empresas empleadoras de estos trabajadores deberán cumplir, al mismo tiempo, con nuestras normas preventivas españolas y, posiblemente, con sus propias normas nacionales en lo que tengan de más garantista. Paralelamente, las empresas españolas que reciban trabajadores desplazados de terceros países, deberán proceder a la coordinación de actividades empresariales

⁵ FORTEA, E./MINGUEZ, R., (2015), "Procedimiento de actuación para trabajadores desplazados desde o hacia España, con especial referencia a la prevención de riesgos laborales. Gestión de la coordinación internacional de actividades empresariales", en ORP journal, vol. 2, p. 8.

⁶ Similitud realizada respecto a la lógica salarial: QUIÑONES ESCÁMEZ, A., (2002), "Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto Arblade al Portugaia)", Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 12, p. 439 y ss.

⁷ AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., p. 11.

en los mismos términos en los que procederían con empresas y trabajadores españoles o pertenecientes al ámbito EU/EEE⁸. Otro tanto cabe predicar en sentido contrario. Así pues, en el caso de trabajadores españoles desplazados a territorios fuera de UE/EEE, la prevención ha de responder, tanto a lo establecido por el ordenamiento español, como a las condiciones mínimas más garantistas de la legislación del país de acogida⁹: la empresa empleadora española habrá de garantizar el cumplimiento de nuestras normas preventivas, así como las normas del Estado de acogida si estas llegasen a regular cuestiones no contempladas en nuestro ordenamiento, estableciesen requisitos complementarios o fuesen más restrictivas o garantistas que las nuestras. De este modo, creemos que, se desplacen temporalmente trabajadores desde España al extranjero o desde el extranjero hacia España, se habrán de satisfacer ambos ordenamientos preventivos, el de España y el del país de origen/acogida, en lo que no sean coincidentes, sabiendo que primará el ordenamiento más restrictivo y garantista en caso de solape.

A simple vista salta que, para cumplir con este planteamiento, las empresas han de proceder a un examen comparativo de la normativa preventiva española y del país de acogida o residencia, un examen que se antoja indudablemente complejo cuando no hercúleo, sobre todo, porque no existen en este campo convenios de colaboración semejantes a los que existen en materia de Seguridad Social, ni procedimientos ni guías que alumbren el camino. En todo caso, la seguridad y salud laboral descansa sobre requisitos legales, por lo que la tarea puede verse facilitada por los sistemas de gestión que tengan implantados las empresas certificadas mediante estándares internacionales (por ejemplo, ISO u OSHA)¹⁰. Realizada la comparativa, las empresas implicadas deben proceder a la consabida coordinación de actividades. En el caso de que la prestación de servicios con desplazamiento se produzca entre empresas de un mismo grupo, sería coherente y garantista contar con un protocolo que contemple qué revisar, cómo proceder o cómo articular el trasvase de información, documentación y coordinación. Para otros casos, se debería celebrar un acuerdo *ad hoc* entre ambas empresas con objeto de fijar la coordinación preventiva del desplazamiento, o se podría incluir un apartado específico en el contrato mercantil que las una para abordar esta actividad. Cualquiera de estas fórmulas sería válida, siendo lo importante dejar regulada cuestiones como el compromiso de cumplir con normas preventivas (evaluación, planificación, información, formación...), el modo en que van a coordinarse los

⁸ FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente a España por empresas establecidas fuera de España*, Foment del Treball, Barcelona, pp. 10 y 11.

⁹ FERNÁNDEZ-QUIÑONES GARCÍA, J., (2011), *Obligaciones de prevención ...*, cit., p. 5.

¹⁰ FORTEA, E./MINGUEZ, R., (2015), "Procedimiento de actuación...", cit., p. 18.

recursos de ambas empresas para garantizar una coordinación efectiva, la asunción de la formación necesaria por carecer los trabajadores desplazados de ella¹¹...

2.3. Información sobre legislación aplicable

Aunque en las legislaciones preventivas nacionales de los EEMM cabe apreciar un “suelo estándar común” gracias al alto nivel de armonización alcanzado¹², no es fácil determinar, aun dentro de UE/EEE, cuándo estamos cumpliendo con todos los requerimientos preventivos exigibles en cada caso, ya que la prevención y los desplazamientos temporales se han regulado fundamentalmente a través de Directivas y se pueden encontrar diferencias importantes entre cada EM. La Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (“Reglamento IMI”), vino a reconocer tal dificultad. Así, su art. 5 obliga a cada EM a compilar, publicar, publicitar y mantener un sitio web nacional y único donde se recojan las condiciones de trabajo y empleo, y, por ende, preventivas, que resultan exigibles a los desplazamientos que acojan. Esta información ha de ser pública, accesible, gratuita y traducida a aquellas lenguas oficiales de otros EEMM que cada uno considere más pertinente conforme al mercado interior. Expresamente incluye en este compendio los convenios colectivos que resultasen de aplicación, fomentándose la ampliación informativa a través de enlaces web a otras fuentes y a los interlocutores sociales.

La propia Ley 45/1999 reconoce en su DA 1.2 a las empresas interesadas en realizar un desplazamiento temporal en este ámbito la posibilidad de “informarse de las condiciones de trabajo que deben garantizarse en el mismo [EM de UE/EEE] dirigiéndose bien a los órganos competentes en materia de información de tales Estados, bien a los de la Administración laboral española, que dará traslado a tales órganos de las peticiones de información recibidas, informando de ello al solicitante”. Por ello, sería aconsejable acudir a la figura del Coordinador nacional de Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), quien puede estar informado o tiene abierta la vía para hacerlo, sobre la documentación que cada autoridad de un EM exige a sus empresas para dar por satisfecho un requisito preventivo. Actualmente, esta red telemática de cooperación entre autoridades de la UE,

¹¹ FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente a España...*, Foment del Treball, Barcelona, p. 14.

¹² AA.VV., (2019), *Tutela preventiva...*, cit., p. 7.

desarrollada por la Comisión Europea, despliega su pleno potencial en el ámbito del reconocimiento de cualificaciones profesionales y la prestación de servicios transfronterizos, estando en fase piloto para el intercambio general sobre desplazamiento temporal de trabajadores (si bien ya está operativa en cuanto al intercambio de información para ejecutar sanciones y multas transfronterizas)¹³.

3. La prevención de riesgos laborales al desplazar trabajadores

Hasta aquí hemos abordado la problemática de la normativa preventiva aplicable a los trabajadores desplazados, pero no deberíamos cerrar este capítulo sin tratar una cuestión puramente técnica, esto es, la situación que genera el hecho del desplazamiento en sí. La prevención de riesgos laborales debe adecuarse a la realidad de cada trabajador y, para el caso de los desplazamientos, debemos entender la singularidad de esta realidad laboral (punto 3.1.) para que, una vez confrontada con las diversas situaciones que pueden generar la responsabilidad empresarial (punto 3.2.), permita concretar y articular las obligaciones preventivas respecto a los trabajadores desplazados (punto 3.3).

3.1. Los trabajadores desplazados como colectivo especial

De acuerdo con el art. 15 de la Directiva 89/391 del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (en adelante, Directiva 89/391), los *“grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica”*. Aunque ni en su articulado, ni en normas posteriores, la UE ha ofrecido un concepto de *“trabajadores especialmente sensibles”*, sí vemos que parte de la integración de dichos trabajadores en un grupo o colectivo, siendo la característica definitoria de este que sus integrantes se ven expuestos de forma particular a los riesgos laborales. En ningún momento limita a priori quiénes pueden, o no, ser tenidos por tales, de modo que, con posterioridad, tanto diversas directivas particulares como las propias instituciones europeas, han venido a declarar expresamente determinados grupos como colectivos especialmente sensibles, y aunque han continuado sin ofrecer un concepto general, sí declaran que los mismos son *“identificados como potencialmente vulnerables”*¹⁴.

Por su parte, y en cambio, el legislador español parece acoger un concepto más amplio de trabajadores especialmente sensibles, pues no requiere la

¹³ Más información en: https://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/index_es.htm (última visita: 09/11/2019).

¹⁴ A saber: mujeres, jóvenes, de edad avanzada, migrantes, temporales, con discapacidad, con baja cualificación. BELIN, A. (et al.), (2011), *Occupational health and safety risks for the most vulnerable workers*, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, Economic and Scientific Policy, European Parliament, Brussels, p. 28.

pertenencia a ningún grupo¹⁵, sino únicamente la concurrencia de “*características personales o estado biológico conocido [...que haga a los trabajadores] especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo*” (art. 25 LPRL). Aunque pudiera parecer que el concepto español de la especial sensibilidad se basa únicamente en las características personales (idea reforzada por los correlativos arts. 26 y 27 LPRL, dedicados a la protección específica de la maternidad y los menores, respectivamente), el subsiguiente art. 28 LPRL, al dedicarse a trabajadores temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal, muestra que esta especial sensibilidad también puede provenir de la propia configuración de su relación laboral. De este modo, de cara a una expansión de este concepto para englobar nuevas realidades, la especial sensibilidad de un trabajador puede venir determinada por dos vías: una vía, estaría conformada por características o condicionantes de la propia persona, que le hagan especialmente vulnerable a los riesgos generales a los que se enfrenta cualquier otro compañero que no los poseyera y que le hacen merecedor de una especial protección frente a la dispensada al resto (por ejemplo, trabajadores mayores de 55 años, aquejados de dolencias físicas crónicas o con una predisposición genética); u otra vía, que podría apreciar la especial sensibilidad por la configuración de la tarea a desempeñar, la cual sometería a todos los trabajadores destinados a la misma, y por igual, a unos riesgos singulares, detonantes de una protección especial para todos ellos frente a la protección general garantizada a los compañeros ajenos a esa situación laboral (por ejemplo, tal y como muestra el desarrollo legislativo comunitario, los trabajadores fijos-discontinuos, a turnos o nocturnos)¹⁶. Incluso, puede darse el caso de una superposición de sensibilidades¹⁷, pues las realidades laborales pueden ser complejas; pensemos, quizás, en un trabajador a turnos al que le es detectada epilepsia.

Algunas voces consideran que los trabajadores desplazados no son “*especialmente sensibles en función del tipo trabajo que tienen que desarrollar en el país de destino, puesto que los riesgos laborales [...serán] los mismos a los que estarán expuestos el resto de trabajadores originarios del país de destino [...] su especial sensibilidad deriva precisamente del impacto que el desplazamiento tiene en las características personales del trabajador desplazado, pues lo convierte en un trabajador migrante temporal [...], por tanto,] podrían ser considerados trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales de manera individual en función de sus características personales*”¹⁸. Otras voces niegan, incluso, esta singularidad, aunque son

¹⁵ MORENO SOLANA, A., (2010), *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 37 y 38.

¹⁶ En un sentido similar: LÓPEZ AHUMADA, J. E., (2010), *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, Madrid, p. 35.

¹⁷ BELIN, A. (et al.), (2011), *Occupational health and safety risks...*, cit., p. 28.

¹⁸ AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., p. 99.

favorables a dispensar una tutela especial sobre la base del art. 15 LPRL, es decir, caracterizarían el desplazamiento como un nuevo riesgo laboral que, no obstante, estaría al mismo nivel que cualquier otro riesgo, y sólo requeriría una adaptación de las condiciones de trabajo, en lugar de la tutela específica del art. 25 LPRL¹⁹. En estas dos consideraciones, la especial sensibilidad sólo se podría observar si el trabajador a desplazar presentase alguna particularidad, siquiera psico-social (por ejemplo, menor resistencia ante el aislamiento), que le hace especialmente vulnerable al desplazamiento, negándose que este en sí mismo sea un factor de sensibilidad, ya que constituye una situación laboral, no una característica personal²⁰. Sin embargo, una vez que se reconoce la particularidad preventiva de los trabajadores desplazados, que daría lugar al nacimiento de nuevas obligaciones empresariales, se entiende más oportuno emplear la categoría jurídica ya existente de trabajadores especialmente sensibles, en lugar de plantear una suerte de “tutela intensificada” para reforzar la atención específica que requieren desde el punto de vista preventivo²¹.

A nuestro entender, la construcción de la especial sensibilidad conecta mejor con la situación de los trabajadores desplazados. En primer lugar, porque, aunque el legislador español no requiera, como hemos visto, la existencia de un colectivo específico, sí cabe apreciarlo, ya que se trata de trabajadores contratados en un país para desarrollar su prestación laboral en otro por un tiempo limitado, actuando la legislación preventiva del país de contrato como normas mínimas de garantía, que se les aplicará cuando la legislación preventiva del país de acogida dispense una protección menor²². Les une, en definitiva, una particular situación laboral común. La propia Directiva 96/71 ha reconocido esta singularidad al establecer una regulación específica para ellos, siendo lamentable que ni ella, ni sus posteriores directivas modificativas, hayan ahondado en la cuestión de una prevención de riesgos laborales también específica. Asimismo, el Committee of Senior Labour Inspectors (en adelante, SLIC) ha mencionado expresamente a los desplazados como trabajadores “vulnerables”, aconsejando su tratamiento como prioridad dentro del acervo comunitario para evitar desigualdades intracomunitarias en atención al trabajo desarrollado y a los riesgos asociados a los mismos²³.

¹⁹ QUINTERO LIMA, M. G., (2012), “La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales”, en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 4, nº 1, pp. 193 y ss.

²⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJAS, A./ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., (2016), *Trabajadores especialmente sensibles: concepto y obligaciones empresariales en materia preventiva*, CEOE – Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, Madrid, p. 66.

²¹ AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., p. 101.

²² AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., p. 93.

²³ SLIC, (2012), EU Strategic Priorities 2013 – 2020. A submission from SLIC, Ref. Ares (2012)162420, pp. 7 y 8.

En este sentido, la LPRL obliga a tomar en consideración cualquier característica del trabajo que pueda tener “una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador” (art. 4.7) y no hay duda de que el mismo desplazamiento es una característica esencial de este tipo de trabajos. Los trabajadores desplazados, por el hecho de haber sido destinados a puestos de trabajo en países distintos al de prestación habitual, se ven enfrentados a circunstancias particulares que, aunque no pertenezcan estrictamente a la prestación laboral, sí representan un riesgo para ellos únicamente al encontrarse en otro país, también cuando sale de su horario y puesto de trabajo, de modo que la re-identificación y la re-evaluación preventivas deben predicarse, tanto en relación a los riesgos propios de la actividad laboral, como respecto a riesgos específicos del país de destino no conectados directamente con aquella²⁴. Quizás la propia realidad laboral, tan compleja como para poder arrojar importantes diferencias entre unos trabajadores desplazados y otros, ha sido determinante para que algunos autores nieguen la configuración de los trabajadores desplazados como un colectivo singular a efectos preventivos. Efectivamente, los desplazamientos son campo abonado para la superposición de sensibilidades, y ello puede hacer que la atención se centre en las particularidades de cada individuo, obviando el sustrato común que comparten los trabajadores desplazados. Sin embargo, no debemos olvidar que partimos de una sensibilidad objetiva conjunta, dada por el desarrollo de la tarea en un país de acogida, diferente del propio país, a la que puede sumarse perfectamente cualquier sensibilidad subjetiva especial en que podamos pensar²⁵. De hecho, y como veremos, la especial sensibilidad subjetiva puede partir de una característica intrínseca constante con independencia del país de destino (por ejemplo, una trabajadora embarazada presentará un estado biológico de especial sensibilidad sea enviada por cuatro meses a Bélgica o a Kenia) o una característica intrínseca que hace especialmente vulnerable al trabajador, precisamente, por el país de acogida (como un/a trabajador/a homosexual, que no resultará especialmente sensible en caso de dirigirse a Portugal, pero que sí lo será si el Estado de acogida es Irán, donde su condición sexual está penada capitalmente). Pero esta complejidad no debe ser obstáculo para apreciar la existencia de un colectivo especialmente sensible en su misma base común laboral: el desplazamiento.

²⁴ En el mismo sentido: AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., pp. 54 y 62-63.

²⁵ Las guías técnicas mencionan los grupos de especial sensibilidad reconocidos expresamente como tales, si bien al contemplar a “los trabajadores sensibles a determinados riesgos” se incluiría automáticamente, y a nuestro entender, cuanto menos, a los trabajadores con enfermedades crónicas: VALLE ROBLES, M.L./ SÁNCHEZ LORES, F.J., (2018), *Medicina del Trabajo en Viajes. Guía de gestión integral de riesgos sanitarios en viajes laborales*, Escuela Nacional de Medicina del Trabajo, Madrid, p. 84.

Hemos de recordar que el art. 14 LPRL establece que todos los trabajadores *“tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”* y el empresario, sobre la base del *“deber de protección”*, debe *“garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”*. En aras de la similitud, podemos ver qué está ocurriendo con los trabajadores de misiones internacionales. La Directiva 89/391 excluye de su ámbito de aplicación *“determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil”*, si bien advierte que *“será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta los objetivos de la presente Directiva”*. Las implicaciones preventivas de esta advertencia han ido configurándose a raíz de la casuística administrativo-judicial (ONU, OIT) que se plantea entre entidades internacionales y su personal civil cuando sufre daño en misión. Este desarrollo ha pivotado en torno al llamado *“deber de cuidado”*, base propia del *common law* sobre la que se han sustentado instrumentos jurídicos claves, como el Convenio nº 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981) o el Convenio nº 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006) de la OIT. De acuerdo con esta casuística, el deber de cuidado se constituiría como una obligación de medios, de componente contractual, por nacer con la relación laboral, pero también extra-contractual, al no requerir la responsabilidad por su vulneración la existencia de normas expresas, sino bastar la negligencia o comportamiento inadecuado del empresario, y cuyo contenido se desgana en²⁶: proporcionar un entorno de trabajo sano y seguro, facilitar a los trabajadores una información adecuada sobre los riesgos potenciales antes del inicio de la misión, preservar su dignidad y evitar cualquier daño innecesario, contar con procedimientos sólidos en los que actuar de buena fe y a través de los que ofrecer mecanismos de investigación interna que resuelvan sus solicitudes y quejas en un tiempo razonable, garantizar unos servicios médicos adecuados en caso de emergencia, dispensar *“protección diplomática”*, y realizar un entrenamiento adecuado para las tareas a desempeñar. Por tanto, vemos cómo en el caso del personal civil en misión internacional, aun estando fuera del ámbito de aplicación de la Directiva Marco, ha sido necesario construir todo un elenco de obligaciones preventivas empresariales para adaptarse a la singularidad propia de estos trabajadores que, aun recordándonos las tradicionales obligaciones que establece la LPRL, son merecedoras de una nueva configuración que responda a las circunstancias especiales a las que se enfrentan estos trabajadores.

²⁶ DE GUTTRY, A., (2012), *Duty of care towards personnel deployed in international missions*, International SOS Foundation-Prevent, pp. 10-16.

A nuestro entender, siguiendo la línea marcada para los trabajadores civiles en misión, y como hemos expuesto en líneas superiores, el propio hecho de la internacionalización genera unos riesgos particulares que se suman a los habituales de la prestación laboral y que justifican todo un re-planteamiento de la labor preventiva. De hecho, las alusiones del art. 25.1. LPRL a las “*características personales*” y a los “*riesgos derivados del trabajo*” están siendo interpretados en términos muy amplios para expandir este concepto hacia particularidades (condicionantes familiares que generen una sobrecarga emocional, barreras lingüísticas o culturales, personalidades con baja tolerancia al riesgo psicosocial u organizacional...) y riesgos (conectados, no ya con el concreto puesto de trabajo, sino con la ejecución laboral en su conjunto)²⁷, que a nuestro entender son predicables de todas las situaciones de desplazamiento. Será precisamente la nueva labor de identificación y evaluación la que, en conjunción con una vigilancia de la salud específica, determine el grado de sensibilidad de cada trabajador a desplazar y aconseje, o no (aunque creemos que alguna habrá que adoptar en todos los casos), la adopción de medidas de protección complementarias. Los trabajadores desplazados constituyen, pues, un colectivo caracterizado por riesgos específicos derivados del desplazamiento, pero con importantes diferencias individuales en función del destino y de las características propias de cada persona. Por tanto, la internacionalización constituye todo un reto preventivo, con aristas propias dentro de la labor preventiva habitual de la empresa, que exigen una atención pormenorizada. Tanto es así, que el proceso de internacionalización en las empresas debe ir acompañado por el establecimiento de toda una política corporativa expresa²⁸, con definición de roles y responsabilidades particulares, y en el que la prevención de riesgos laborales sea el eje central y motor esencial de la mejora continua hasta desarrollar una nueva cultura de seguridad²⁹.

3.2. Particularidades del accidente de trabajo en los casos de desplazamiento

Correlativamente a sus singularidades como colectivo, el desplazamiento de trabajadores presenta otras tantas particularidades en cuanto a posible desencadenante de la responsabilidad empresarial, por supuesto, en el cumplimiento de las obligaciones preventivas que recaen sobre el empresario frente a cualquier trabajador propio, pero, especialmente, respecto a la generación de posibles accidentes. Para poder valorar en su justa medida la importancia de realizar una adecuada prevención de riesgos laborales para los trabajadores desplazados, creemos necesario realizar una pequeña

²⁷ MATORRAS DÍAZ-CANEJAS, A./ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., (2016), *Trabajadores especialmente sensibles: ...*, cit., pp. 56 y 74.

²⁸ IOSH, (2012), “Safety without borders. Keeping your staff healthy and safe abroad”, IOSH, Leicestershire.

²⁹ DE GUTTRY, A., (2012), *Duty of care...*, cit., p. 31.

aproximación a las particularidades que presenta ante esta realidad el concepto de accidente de trabajo.

El art. 156.1 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) establece como concepto de accidente de trabajo: “*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*”. Por tanto, el concepto de accidente de trabajo no tiene en cuenta la territorialidad del lugar donde aquel se produce, desencadenándose toda la responsabilidad que el ordenamiento jurídico prevé en los supuestos de daños sufridos por trabajadores desplazados al extranjero.

Los siguientes apartados del referido art. 156 LGSS diferencian supuestos presumidos como accidentes de trabajo con carácter *iuris et de iure* o *iuris tantum*. En lo que interesa a los desplazamientos, toda vez que los accidentes *in itinere* son declarados de trabajo sin admitir prueba en contrario, resulta más compleja la determinación de laboralidad en los accidentes acaecidos durante el transcurso de la propia misión, respecto a los que sí cabe desarrollar un proceso probatorio para intentar excluir la connotación laboral. En este sentido, destacamos la importancia de la expresión “*con ocasión*” (art. 156.1 LGSS) y “*durante el tiempo y en el lugar del trabajo*” (art. 156.3 LGSS) en relación a las lesiones que pudiera sufrir el trabajador y dieran lugar a la declaración de accidente de trabajo. Esto es especialmente importante también en conexión a los agentes biológicos, característicos de los desplazamientos, ya que, salvedad hecha de los agentes desencadenantes de enfermedades profesionales reconocidas como tales para las actividades laborales correspondientes, sólo quedaría expedito el concepto de accidente de trabajo para los daños ocasionados por ellos.

Por tanto, en relación a los trabajadores desplazados, podríamos entender aclarados dos supuestos de eventual responsabilidad. Respecto al primer supuesto, queda indubitada la consideración como accidente de trabajo de aquellos daños que sufrieran el trabajador durante el trayecto en sí, de ida o vuelta, respecto al país de acogida o lugar concreto de trabajo, es decir, los accidentes *in itinere*. Para los casos en los que daños ocasionados no provengan de accidentes en el trayecto en sí mismo considerado (choque de vehículos, caída de aeronave, hundimiento de barco), la jurisprudencia ha entrado a valorar la conexión existente entre la lesión sufrida y el trayecto. Así pues, cuando las lesiones no devienen del medio de locomoción, no basta con que el trabajador sufra una lesión durante el viaje, sino que se ha de demostrar que el daño se ha producido por el propio trayecto, excluyéndose los supuestos en los que la lesión se hubiese producido hubiese estado el trabajador viajando, o no. Por ejemplo, se ha considerado accidente de trabajo la insuficiencia cardíaca debida una crisis de asma que se produjo durante un vuelo en avión, ya que fue el propio

desplazamiento lo que impidió que el trabajador fuese debidamente atendido, es decir, si no hubiera sido por el desplazamiento, el resultado lesivo no se hubiese producido³⁰. En resumen, los accidentes *in itinere* de los trabajadores desplazados siguen las mismas reglas que los accidentes *in itinere* del personal que permanece en el país de origen, aplicándose a las lesiones acaecidas durante el viaje, pero no por el medio de locomoción propiamente dicho, las mismas reglas que veremos para los daños sufridos durante el desarrollo de la misión. En relación al segundo supuesto aclarado de eventual responsabilidad, también quedarían englobadas en el concepto de accidente de trabajo las lesiones que se produjeran por fenómenos naturales durante el desarrollo de la misión, ya que el legislador español ha excluido expresamente del concepto de fuerza mayor extraña al trabajo (que impediría la declaración de accidente de trabajo) “*la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza*” (art. 156.4.a) LGSS).

Quedaría, pues, por perfilar el concepto de accidente de trabajo respecto a las lesiones que, debido a la naturaleza, a un hecho traumático o una enfermedad, se ocasionan durante el periodo de desplazamiento, pero fuera del tiempo exacto en el que el trabajador está desarrollando su prestación laboral. En este sentido, es paradigmática la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 4364/2015, de 23 de junio, en unificación de doctrina, que vino a declarar como accidente de trabajo la muerte en España de un trabajador desplazado a Tailandia, que, afectado de legionela, fue tratado inadecuadamente en el país de acogida y repatriado de urgencias. En ella, el Tribunal Supremo hace un resumen de su doctrina respecto a la construcción jurisprudencial del accidente en misión (art. 156.3 LGSS), reconociendo su evolución desde una amplia interpretación (según la cual “*todo el tiempo del desplazamiento es “tiempo de trabajo efectivo sin restricción o reserva al horario ordinario o normal de actividad”, y también es lugar de trabajo cualquier “lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual” [... de forma que] si el trabajador “observó una conducta concorde con los patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes, no se produjo ruptura del nexo causal entre trabajo y daño corporal”*”³¹), a otra más restrictiva (sobre la cual, el “*tiempo restante de la “misión”, “cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral” no cuenta con “singular protección cuando no “tiene una conexión necesaria con el trabajo”, por lo que “no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado*”³²). Sobre esta última interpretación, más restrictiva que la inicial, podemos entender que se rechaza, con carácter general, la calificación como

³⁰ STS 16583/1988, de 26 de diciembre.

³¹ Fundamento Jurídico 4.2 de la mencionada STS 4364/2015, de 23 de abril.

³² Fundamento Jurídico 4.3 Ídem.

accidente de trabajo de alteraciones fisiológicas sufridas por trabajadores en misión durante los tiempos de descanso; así, por ejemplo, se ha negado la declaración como accidente de trabajo del ictus isquémico sufrido por un ebanista desplazado a Tel Aviv, ya que aconteció en la habitación del hotel durante el tiempo de descanso y el trabajador presentaba antecedentes de hipertensión arterial esencial, hiperlipemia, obesidad e hipertransaminasemia (STS 1037/2014, de 11 de febrero), o del episodio cardiovascular que aquejó a un interventor de Renfe mientras descansaba en su hotel antes de proseguir ruta al día siguiente (STS 2121/2015, de 20 de abril). Ahora bien, la vía del propio art. 156.1 LGSS continua expedita a la hora de promover la declaración como accidente de trabajo de cualquier lesión padecida por el trabajador desplazado, aún en tiempo de descanso, siempre que se logre probar la relación de causalidad entre dicha lesión y el trabajo, permitiéndose una relación causal no sólo en sentido estricto (*“por consecuencia”*), sino también amplio (*“con ocasión”*): *“no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta”*, en palabras del Tribunal Supremo, *conditio sine qua non*, la cual *“se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla”*³³. Sobre esta base, y por oposición a los ejemplos anteriormente expuestos, sí se ha considerado accidente de trabajo el infarto sufrido en el hotel por un Director provincial del INSALUD, desplazado para participar en una reunión profesional, ya que dicha lesión se vinculó, no al desplazamiento en sí, sino a la situación de alto estrés en la que se veía envuelto por aquellos días³⁴.

De acuerdo con la evolución jurisprudencial expuesta, no cabe entender que cualquier lesión que sufra un trabajador desplazado mientras dure el periodo de desplazamiento se va a calificar como accidente de trabajo, es decir, el mero hecho de encontrarse en un Estado de acogida por razones laborales no expande el deber de responsabilidad empresarial sobre la integridad y seguridad del trabajador hasta englobar cualquier situación de sus 24 horas diarias. Ahora bien, la lesión que sufriese sí merecerá la calificación de accidente de trabajo si se pone de manifiesto una conexión, siquiera laxa, entre la misma y el desplazamiento laboral. A nuestro entender, ello englobaría lesiones que, aún fuera del lugar y tiempo de trabajo, pudiera sufrir el trabajador por meras características propias del país de acogida, pues de no ser por motivos laborales, no se habría visto expuesto a las mismas: fenómenos extremos de la naturaleza (por ejemplo, terremotos) o enfermedades impropias, erradicadas o anecdóticas

³³ Fundamento Jurídico 6.2 Ídem.

³⁴ STS 13869/1988, de 14 de abril.

en España (por ejemplo, malaria). De hecho, a sala comienzan a llegar supuestos en los que se declara la responsabilidad de la empresa que, pese a adoptar medidas preventivas específicas, no llevó a cabo todas las aconsejables o disponibles según el estado de la ciencia para prevenir los daños ocasionados al trabajador desplazado por una enfermedad infecciosa, no declarada profesional y que, de hecho, pudo contraerse perfectamente fuera del ámbito laboral³⁵. Cabe preguntarse qué sucedería en supuestos en los que las lesiones son producto de una realidad humana general, aunque más probable en el país de destino, o en supuestos en los que el comportamiento del trabajador puede haber sido decisivo³⁶. En el primer caso, estamos pensando, por ejemplo, trabajadores desplazados víctimas de secuestros exprés. En el segundo caso, estaríamos en casos de ataques de animales autóctonos o en los que el contagio de la enfermedad se produjese por actos del trabajador sobre cuya prohibición o inconveniencia hubiese sido prevenido por el empresario. La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre casos en los que el trabajador en misión sufre daños por una actividad totalmente ajena al trabajo, incardinada en la esfera privada del trabajador durante su tiempo de descanso, por ejemplo, la muerte por ahogamiento en el mar³⁷. La declaración se efectuó en sentido negativo a la consideración como accidente de trabajo. En la misma lógica, cabe prever también la no declaración como accidente de trabajo de enfermedades contagiosas cuyo mecanismo de transmisión puede ser controlado por el trabajador y se requiera su participación activa (por ejemplo, enfermedades de transmisión sexual)³⁸.

³⁵ STSJ Cataluña 1943/2012, de 12 de marzo de 2012: se trataba de un caso de dengue, enfermedad para la que no existe vacuna, pero de la que es posible detectar serotipo mediante prueba médica; la empresa realizó la correspondiente vigilancia de la salud, incluso, por un facultativo experto en enfermedades tropicales, pero no facilitó la mencionada prueba, la cual habría indicado que el trabajador ya había padecido la enfermedad en el pasado, aun cuando entonces hubiese pasado desapercibida, y habría evitado el riesgo de exponerle a un segundo contagio en India, de impacto gravísimo en la salud, abortando el desplazamiento. Un mejor análisis en: RODRÍGUEZ DE LA MORENA, R., (2015), *Deber de protección. Una visión de la prevención de riesgos laborales en el marco de la internacionalización de las empresas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 30 y 31.

³⁶ Un estudio muestra que más de una tercera parte de los trabajadores desplazados encuestados, mantiene con “más” o “mucho más” probabilidad comportamientos de riesgos (comer en lugares potencialmente no higiénicos, visitar bares y clubs nocturnos, viajar a lugares que no sabe si son seguros, viajar en vehículos sin medidas de seguridad, participar en deportes de riesgo, tener nuevas/s pareja/s sexual/es, mantener sexo no seguro y/o consumir drogas). LEWIS, R. (et al.), (2018), *Keeping international business travellers healthy, happy and engaged at home and away*, International SOS Foundation – Affinity health at work – Kingston University, London, p. 25.

³⁷ La STS de 10/02/83 negó la consideración como accidente de trabajo al fallecimiento de un trabajador debido a asfixia por inmersión ocasionado en su día de descanso mientras se bañaba en la peligrosa playa de Badagry (Nigeria).

³⁸ VICENTE-HERRERO, M.T. (et al.), (2015), “El accidente de trabajo in misión: legislación jurisprudencia española”, en Revista CES Derecho, vol. 6, nº 1, p. 27.

Finalmente, hemos de apuntar que parecemos asistir en los últimos tiempos a una ponderación de las especiales características que presentan trabajos singulares, precisamente, por su gran componente en desplazamientos. En el ámbito de la declaración de accidentes de trabajo, la jurisprudencia viene señalando como casos especiales, el de los transportistas, ya que en ellos no se da un desdoblamiento entre trayecto y trabajo propiamente dicho³⁹, y el de los trabajadores de buques, pues el barco es un medio especialmente peligroso que se constituye en domicilio temporal del trabajador⁴⁰. Más recientemente, también parece abrirse la puerta de esta “especialidad” a los tripulantes de cabina, aclarándose que *“en aras a aplicar la presunción de laboralidad contenida en el art. 115.3 LGSS” se requiere “la singularidad del quehacer profesional desarrollado [...es decir, la exigencia de] desplazarse permanentemente como forma de cumplir la prestación de servicios” o “una conexión directa y necesaria entre la actividad realizada en el momento en que sufrieron [en el caso enjuiciado] el ataque y el tiempo y el lugar de trabajo”*⁴¹. Por tanto, podemos entender que nuestros tribunales comprenden también la singularidad de los trabajadores cuya prestación laboral se

³⁹ STS 2824/1998, de 4 de mayo: se considera accidente de trabajo el diagnóstico de ACVA con hemiparesia derecha sufrida por un conductor mecánico que, en viaje hacia Escocia, paró para dormir en la propia cabina del camión, y despertándose mareado, cedió por dos o tres horas la conducción a su compañero de relevo, hasta que acudió a un hospital al notar parálisis en el lado derecho de su cuerpo; en este caso, aun cuando el trabajador presentaba antecedentes de hipercolesterolemia, hipertensión arterial, H.T.A., tabaquismo y moderado etilismo, las lesiones se produjeron mientras el trabajador descansaba en el propio camión, su centro de trabajo, tras haberlo conducido por muchas horas, y para cumplir con un servicio de vigilancia del mismo, por lo que *“no hay ni siquiera suspensión de la situación de actividad laboral, porque sucede a bordo del camión, aunque en situación de relevo activo, pero con presencia y disponibilidad plena en el propio puesto de trabajo”* (FJ 3º).

⁴⁰ STS 1797/2014, de 24 de febrero: se considera como laboral la muerte de un cocinero en un buque, el cual se encontraba atracado en Dingle (Irlanda) esperando a que amainase el temporal para continuar su ruta, y que, al volver al mismo en su día de descanso, saltó a su barco desde otro barco que se encontraba abarloado y falleció al mar; aunque el accidente se produjo en su tiempo de descanso, aconteció al retornar a la embarcación, que no sólo era el centro de trabajo, sino también su domicilio durante todo el periodo de embarque, entendiéndose por ello que el accidente *“se produjo con ocasión del trabajo ya que es evidente que si el trabajador no hubiera tenido que regresar al barco, no hubiera tenido que exponerse a los agentes lesivos determinantes de la ocasionalidad “relevante” que causó el accidente, en otras palabras el accidente no se hubiera producido. No cabe duda que la mar, [...] es un lugar potencialmente peligroso, peligro seriamente agravado en circunstancias como las concurrentes en el asunto examinado, en el que hay tan malas condiciones climatológicas [...] unidas a la arriesgada forma de acceso al barco, por otra parte forma habitual de acceso [...] las que provocaron el que el trabajador cayera al mar y falleciera”* (FJ 6º).

⁴¹ STS 4742/2017, de 1 de diciembre: *“En primer lugar, el trabajo de la demandante, [...] consistía en la realización de los servicios de vuelo programados a poblaciones dispersas geográficamente, sin una localización fija. En segundo lugar, en el momento en que sufrió el ataque al corazón, veinte minutos después de haber finalizado su trabajo y encontrándose en el aeropuerto al que había sido adscrita de manera temporal, permanecía en sus instalaciones, con el uniforme de la Compañía, a fin de desplazarse al establecimiento donde se alojaba, lo que evidencia la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba cuando sufrió la crisis cardíaca y el tiempo y el lugar de trabajo”*.

caracteriza por el desplazamiento, en algunos casos, para dispensarles una tutela judicial propia sobre la construcción argumentativa de sus circunstancias especiales, y, en otros casos, para amparar situaciones, situadas fuera del lugar y tiempo de trabajo estrictamente concebidos, pero que han resultado lesivas en conexión, siquiera laxa, con el desplazamiento laboral.

3.3. Especificaciones de las obligaciones preventivas ante la internacionalización

Como cabe intuir de lo manifestado, las empresas que desplazan a sus trabajadores, sea cual sea el país de acogida, deben prestar atención, no sólo a su salud y seguridad durante la prestación laboral propiamente dicha, sino también a las particularidades que genera el propio desplazamiento. Aunque las autoridades y organismos internacionales comienzan a tratar esta realidad de forma específica, su singularidad preventiva no ha sido aún regulada⁴². Sin embargo, sí podemos intentar hacer una aproximación a las especificaciones de las obligaciones preventivas en los supuestos de desplazamiento, diferenciando esta situación laboral de especial sensibilidad en tres fases: antes, durante y después del desplazamiento.

3.3.1. Preparación preventiva antes del desplazamiento

Lógicamente, el desplazamiento tiene, ante todo, un componente administrativo. Por una parte, estamos pensando en la obtención/vigencia de pasaporte, permisos de trabajo y visados, que debe ser comunicada al trabajador para que pueda satisfacer personalmente los oportunos trámites. Por otra parte, también se requiere otra documentación, con implicaciones preventivas, que suelen requerir la intervención empresarial, como sería la comunicación del desplazamiento a la Seguridad Social y la obtención del certificado de desplazamiento, por el cual, el trabajador desplazado continuará bajo la protección del sistema de Seguridad Social español. Asimismo, se deberá valorar si se exigen requisitos documentales o acreditativos de formación distintos a los de la normativa preventiva española para poder desarrollar el trabajo en dicho país, por ejemplo, para poder manejar maquinaria pesada, ejercer tareas eléctricas o manejar calderas.

Las empresas que han contratado y van a prestar el servicio, respectivamente, deben nombrar interlocutores válidos en materia preventiva (generalmente, técnicos de prevención o figura similar), mediante los cuales se satisfecerá la intercomunicación e intercambio de información y documentación requerida para cumplir con la LPRL y el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades

⁴² AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., p. 8.

empresariales⁴³. Esta coordinación debe ser entendida en los mismos términos en los que se da la coordinación entre empresas españolas, si bien en el caso de trabajadores desplazados se darán las dificultades propias de coexistir diferentes idiomas, diferentes normas, diferentes formas de entender la prevención.

Más allá de los requisitos administrativos, y una vez entablados los canales de comunicación, la empresa debe ocuparse de las particularidades preventivas propiamente dichas. Como ocurre dentro de las propias fronteras, la prevención parte de una adecuada identificación y evaluación de los riesgos, a los que irán asociadas las correspondientes medidas preventivas, quedando todo ello englobado en un plan de prevención. Así, la empresa inmersa en un proceso de desplazamiento de trabajadores es responsable de identificar “los riesgos predecibles en todas las actividades de la empresa”; el desplazamiento es una actividad más, pero agregada, por lo que se habrá de diseñar una “Evaluación Específica de Riesgos Relacionados con el Desplazamiento” (organización, identificación de riesgos y daños, matriz probabilidad-severidad del daño, control de riesgos, mitigantes del daño, documentación), que “será siempre complementaria a la de los riesgos inherentes a las funciones desempeñadas en los puestos de trabajo”⁴⁴, y sobre la que se establecerá un plan de prevención específico para esta contingencia, por cuanto el general de la propia actividad no cubre las particularidades que se derivan del viaje ni de la idiosincrasia del país de acogida.

En primer lugar, sobre la base del art. 16 LPRL, este plan de prevención debe contener una adaptación del plan de prevención general en lo referente a condicionantes que, pudiendo presentarse en el país de acogida, no se diesen en el país de origen y pudiera afectar a la ejecución laboral propiamente dicha (por ejemplo, empresa constructora que procede de un clima templado y desplaza varias cuadrillas de trabajadores a un país con temperaturas extremas, o la localización de destino se sitúa en una altitud muy superior a la del propio país).

En segundo término, el plan de prevención para desplazados debería abordar posibles medidas frente a los riesgos derivados del propio trayecto, como las medidas a adoptar en caso de largos viajes aéreos o traslados a través del desierto. El viaje en sí mismo puede tener una mayor afectación en determinados trabajadores que, por sus características personales, serían especialmente sensibles ante los riesgos asociados al mismo. Los viajes, especialmente los de larga distancia, pueden requerir la adopción de alguna medida preventiva o, incluso, quedar desaconejados en trabajadores de edad avanzada y, sobre todo, de trabajadoras embarazadas (especialmente, en su

⁴³ FORTEA, E./MINGUEZ, R., (2015), “Procedimiento de actuación...”, cit., p. 14.

⁴⁴ VALLE ROBLES, M.L./ SÁNCHEZ LORES, F.J., (2018), *Medicina del Trabajo...*, cit., pp. 18 y ss.

primer y último trimestre de gestación) y de trabajadores con ciertas enfermedades pre-existentes⁴⁵.

Finalmente, este plan de prevención ha de contemplar los riesgos a los que los trabajadores desplazados quedan expuestos mientras dure la misión, ya se encuentren en jornada laboral o en tiempo de descanso. Es respecto a estos riesgos cuando, más que a una adaptación del plan de prevención, el técnico de prevención se enfrenta a una identificación y evaluación de riesgos singular frente a la de la actividad laboral habitual en el país sede. Aunque algunas voces consideran que algunos de estos riesgos no pueden considerarse estrictamente laborales⁴⁶, otras limitan la prevención respecto a los mismos a la mera información⁴⁷ y otras abordan la cuestión desde la perspectiva de la responsabilidad social corporativa⁴⁸. Por nuestra parte, entendemos que el técnico de prevención de una empresa internacionalizada debe tomarlos en consideración a la hora de realizar su labor, en primer lugar, porque puede afectar a los trabajadores en el lugar y tiempo de trabajo, y, en segundo término, porque aún en tiempo de descanso, el trabajador continúa desplazado por decisión empresarial y, en cierta manera, como vimos en líneas anteriores, en la órbita de la responsabilidad empresarial, pudiendo incardinarse en su deber de cuidado⁴⁹. En todo caso, una estrategia empresarial que considere la prevención de riesgos laborales de los trabajadores desplazados como un elemento diferenciador de la competencia y retenedor de talento, debe ofrecer una identificación y evaluación global de los riesgos que asume el trabajador al aceptar la misión. Esencialmente, se trataría de exponer y tratar los riesgos generales a los que se vería expuesto cualquier habitante o visitante del país de acogida: contagio de enfermedades por condiciones sanitarias deficientes (malaria, uncinaria, arsenicosis, dengue, esquistosomiasis...), fenómenos meteorológicos extremos o catástrofes naturales (monzones, tsunamis, terremotos, erupciones volcánicas...), seguridad ciudadana (guerra, terrorismo, secuestros, delincuencia habitual...), o cualquier otro riesgo significativo del país de acogida (seguridad vial, costumbres relevantes...). Veámoslo a continuación.

⁴⁵ OMS, (2012), *Viajes Internacionales y Salud: Situación a 1 de enero de 2012*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, pp. 22 y 23.

⁴⁶ FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas establecidas en España*, Foment del Treball, Barcelona, p. 17.

⁴⁷ RODRÍGUEZ DE LA MORENA, R., (2015), *Deber de protección...*, cit., p. 27.

⁴⁸ GOLD, D. (comp.), (2013), *Global framework. Safety, health and security for work-related international travel and assignments*, International SOS Foundation, p. 7.

⁴⁹ En el mismo sentido: MATHIASON, T., (2013), "Are You Part of the Global Workforce?: An Examination of the "Duty of Care" to Business Travelers and International Assignees under the ILO Occupational Health and Safety Conventions and as Emerging International Customary Law", en *American University International Law Review*, vol. 28, nº 3.

Establecida la singular identificación y evaluación, y adaptada la planificación de la actividad preventiva, se debe adecuar la correspondiente vigilancia de la salud. En la vigilancia de la salud previa, se ha de establecer un protocolo específico donde, en función de la catalogación del desplazamiento por los riesgos asociados (principalmente será en función del destino), la intervención médico-ocupacional se base en: una “consulta del viajero”, con objeto de resolver dudas, actualizar cartillas de vacunación y evaluar el estado de salud a la luz de la misión laboral, o el despliegue de todo un reconocimiento médico específico de acuerdo a la necesidad y proporcionalidad exigida por el art. 22 LPRL⁵⁰. En todo caso, se recomienda que una parte importante de esta vigilancia se centre en la salud mental⁵¹, por la gran presencia de riesgos psicosociales en todo desplazamiento, así como se aconseja la inclusión de un chequeo dental⁵², al menos, en caso de desplazamientos prolongados y/o a zonas donde resultaría difícil encontrar un dentista cualificado en caso de necesitarse. Como resultado de la consulta o del reconocimiento médico específico, el médico deberá realizar una valoración de la salud del trabajador a desplazar, donde, en función de una adecuada anamnesis, los resultados de las pruebas complementarias que se hayan considerado oportunas, la ponderación de patologías previas y la imposibilidad/administración/rechazo de las vacunas que correspondieran, se informase al departamento de recursos humanos sobre la ausencia de limitaciones, la ausencia de limitaciones bajo determinadas condiciones o la limitación total/provisional del trabajador ante el desplazamiento⁵³, a la luz de los riesgos propios del viaje y de los riesgos del desplazamiento.

En esta vigilancia de la salud previa, las vacunas merecen mención particular. La vacunación puede ser la medida de prevención más eficiente en el caso de riesgo biológico ocasionado por enfermedades no existentes o erradicadas en España, pero endémicas en el país de acogida. Estas vacunas pueden ser recomendadas u obligatorias, pero en ambos casos constituyen una herramienta preventiva fundamental⁵⁴, y debemos recordar que, cuando existen vacunas eficaces frente a la exposición de riesgos biológicos, el art. 8.3 del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo

⁵⁰ VALLE ROBLES, M.L./SÁNCHEZ LORES, F.J., (2018), *Medicina del Trabajo...*, cit., pp. 57-61.

⁵¹ LEWIS, R. (et al.), (2018), *Keeping international...*, cit., p. 34.

⁵² IOSH, (2012), “Safety without...”, cit., p. 5.

⁵³ FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas...*, cit., pp. 24-26.

⁵⁴ La situación sanitaria del país y, en su caso, la necesidad de certificado internacional de vacunación y/o el listados de vacunas recomendadas puede consultarse en la web del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social:

<https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/proteccionSalud/vacunaciones/viajero/home.htm>

(última visita: 07/11/2019).

(en adelante, RD 664/1997), obliga a que estas sean puestas a disposición de los trabajadores. Ahora bien, existe una diferencia fundamental entre vacunas obligatorias y recomendadas. En el caso de las vacunas obligatorias, algunos países exigen que un extranjero aporte el Certificado Internacional de Vacunación antes de permitirle la entrada a su territorio⁵⁵, documento que sólo puede ser emitido por los centros autorizados por la OMS. En otro tipo de vacunas, se deberá valorar su conversión en medida preventiva a la luz del riesgo que se afronte, no ya en función de las características generales del país de acogida, sino de la probabilidad de exposición al riesgo. De este modo, entendemos que podría constituir una medida preventiva la vacunación frente a la hepatitis B en supuestos en los que se prevé un gran contacto con personal autóctono o en los que se aprecia una alta probabilidad de necesitar asistencia médica; la vacunación de la triple vírica en caso de desarrollar tareas sanitarias; la inmunización frente a la varicela en los supuestos de estrecho contacto con niños; la vacunación para prevenir la encefalitis japonesa en caso de dirigirse a determinadas zonas rurales de Asia...⁵⁶ Por otra parte, las características personales del propio trabajador a desplazar también puede desaconsejar alguna vacunación, lo que, a nuestro entender, conformaría a este trabajador como especialmente sensible para el riesgo laboral en cuestión, pudiendo llegar a plantearse, como hemos ya apuntado, lo inoportuno de su desplazamiento en valoración del riesgo a asumir o a la imposibilidad de vacunación (fundamentalmente, trabajadoras embarazadas o que planifiquen estarlo o personas inmunodeprimidas⁵⁷). Debemos tener presente que esta caracterización puede recaer, no ya en el propio trabajador, sino en algún miembro de su familia, especialmente, hijos menores, caso para el que, creemos, la empresa debería contar con un protocolo que determinase la actuación a seguir. Puede que el trabajador que vaya a ser desplazado ya cuente con la correspondiente inmunización por tratarse de vacunas que pertenecen al calendario de vacunación español, pero en caso de no ser así o de exigirse un recordatorio, debe tenerse en cuenta que algunas de estas vacunas están financiadas por el sistema nacional de salud, pero, en caso de no ser así y

⁵⁵ El Reglamento Sanitario Internacional (en adelante, RSI) es un acuerdo internacional, adoptado en 2005 y en vigor desde 2007, que resulta vinculante para 194 países, entre ellos, todos los Estados Miembros de la OMS, y cuyo objeto es la colaboración mutua para salvar vidas frente a enfermedades y otros riesgos sanitarios de propagación internacional.

El art. 31 RSI permite a los Estados Miembros exigir un certificado de vacunación, entre otros supuestos, "cuando sea necesario para determinar si existe un riesgo para la salud pública" o cuando los viajeros "pretenden solicitar una residencia temporal o permanente".

⁵⁶ GARCÍA DE FRANCISCO, A./PRIETO ZANCUDO, C., (2002), "Atención sanitaria al viajero Consulta del viajero (II). Vacunas y profilaxis", en Medifam, vol. 12, nº 2.

⁵⁷ CARLOS CHILLERÓN, A./LÓPEZ-GIGOSOS, R.M./ZUZA-SANTACILIA, I., (2018), "Salud de viajeros e inmigrantes", en Martínez González, M.A. (dir.), *Conceptos de salud pública y estrategias preventivas. Un manual para ciencias de la salud*, 2ª ed., Elsevier, Barcelona, pp. 333-334.

constituir una medida preventiva, el coste ha de ser asumido por el empresario. Al mismo nivel que las vacunas, se sitúan otros fármacos que deban administrarse como profilaxis, fundamentalmente, los antimaláricos. Tanto la vacunación como la administración de profilaxis, especialmente para estancias de larga duración, pueden requerir un proceso de preparación de hasta tres meses⁵⁸, por lo que la empresa habrá de contar con este margen a la hora de establecer la fecha de inicio del desplazamiento.

En todo caso, el viajero a vacunar o a administrar profilaxis ha de ser informado previamente sobre los posibles riesgos relacionados con la no/vacunación o no/aplicación de medidas profilácticas para poder emitir su consentimiento explícito⁵⁹. Por tanto, puede ocurrir que el trabajador a desplazar, habiendo aceptado el viaje, se niegue a la vacunación. En el caso de vacunas vinculadas a un certificado de vacunación, la negativa a ser vacunado determina la imposibilidad de entrar en el país de acogida y, por tanto, imposibilita materialmente la prestación de la relación laboral. En términos prácticos, negarse a recibir la vacunación obligatoria vendría a ser lo mismo que negarse a ser desplazado. Ahora bien, ¿qué ocurre en el caso de las vacunas recomendadas? Se trata de una preocupación en boga debido, no sólo al aumento de las internacionalizaciones, sino también al incremento de personas objetoras a las vacunas. En términos generales, se conecta la “obligatoriedad” de las vacunas con la “responsabilidad” que tal negativa pueda generar para el empresario⁶⁰. A nuestro entender, en la medida en que el empresario tiene la obligación de impedir el acceso a los puestos de trabajo que representen un riesgo para el trabajador, el desplazamiento podrá ser negado a quienes rechacen la vacunación, al menos, en aquellos casos en los que el servicio de prevención determine un importante nivel de riesgo, en ausencia de esta medida preventiva primaria, de acuerdo con su evaluación. Para estos casos, la empresa debería contar con una política transparente en la que se informe de la necesidad de vacunación para cada destino y la configuración de la misma como no/imprescindible en función de los riesgos. Ello permitiría, por un lado, eludir la manipulación de los trabajadores dispuestos a rechazar/aceptar una vacunación para impedir ser desplazado o acceder a determinados destinos, y, por otro, conjurar toda sospecha de discriminación. En todo caso, el ofrecimiento al trabajador de las vacunas configuradas como medidas preventivas, y la respuesta de este a las mismas, deberán constar por escrito⁶¹.

⁵⁸ CARLOS CHILLERÓN, A./LÓPEZ-GIGOSOS, R.M./ZUZA-SANTACILIA, I., (2018), “Salud de viajeros...”, cit., p. 331.

⁵⁹ Aptdos. 3 y 4 del art. 31 RSI. El propio art. 8.3 RD 664/1997 recoge la necesidad de informar previamente sobre las ventajas e inconvenientes de la vacunación.

⁶⁰ DOWLING, D.C.Jr., (2011), “Global workplace health and safety compliance: from the ‘micro’ (protecting the individual traveler) to the ‘macro’ (protecting the international workforce)”, White & Case LLP, New York.

⁶¹ Art. 8 *in fine* RD 664/1997.

Además de para tratar el tema de la vacunación y profilaxis, la intervención médico-ocupacional también debe aprovecharse para ofrecer una guía al trabajador desplazado sobre las medidas higiénico-dietéticas que debe adoptar en función de los riesgos propios de la zona de destino: evitar los cubitos de hielo, no usar agua del grifo para cepillarse los dientes, no salir de noche, usar repelentes y mosquiteras, bañarse únicamente en el mar o en piscinas de agua clorada... En este sentido, sería aconsejable tener preparada una pequeña guía escrita con las recomendaciones higiénico-dietéticas a seguir en función del destino y hacer entrega de la misma al trabajador con ocasión de esta intervención, abriendo una vía de comunicación para resolver las dudas que pudieran plantearse en este momento o durante el desarrollo del desplazamiento.

Más allá de la vigilancia de la salud *ex ante*, para el caso de que el país de acogida esté sometido a importantes riesgos meteorológicos, se deberá ofrecer también al trabajador unas pautas generales sobre los mismos y sobre cómo actuar en caso de verse afectado por terremotos, lluvias torrenciales, tsunamis, huracanes... En este sentido, se le debería instruir sobre qué hacer ante estas situaciones de emergencia y sobre los aspectos a verificar una vez se encuentre en destino (vías de huida, puntos de evacuación, refugios...), así como entregarles igualmente un folleto resumen de actuación.

También se deberá valorar cómo se va a desplazar el trabajador una vez llegue al Estado de acogida, es decir, si habrá de recorrer distancias a pie, emplear medios propios o hacer uso del transporte público. En el primer caso, el empresario deberá comprobar con anterioridad al viaje la validez del permiso de conducir español en el Estado de acogida⁶², así como proporcionar la formación y recomendaciones que aconsejen las particularidades del mismo: distintas normas de seguridad vial, estado de las carreteras, consejos para el tránsito por zonas aisladas, costumbres respecto al *auto-stop*... Al mismo tiempo, sería deseable que la empresa ofreciera información al trabajador desplazado sobre el uso de los transportes públicos (medios disponibles, líneas adecuadas para llegar al lugar de trabajo desde el alojamiento, riesgos asociados al uso de taxis..., incluso, se aconseja que la compañía compre previamente los tickets si es posible hacerlo a través de las webs de las empresas de transportes⁶³) y sobre posibles riesgos asociados a los recorridos a pie (horarios con menos riesgos, zonas a evitar, movimientos en grupo...). No obstante, en países en los que la seguridad vial constituye un verdadero riesgo, se recomienda la contratación de compañías de transporte privado, respecto a las que se haya comprobado su

⁶² AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., p. 58.

⁶³ IOSH, (2012), "Safety without...", cit., p. 8.

licencia de actividad y los permisos de conducir de sus chóferes⁶⁴. Igualmente, se habrá de valorar la posibilidad de que el trabajador realice pequeños desplazamientos dentro del propio país, ya que debe evaluarse, no sólo el modo en el que se desplace en destino, sino también las diferencias intra-fronteras que pueden apreciarse, sobre todo, en países de gran tamaño (por ejemplo, un trabajador desplazado a Rusia no se enfrentará a los mismos riesgos en su día a día, localizado en Moscú, que durante un pequeño traslado al Norte del Cáucaso para mantener una reunión de trabajo)⁶⁵.

Esto último conecta con la evaluación realizada sobre riesgos para la integridad física y vida del trabajador por situaciones de conflicto o alta criminalidad detectada en el país de acogida. En caso de que la evaluación así lo revele, se deberá elaborar y entregar un protocolo de seguridad que incluya identificación de las principales situaciones de violencia, recomendaciones generales, pautas de comportamiento, compañías hoteleras y de transporte homologadas, forma de contactar con las autoridades...⁶⁶. En este sentido, resulta interesante la posibilidad que tienen las empresas de colaborar con la Guardia Civil a través del Programa Plus Ultra⁶⁷, que permite un mejor acceso a los recursos de los que dispone este Cuerpo e, incluso, desarrollar acciones formativas con ellos.

Al abordar los riesgos propios del lugar de destino, tanto la empresa como el trabajador han de ser conscientes de que, en caso de acompañamiento, los familiares quedarían sometidos a aquellos en exactos o muy próximos términos. Por ello, se deberían marcar con carácter general los países o las zonas donde, por sus condicionantes sanitarios o de seguridad, no cabe el desplazamiento familiar, al tiempo que, sobre la base del art. 19.2.a) Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención, se diseñe la intervención de un equipo de asesores externos que, evaluando la situación y necesidades en destino de cada uno de los integrantes del grupo familiar, declaren su no/idoneidad para el desplazamiento, informando a la organización de ello (sin datos de salud) y reportando motivadamente al

⁶⁴ FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas...*, cit., p. 20.

⁶⁵ GOLD, D./JOYCE, J./MAN, V. (eds.), (2016), *Managing the safety, health and security of mobile workers: an occupational safety and health practitioner's guide*, IOSH-International SOS Foundation, p. 19.

⁶⁶ El Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación ofrece unas recomendaciones al viajero diferenciada por países que tienen en cuenta muchos de estos aspectos: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/SiViajasAlExtranjero/Paginas/RecomendacionesDeViaje.aspx> (última visita: 23/11/2019).

⁶⁷ <http://www.guardiacivil.es/es/servicios/seguridadprivada/colaborasegupriva/plusultra/index.html> (última visita: 25/11/2019).

trabajador⁶⁸. De esta forma, sería posible tranquilizar al trabajador en cuanto a la preocupación por su familia, estableciendo a priori zonas rojas al desplazamiento familiar y, en segunda fase, para destinos “no-rojos”, garantizando un estudio por terceros de las necesidades particulares de cada miembro de la familia y de su conjunto.

Tal y como determinan los arts. 18 y 19 LPRL, toda la información reunida sobre riesgos y medidas de protección, debe ser comunicada debidamente a los trabajadores, y correlativamente acompañada de la formación (propia, adaptativa o de refresco) que proceda en materia de requerimientos preventivos y condicionantes del país de acogida, y ello, con carácter previo al inicio del viaje. Esta fase de información y formación puede, y debe, aprovecharse para concienciar a los trabajadores desplazados, pues su implicación preventiva será aún más esencial en el supuesto de desplazamiento. Esto se debe, no sólo a la relajación que puede darse en su celo preventivo como consecuencia de la lejanía respecto a su empresa, sino también porque, dependiendo del Estado de acogida, puede que un riesgo en destino sea precisamente la diferente cultura preventiva o la forma de entender la prevención⁶⁹ que rija en aquel, por contraposición a la que le ha sido inculcada al trabajador o a la que ha pretendido inculcársele en el país de origen. En caso de niveles bajos de riesgo, puede que la información sea la única medida correctora precisa; conforme el nivel de riesgo vaya aumentando, se irá requiriendo una mayor formación y, en su caso, la adopción de otras medidas según lo expuesto, pero, siempre es importante *“educar a los trabajadores y a la organización para que consideren el viaje como un factor de riesgo más”*⁷⁰.

Además, esta fase podría tener también el objetivo de enraizar al empleado que va a ser desplazado, en el sentido de entablar los canales de comunicación confiables y cercanos que se necesitarán para poder hacer un adecuado seguimiento de la prevención durante el desplazamiento. Este seguimiento, no sólo se ha de entender referido a los términos “materiales” de la prevención, sino que, sobre todo, cobra especial sentido en el ámbito de los riesgos psicosociales. Efectivamente, la empresa ha de buscar un contacto constante con el trabajador desplazado como medio de seguir y facilitar la adaptación de una persona que se ve destinada en un entorno por completo extraño a su cotidianidad y que, incluso, puede haber embarcado a toda la familia en esa aventura.

Indudablemente, esta evaluación y planificación de riesgos, de la que hablábamos al comienzo del apartado, ha de englobar también los psicosociales,

⁶⁸ VALLE ROBLES, M.L./ SÁNCHEZ LORES, F.J., (2018), *Medicina del Trabajo...*, cit., pp. 88-90.

⁶⁹ NOGAREDA, C., (2009), NTP 825: “La prevención de accidentes en trabajadores inmigrantes: aspectos a considerar y pautas de intervención”, INSHT, Madrid, p. 2.

⁷⁰ VALLE ROBLES, M.L./ SÁNCHEZ LORES, F.J., (2018), *Medicina del Trabajo...*, cit., p. 52.

los cuales suelen verse claramente modificados por el propio hecho del desplazamiento. Los viajes internacionales pueden someter al trabajador a altos niveles de estrés: separación de la familia y grupos sociales de apoyo, inmersión en una lengua, cultura y costumbres extranjeras, sometimiento a condiciones climáticas ajenas y, quizás, extremas, o posibles amenazas para la integridad física. Aun en el caso de trabajadores que reúnen características personales favorables a los desplazamientos (apasionados de su trabajo, identificados con sus puestos, con gusto por la aventura...), terminan por reconocer el impacto negativo de los desplazamientos, especialmente, cuando sus trabajos consisten en una consecución de los mismos⁷¹. Por tanto, este tipo de estrés debe ser evaluado específicamente en los casos de desplazamientos laborales.

Además, los estudios parecen mostrar que el estrés del viaje puede exacerbar trastornos mentales existentes o hacerlos aparecer por primera vez, observándose una prevalencia de los trastornos mentales superior a lo normal (estrés normalizado, ansiedad, depresión), incluso, en el rango de severidad media y extrema⁷². Esta posibilidad puede intentar minimizarse antes del inicio mismo del viaje a través de la información recopilada y ofrecida al trabajador, así como de la enseñanza de técnicas de autocontrol y de manejo del estrés⁷³.

El desplazamiento también puede aumentar el riesgo de sufrir acoso, discriminación o marginación en el trabajo, si en el país de acogida son generales las actitudes de racismo, xenofobia o rechazo a personas diferentes o, concretamente, hacia determinados colectivos, como el de mujeres trabajadoras⁷⁴. Se aconseja dispensar a estos trabajadores una preparación importante sobre lo que probablemente encontrarán en el lugar de destino, ofreciéndoles todo el soporte que sea factible sobre el terreno, debiendo seguir el trabajador las instrucciones y aconsejándose, en términos generales, un perfil bajo para evitar conflictos⁷⁵. También con objeto de explicar costumbres locales, al mismo tiempo que clarificar qué comportamiento se espera de los trabajadores desplazados, se aconseja la redacción de una guía en la que se oriente al trabajador sobre las conductas desaconsejadas y las pautas laborales a seguir⁷⁶ (por ejemplo, conductas de riesgo durante el tiempo de ocio, regalos aceptables, habitualidad de los sobornos, "costumbre" de gratificar a los funcionarios...). Todo ello permitirá al trabajador aproximarse a la realidad del país de acogida y entender qué comportamiento será el más adecuado conforme a los parámetros marcados por la compañía o más recomendables para su bienestar, por supuesto, dentro de su libertad individual.

⁷¹ LEWIS, R. (et al.), (2018), *Keeping international...*, cit., p. 13.

⁷² LEWIS, R. (et al.), (2018), *Keeping international...*, cit., p. 21.

⁷³ OMS, (2012), *Viajes Internacionales...*, cit., pp. 247 y 248.

⁷⁴ AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., pp. 68-70.

⁷⁵ GOLD, D./JOYCE, J./MAN, V. (eds.), (2016), *Managing the safety...*, cit., pp. 51 y ss.

⁷⁶ LEWIS, R. (et al.), (2018), *Keeping international...*, cit., p. 15.

Dada la complejidad de todo lo expuesto, es aconsejable, especialmente en casos de desplazamientos prolongados, la suscripción de un “acuerdo de desplazamiento”, donde queden establecidas las condiciones en las que se produce el mismo, no sólo en lo que atañe a lo estrictamente laboral (duración, funciones, salarios, trayectoria tras la repatriación...), sino también a aquellas cuestiones que afectan a la familia y entorno del trabajador (traslado del núcleo familiar, número de estancias cortas en el país de origen...) y a las facilidades que pone a disposición del trabajador la propia empresa (viaje, seguros privados, alquiler de vivienda, matriculación en colegios...). La suscripción de este acuerdo permite compilar todos los condicionantes que han dado lugar a la conformación del desplazamiento y a la aceptación del mismo por parte del trabajador. Empresa y trabajador estarían, con ello, más confiados en los términos comprometidos y esperados por cada parte. Paralelamente, se aconseja anexar a dicho acuerdo todos los protocolos y guías redactados con ocasión de los riesgos detectados en el país de acogida, y que hemos ido mencionando a lo largo de estas líneas, pues serviría como prueba del cumplimiento preventivo empresarial⁷⁷ y como soporte de la información y formación recibida.

También por esta complejidad, algunos autores⁷⁸ parecen apuntar hacia la propia selección de trabajadores como una herramienta de prevención, ya que el conocimiento de los riesgos a asumir en el desplazamiento permite idear el perfil que debería tener el trabajador a seleccionar, por ejemplo, carencia de patologías previas, resistencia al estrés, formación en conducción bajo circunstancias especiales, aptitudes y actitudes ante situaciones de violencia... No obstante, a nuestro entender, la elaboración de este perfil debería limitarse a características psicológicas estrechamente unidas al gusto por los viajes (sentido de la aventura, apertura a conocer nuevos lugares y personas, rechazo a la rutina...)⁷⁹, pero nunca debería constituir en sí misma una estrategia preventiva. En primer lugar, podría conllevar una discriminación encubierta; por ejemplo, pensemos en una política empresarial que determine una edad tope o la soltería como característica personal para protagonizar la internacionalización, en el convencimiento de que los trabajadores que las reúnan ofrecen mayores garantías de éxito. En segundo término, la prevención de riesgos laborales tiene

⁷⁷ CONTIN GUILLÉN, J., (2010), Libro blanco “El Deber de Protección del empleado expatriado o desplazado en la legislación española”, SOS Assistance España, Madrid, p. 6.

Bajo la expresión “factores facilitadores”: LÓPEZ CUMBRE, L., (2018), “Prevención laboral y protección social de los trabajadores expatriados”, en Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, nº 138, p. 349.

⁷⁸ Concretamente, se alude a la predisposición, la edad, la experiencia internacional previa, la situación familiar y la sensibilidad. FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas...*, cit., pp. 26-27. En el mismo sentido, AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., pp. 71 y ss.

⁷⁹ LEWIS, R. (et al.), (2018), *Keeping international...*, cit., p. 37.

entre sus principios la identificación, evaluación y eliminación/minimización de riesgos, no la búsqueda del personal “más resistente”; de hecho, hoy nadie se plantearía contratar a trabajadores en la misma lógica que destinó a los indios *mohawks* a la construcción de los rascacielos de la Gran Manzana. Por otra parte, si las empresas tienden a generalizar y normalizar sus procesos de internacionalización, es de esperar que se reduzca el número de trabajadores “especialmente resistentes” a los desplazamientos entre los que pueda escoger; más aún en caso de desplazamientos para la realización de trabajos de especial cualificación o en los que otras características personales, distintas a la predisposición natural a los desplazamientos laborales, sean fundamentales para el éxito del proyecto. La clave, pues, tal y como ocurre dentro de las propias fronteras, es la adaptación de la internacionalización (tarea) a cada trabajador, debiéndose evaluar y tomar medidas en función de los riesgos de destino y de las necesidades particulares de la persona a desplazar⁸⁰. Así, algunos organismos internacionales ya están trabajando en ello, ofreciendo consejos particularizados para colectivos que pueden encontrar especiales dificultades en algunos destinos, por ejemplo, trabajadores LGTBI, trabajadores jóvenes, trabajadores de mayor edad o trabajadores con discapacidad⁸¹. En la misma lógica, se entiende que las mujeres desplazadas pueden encontrar especiales dificultades a la hora de realizar viajes de trabajo o negocio, por considerarlos tradicionalmente como un ámbito masculino, por lo que estos organismos también están aconsejando el diseño de medidas, como ayudas corporativas al cuidado de los hijos, para que la empresa puede colaborar al éxito de los proyectos internacionales sin renunciar al desplazamiento de su capital femenino⁸². Estas orientaciones basadas en las características generales de colectivos, constituyen una fuente desde la que la empresa puede desarrollar su labor de adaptación preventiva, no desde la selección como medida fundamental, sino de la gestión del talento y el compromiso humanístico.

3.3.2. Continuidad preventiva durante el desplazamiento

Ante todo, se deberá garantizar la asistencia sanitaria, tanto en caso de enfermedad común, como en el supuesto de enfermedad profesional/accidente de trabajo, ya que, como vimos anteriormente, el concepto de accidente de trabajo no tiene en cuenta la territorialidad del lugar donde se produce, por lo que la empresa deberá tratar al trabajador desplazado que sufriese un accidente laboral o enfermedad profesional, tal y como haría con un trabajador en territorio español. La gestión variará en caso de tratarse de un desplazamiento dentro de UE/EEE, de un desplazamiento hacia países con los que España

⁸⁰ GOLD, D./JOYCE, J./MAN, V. (eds.), (2016), *Managing the safety...*, cit., p.11.

⁸¹ BURTZLAFF, P./ VAN HERWIJNEN, T., (2016), “Disability inclusive health, safety and security management. A vital part of Duty of Care”, CBM.

⁸² LEWIS, R. (et al.), (2018), *Keeping international...*, cit., pp. 13 y 20.

mantenga un convenio bilateral, o de un desplazamiento hacia países fuera de UE/EEE que tampoco cuenten con un convenio bilateral. Si el país de acogida forma parte de la UE/EEE, el obtener la Tarjeta Sanitaria Europea antes de iniciar el desplazamiento le permitirá acceder a la sanidad pública de dicho país en las mismas condiciones que sus nacionales (lo que no implica necesariamente gratuidad del servicio). Si, pese a tratarse de otro país, existe un convenio de colaboración entre el sistema social español y el del país de destino, la documentación entregada por la Seguridad Social le permitirá también acceder a la sanidad en las mismas condiciones que sus nacionales. En cualquier otro caso, se deberá indicar al trabajador desplazado los centros sanitarios a los que puede acudir de acuerdo con las indicaciones de la Mutua. No obstante, es aconsejable que las empresas inmersas en procesos de internacionalización cuenten con seguros privados. El objetivo debería ser doble. Por una parte, mantener una asistencia sanitaria en las condiciones más similares posibles a las que se tiene en el país de origen⁸³, cubriendo, además de accidentes laborales y enfermedades profesionales, cuya cobertura queda al amparo de las Mutuas, una asistencia primaria básica. Además, estos seguros vendrían a cubrir otras contingencias no sanitarias en función de los riesgos detectados, tales como vida y discapacidad, robo, secuestro y rescate, guerra y sucesos violentos o repatriación⁸⁴. De todos modos, en caso de que la prestación laboral se desarrolle en zonas rurales alejadas o sea muy complejo acceder a hospitales o centros de salud que reúnan las mínimas condiciones, la empresa deberá proveer al trabajador de un botiquín de viaje con medicamentos y material de curas, así como impartirle las nociones e instrucciones precisas para un uso adecuado⁸⁵. Su concreto contenido será determinado por el médico del trabajo en función del país de acogida y de los riesgos específicos detectados⁸⁶.

Durante desplazamientos prolongados, además de continuar con la vigilancia de la salud propia de la actividad laboral, se deberá estudiar si se requiere adaptar las pruebas y controles habituales o se han de añadir otros nuevos, por lo tanto, la vigilancia de la salud ha de tener el contenido y la periodicidad que determine el médico de trabajo en función de los riesgos detectados. Los riesgos médicos del desplazamiento variarán en función del destino y de la duración de la estancia, pero también lo harán en función de la

⁸³ FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas...*, cit., pp. 14 y 30.

⁸⁴ EANDI, S. (et al.), (2011), "Employees in harm's way: Practical considerations for the multinational employer", Client Alert, Baker & McKenzie, p. 6.

⁸⁵ AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., p. 57.

⁸⁶ FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas...*, cit., p. 19.

persona, pues, incluso partiendo de una aptitud para viajar, por ejemplo, las enfermedades crónicas pueden verse descontroladas por el nuevo ambiente o el cambio de hábitos⁸⁷. Sea como fuere, llegado el momento de realizar una vigilancia periódica de la salud, se debe tener en cuenta que, en el caso de la UE, la Directiva 96/71 valida los certificados emitidos por una entidad autorizada en España, sin embargo, es posible que la empresa que contrata los servicios exija que la vigilancia sea realizada por una autoridad nacional del país de acogida y conforme a sus criterios⁸⁸.

Se trate de desplazamientos largos o cortos, las empresas deben garantizar la asistencia preventiva allí donde se produzca la prestación laboral. Así, en el plan de prevención también debería contemplarse, en su caso, la necesidad de contratar ex profeso servicios de prevención ajenos en el lugar de trabajo⁸⁹, de designar recursos preventivos, o de incluir en el grupo de desplazados un técnico de prevención. En el caso de nombramientos, se debería estudiar previamente si la persona elegida debiera reunir algún requisito extra de acuerdo con las regulaciones del país de acogida para proceder a su homologación. Como mínimo, sería aconsejable nombrar un trabajador de “enlace”, que, contando al menos con un nivel básico en prevención, pueda actualizar la información de que dispone el técnico de la empresa, que permanece en origen, para que pueda satisfacer todas las obligaciones preventivas (actualización de la identificación y evaluación de riesgos, nuevas sesiones formativas, mantenimiento de la coordinación de actividades...) ⁹⁰.

La empresa mantiene su obligación de información y formación preventiva continua respecto a sus trabajadores desplazados, cuyo cumplimiento se ve facilitado a través de las herramientas telemáticas que hoy son el día a día de cualquier empresa de cierto tamaño. Sobre la empresa recae la obligación de poner los medios precisos para que el personal desplazado se mantenga puntualmente informado sobre los riesgos detectados (evaluación de riesgos dinámica), las medidas y los procedimientos establecidos; correlativamente, nace para el trabajador desplazado la obligación de mantenerse actualizado⁹¹.

En este sentido, puede suceder que la dinámica socio-política de un país determine la aparición de nuevos riesgos que no eran identificables en el momento de plantear el desplazamiento. Pensemos, por ejemplo, en una crisis

⁸⁷ GOLD, D./JOYCE, J./MAN, V. (eds.), (2016), *Managing the safety...*, cit., pp. 42 y ss.

⁸⁸ FORTEA, E./MINGUEZ, R., (2015), “Procedimiento de actuación...”, cit., p. 13.

⁸⁹ AA.VV., (2019), *Tutela preventiva...*, cit., p. 54.

⁹⁰ FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas...*, cit., pp. 31.

⁹¹ GOLD, D./JOYCE, J./MAN, V. (eds.), (2016), *Managing the safety...*, cit., p. 22.

política que, repentinamente, ocasiona revueltas y disturbios. Las entidades internacionales tienen muy claro que la responsabilidad empresarial respecto a los trabajadores desplazados no engloba únicamente los tradicionales *health and safety*, sino también *security*⁹². Aunque, las actuales normas preventivas son extremadamente vagas en relación al deber de protección que ha de dispensar el empresario frente a las acciones de terceros (crimen, terrorismo, guerra), es muy probable que cualquier trabajador desplazado que sufra daños en este contexto reclame a su empresa, la cual deberá justificar las medidas facilitadas para su protección ante una situación que, a posteriori, siempre aconsejaría haber adoptado mayores medidas si llega a producirse un daño (¿debería el empresario facilitar guardaespaldas, chalecos antibalas, coches blindados...?)⁹³. Si el destino es especialmente peligroso, sería aconsejable que se desplace un equipo en el que uno de los trabajadores, especialmente formado, sea responsable de la seguridad de todos⁹⁴. A la presente fecha, también podemos entender que la empresa deba reaccionar para ofrecer la información y formación adecuadas para garantizar la seguridad de los trabajadores desplazados y, en su caso, de sus familias⁹⁵. En última instancia, sobre la base de los arts. 20 y 21 LPRL, y cuando la situación así lo aconseje, deberá poner todos los medios a su alcance para interrumpir la actividad del trabajador y garantizar su seguridad (gestión de crisis)⁹⁶, lo que, a nuestro entender, englobaría la evacuación o repatriación de emergencia. En estos casos, se debe contar con un plan de crisis pre-establecido, con un equipo interdepartamental para la toma de decisiones y un sistema de información rápido y eficiente, en el que la localización y comunicación con los trabajadores desplazados sea la prioridad⁹⁷, y se hayan previsto modos alternativos para facilitarles medios de transporte, asistencia sanitaria, seguridad o dinero⁹⁸. Asimismo, la empresa habría de entablar y cuidar una relación cercana con el consulado correspondiente con objeto de facilitar su intervención en estos casos de emergencia⁹⁹.

⁹² INTERNATIONAL SOS FOUNDATION, (2012), "The responsibility of duty of care for people traveling away from home", International SOS Foundation, p. 2.

⁹³ WHITE & CASE LLP, (2011), "Duty to protect staff in overseas danger zones like Egypt", White & Case LLP, New York, p. 2.

⁹⁴ IOSH, (2012), "Safety without...", cit., p. 9.

⁹⁵ FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas...*, cit., p. 31.

⁹⁶ CONTIN GUILLÉN, J., (2010), Libro blanco "El Deber...", cit., p. 4.

⁹⁷ RIGLIETTI, G./AGUADA, L./CLARKE, R., (2018), *Communicating risks with a global workforce*, Business Continuity Institute-International SOS Foundation-Everbridge, p. 13.

⁹⁸ EANDI, S. (et al.), (2011), "Employees in...", cit., pp. 2 y 3.

⁹⁹ FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas...*, cit., p. 28.

No sólo para facilitar información de urgencia, sino también para hacer el correspondiente seguimiento del desplazamiento, la empresa debe garantizar la comunicación con el trabajador. En este sentido, se aconseja proporcionar teléfonos de empresa e, incluso, teléfonos vía satélite para las zonas más remotas e inaccesibles¹⁰⁰. La comunicación entre empresa y trabajador es clave en relación a la prevención de riesgos psicosociales durante el desarrollo de la prestación, ya que es motivo de estrés añadido, a la lógica adaptación a un nuevo contexto laboral, la sensación que pueda tener el trabajador de falta de apoyo desde su empresa matriz. Su prevención implicaría hacer un seguimiento del trabajador y de su adaptación profesional y familiar, “tanto en su vertiente formal como informal”¹⁰¹. Asimismo, se pueden adoptar una serie de medidas de cara a crear un soporte corporativo, como puede ser, viajar en equipo en lugar de un solo trabajador, fomentar una cultura abierta para permitir la comunicación vertical y horizontal en cuanto a problemas y experiencias, y aprovechar las herramientas corporativas para compartir vivencias¹⁰².

Especialmente cuando los desplazamientos son de cierta duración, aparece el riesgo de “choque cultural”, conformado por distintos síntomas como ansiedad, depresión o miedo, y que se puede producir cuando el trabajador se encuentra de repente en una nueva cultura por completo ajena. Este choque ha de enfrentarse mediante un proceso de adaptación, auto-comprensivo, en el que el estrés se ve reducido en supuestos en los que el trabajador cuenta con una red familiar o social de apoyo, se logran mantener algunas costumbres y se fomenta el acercamiento a los nuevos compañeros de trabajo y la participación en actividades de la nueva comunidad¹⁰³. A ello también colaboraría la empresa estableciendo una política de *bleisure time*¹⁰⁴ que, alejada de cualquier arbitrariedad por parte de los jefes, permitiese disfrutar de tiempo de ocio/familiar en el lugar de destino, facilitase el conocimiento del lugar, su gente y cultura, y reforzase una impresión positiva del tiempo de desplazamiento.

En la evaluación de riesgos se deberá haber analizado también el tiempo necesario para completar el desplazamiento y el descanso que medie entre el fin del viaje desde/hasta el domicilio y el comienzo/fin de la jornada. Ello es importante en dos sentidos. El primero, en cuanto a la duración de las jornadas de trabajo, ya que, en los desplazamientos cortos, se pretende maximizar el tiempo de trabajo, y, aún en los desplazamientos de larga duración, los estudios muestran que la carga de trabajo es superior y las jornadas se alargan

¹⁰⁰ IOSH, (2012), “Safety without...”, cit., p. 6.

¹⁰¹ AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., p. 70.

¹⁰² LEWIS, R. (et al.), (2018), *Keeping international...*, cit., pp. 37 y 38.

¹⁰³ OMS, (2012), *Viajes Internacionales...*, cit., p. 256.

¹⁰⁴ LEWIS, R. (et al.), (2018), *Keeping international...*, cit., p. 15.

sensiblemente¹⁰⁵. Por otra parte, en la evaluación del descanso del trabajador, se debe tener en cuenta aspectos tales como si la prestación consiste en trayectos recurrentes por carretera (por ejemplo, semanalmente) o si el propio trabajador debe efectuar largos trayectos en su vehículo tras realizar un importante esfuerzo físico o intelectual¹⁰⁶. Como para cualquier trabajador, los periodos de descanso son importantes y, en el caso de los desplazados, cobra especial importancia que se sientan tranquilos y seguros. No obstante, hasta el momento no contamos con normas precisas al respecto. La Directiva 957/2018 ha abierto la oportunidad al legislador español de regular las condiciones que deben reunir el alojamiento de los trabajadores desplazados. Aunque la Directiva se refiere a aquellos alojamientos que les ofrezca in/directamente los empleadores, sería deseable que se abordase finalmente la cuestión desde el punto de vista preventivo, englobando desplazamientos nacionales y extra/intra comunitarios¹⁰⁷. De hecho, los expertos en la materia afinan sus recomendaciones en cuanto a hoteles para aconsejar (seguridad, traslados, higiene, catering, circuito cerrado de televisión...), no sólo sobre las características que debe reunir el mismo, sino también sobre la elección de habitación (piso, proximidad a una salida de emergencia, doble cierre...)¹⁰⁸.

Para todos estos aspectos, así como para los abordados en el apartado previo al inicio del viaje, resulta fundamental la colaboración del trabajador en aras de satisfacer el principio de mejora continua. Cualquier incidente debe ser reportado como medio de comprobar la efectividad de las medidas de protección adoptadas y, en su caso, para identificar nuevos riesgos o proceder a realizar una re-evaluación.

3.3.3. Cierre preventivo tras el desplazamiento

Retornado el trabajador desplazado a su país de origen, y desde la óptica de la vigilancia de la salud, el Servicio Médico deberá determinar cuándo procede contar con un programa específico de salud, valorando si se requiere todo un seguimiento o si resulta necesaria la realización de determinadas pruebas, ya que la afectación a su salud puede manifestarse, incluso, un año después¹⁰⁹. Así, mediante protocolo del Servicio Médico se podrá determinar la procedencia de este reconocimiento de retorno cuando el trabajador retornado presente alguna sintomatología, cuando se emitiera un apto con limitaciones en la fase previa al desplazamiento o, con carácter general¹¹⁰, cuando la estancia se

¹⁰⁵ LEWIS, R. (et al.), (2018), *Keeping international...*, cit., p. 23.

¹⁰⁶ AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., pp. 50 y 51.

¹⁰⁷ AA.VV., (2019), *Tutela preventiva ...*, cit., pp. 51 y 52.

¹⁰⁸ GOLD, D./JOYCE, J./MAN, V. (eds.), (2016), *Managing the safety...*, cit., pp. 35 y 36.

¹⁰⁹ CARLOS CHILLERÓN, A./LÓPEZ-GIGOSOS, R.M./ZUZA-SANTACILIA, I., (2018), "Salud de viajeros...", cit., p. 331.

¹¹⁰ OMS, (2012), *Viajes Internacionales...*, cit., p. 27.

haya efectuado en determinadas zonas con riesgos especialmente graves por contagio de enfermedades o se trate de trabajadores especialmente sensibles al desplazamiento (embarazo, enfermedades pre-existentes o administración de ciertos fármacos). La salud mental habrá de jugar un papel muy importante en esta vigilancia, no sólo para poner de manifiesto posibles afecciones, sino también para darle la oportunidad al trabajador de transmitir cómo ha podido verse afectada su mente y así poder extraer un aprendizaje de cara a otros desplazamientos¹¹¹.

Además de la posible afectación que la experiencia pueda haber tenido en la salud mental del trabajador desplazado, los riesgos psicosociales también están muy presentes en el propio momento del retorno. Es posible que este ocasione un “choque cultural inverso”, entendido como la generación de sentimientos de frustración, confusión, ansiedad y tristeza al volver al Estado de origen, sobre todo, cuando el desplazamiento ha sido bastante prolongado y si el trabajador espera que su vida futura sea menos emocionante y satisfactoria¹¹². En este caso, deberá procurarse un nuevo proceso de re-adaptación del trabajador retornado en el que se haga partícipe a su entorno familiar y social con objeto de facilitarle la generación de nuevas rutinas y de que pueda sentirse integrado. También puede suceder que el equilibrio psicosocial del trabajador retornado se vea afectado por las expectativas que en él se hubiesen generado acerca de cuál habría de ser su vida al regresar; por ello, aun en los casos en los que se abordase, como aconsejamos en líneas anteriores, esta cuestión en el “acuerdo de desplazamiento”, la empresa debe mantener una comunicación fluida con el trabajador desde meses antes del regreso a fin de aclarar o concretar las posibles vacantes existentes, las funciones o proyectos a desarrollar, las nuevas condiciones socio-económicas, etc., y todo con el objetivo de que sus expectativas se ajusten lo mejor posible a la realidad y, a la vez, se sienta valorado¹¹³.

4. Conclusiones

Tras todo lo expuesto, cabe entender que el desplazamiento de la fuerza de trabajo puede requerir un importantísimo esfuerzo a las organizaciones, el cual se antoja aún más intenso en el ámbito, por demás mayoritario, de las pymes, las cuales no cuentan en su organización con departamentos dedicados en exclusiva a verificar el cumplimiento de la legalidad ni pueden desplegar un trabajo corporativo de profesionales expertos en prevención, recursos humanos, aseguramiento y *compliance*. Afortunadamente, la dimensión global de la

¹¹¹ LEWIS, R. (et al.), (2018), *Keeping international...*, cit., p. 34.

¹¹² OMS, (2012), *Viajes Internacionales...*, cit., p. 256.

¹¹³ FOMENT DEL TREBALL (ed.), (2012), *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Internacionalización. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas...*, cit., p. 33.

economía favorece la aparición de empresas dedicadas en exclusiva o expertas en el desplazamiento de trabajadores, a cuyo consejo se puede recurrir para facilitar la tarea. Igualmente, comienzan a publicarse buenas prácticas en la materia, que pueden arrojar luz y articular el camino; así, el British Safety Institute publicó en 2016 la PAS 3001:2016, una especificación que pretenden ayudar a las empresas a gestionar los riesgos a los que se enfrentan sus trabajadores cuando viajan, así como a desarrollar políticas y estrategias destinadas a la prevención y mitigación de esos riesgos.

Sea a través de medios propios y/o con el apoyo de terceros especializados en la materia, lo que se nos antoja más evidente es la necesidad de que toda empresa inmersa en procesos de internacionalización o que piense estarlo en tiempos venideros, debe trabajar en la adopción de una auténtica política corporativa sobre desplazamiento de trabajadores. Especialmente si se trata de empresas que envían a trabajadores al extranjero, pero también si van a colaborar con trabajadores de empresas extranjeras, las organizaciones deben abordar esta cuestión de manera singular y plena, desde el convencimiento de que la seguridad, salud y bienestar de los trabajadores en el extranjero, propios y de terceros, no es sólo una cuestión de cumplimiento legal y mitigación de riesgos judiciales, sino aún más de derechos humanos y sociales que redundan en su rendimiento, éxito y responsabilidad corporativa. En este sentido, la construcción del deber de cuidado sobre el ámbito del desplazamiento de trabajadores parece expandir la óptica tradicional de la prevención de riesgos laborales para exigir, por supuesto, la cuidadosa observancia de la legislación aplicable, pero también la adopción de medidas de protección y salvaguarda del trabajador desplazado más allá de su lugar y tiempo de trabajo. Esta expansión, unida a las seguras afecciones psico-sociales y a las posibles implicaciones familiares, obliga a desplegar un esfuerzo conjunto de toda la organización por generar una visión omnicompreensiva de los procesos de desplazamiento.

MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES: LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y LA AUTORIDAD LABORAL EUROPEA EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA PRECARIEDAD EN EL EMPLEO*

MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE HUELVA

ORCID: 0000-0002-2596-7707

1. Introducción

La aplicación de los principios fundamentales del mercado interior reconocidos a través del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), especialmente de la libertad de circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, ha llevado a la elaboración de cuantiosas normas de derecho derivado, que tratan de profundizar en la aplicación y cumplimiento de los principios, a la vez que se tratan de proteger los derechos de igualdad de las empresas y, por lo que a nosotros interesa, las condiciones laborales de los trabajadores que son desplazados por sus empresas en el marco de una prestación de servicios transnacional, al amparo de estos principios fundamentales. La necesidad de luchar contra el “dumping social” que genera precariedad en el empleo y discriminación de trabajadores en el marco de los desplazamientos transnacionales, así como la de acabar con las prácticas fraudulentas y el trabajo no declarado en este ámbito, también ha sido objeto de regulación en el derecho derivado, de forma que, en 1996, se adoptó la Directiva 96/71/CE con la intención de regular los pormenores del desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Pero, como veremos en este capítulo, no debemos perder de vista el difícil equilibrio que ha existido siempre entre el establecimiento de medidas de control y los requerimientos administrativos de los Estados miembros de cara a

* Este trabajo se enmarca en los resultados del Grupo PAIDI SEJ-322 y de los Proyectos “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: Desigualdad, precariedad y exclusión social” (RTI2018-098794-B-C31) y “Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social” (FEDER18-1264479 y US-1264479).

estos desplazamientos transnacionales de los trabajadores, y el respeto al principio de libre prestación de servicios. Pues, como constataremos en este estudio, el Tribunal de Justicia de la UE ha rechazado cualquier obstáculo al ejercicio de este principio fundamental dentro de la UE y del espacio económico europeo, impuesto por los Estados miembros o los firmantes del Acuerdo del Espacio Económico Europeo¹, por contravenir los artículos 56 y 57 del TFUE.

Como veremos también, la Directiva 96/71/CE resultó insuficiente en su regulación, debiendo construir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una jurisprudencia interpretativa de la misma, que ha dado lugar, precisamente por los pronunciamientos de éste, a varias revisiones de la norma que han pretendido avanzar en la garantía de los derechos de los trabajadores desplazados y en la igualdad de las empresas implicadas y, sobre todo, en el respeto de las libertades de establecimiento y prestación de servicios². Así, la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, vino a establecer ciertos mandatos para garantizar el cumplimiento de ésta, siendo transpuesta a nuestro ordenamiento interno en 2017, a través del Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo.

Recientemente, en un intento por fomentar el llamado Pilar Social Europeo de Derechos Sociales y de dar más protagonismo a la dimensión social de la política de la Unión³, el Parlamento Europeo y el Consejo, han elaborado una nueva revisión de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores, con el objetivo de avanzar en el logro del equilibrio entre “la necesidad de fomentar la libre prestación de servicios y garantizar condiciones de competencia equitativas, por un lado, y la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores desplazados, por otro”⁴. A estas nuevas previsiones que incluye

¹ Las referencias a los Estados Miembros, en adelante, se entenderán hechas también a todos aquellos que forman parte del Espacio Europeo Económico, tal y como consta en la Directiva 2018/957.

² En este sentido, resulta de interés el capítulo de esta misma obra destinado a los aspectos individuales, elaborado por el Profesor Calvo Gallego, quien realiza un recorrido en profundidad por la jurisprudencia del TJUE en la materia.

³ Pilar Social Europeo que está fundado en el artículo 3 del TFUE, que hace referencia a una economía social de mercado, de pleno empleo y al progreso social, a combatir la discriminación, a promover la justicia y la protección social, a la igualdad entre hombres y mujeres, la solidaridad entre generaciones y la protección de los derechos del niño. Vid. en relación con el desarrollo de este Pilar Europeo, M. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Nuevos instrumentos regulatorios de la Europa Social”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, 2019, pp. 1043 y ss.

⁴ Vid. Considerando 4º de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE L. 173, de 9 de julio de 2018). Precisamente esta consecución del equilibrio entre la defensa del principio de libre prestación de

la Directiva 2018/967, cuyo plazo de transposición finaliza el próximo 30 de julio, hay que añadir las que recoge la Directiva 2019/1152⁵, que mejora y refuerza la obligación de comunicación de las empresas de las condiciones de trabajo a sus trabajadores desplazados⁶.

En lo que a nosotros interesa, de cara a desarrollar este estudio, entre los objetivos que recoge la nueva Directiva 2018/967, también se encuentran la necesidad de hacer un seguimiento, tanto por parte de los Estados Miembros como por parte de la Comisión Europea, a este fenómeno del desplazamiento de trabajadores, con el fin de contar con datos estadísticos suficientes, en particular, en sectores de empleo específicos⁷. De ahí que se refuercen los deberes de información y transparencia por parte de los Estados Miembros. Pero también es preciso que esa información fluya entre los Estados implicados en los desplazamientos de trabajadores para poder garantizar la aplicación de condiciones de trabajo adecuadas y equitativas a éstos. Pues, tal y como han puesto de manifiesto las instituciones europeas, la Directiva resulta ineficaz sin una adecuada cooperación entre los Estados implicados en el desplazamiento de carácter transnacional.

Los sistemas de coordinación y cooperación administrativas, reforzados tras la Directiva 2014/67, se completan con otros sistemas de información que ya venían funcionando, como el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), regulado por el Reglamento (UE) n° 1024/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012⁸, que se concibe como una herramienta de intercambio de toda la información –incluidos datos personales– que sea requerida como obligación jurídica impuesta a las autoridades y organismos de

servicios y la garantía de condiciones equitativas para los trabajadores, ha sido el aspecto más demandado por la Comisión Europea, tal y como lo pone de manifiesto, por ejemplo en la Comunicación de 13 de junio de 2007 sobre “desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores”, conforme a la cual, “a la hora de controlar el cumplimiento del núcleo de normas imperativas aplicables, los Estados miembros deben procurar un justo equilibrio entre, por una parte, la necesidad de ofrecer y garantizar una protección efectiva de los trabajadores y, por otra, la necesidad de velar por que los requisitos formales y las medias de control que se utilizan o imponen para garantizar el respeto de las razones imperiosas de interés general (como la protección de los trabajadores desplazados), incluida la manera en que efectivamente se aplican, cumplen o se implementan en la práctica, estén justificadas y sean proporcionales con los objetivos perseguidos”.

⁵ Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE L. 2019-81159, de 11 de julio).

⁶ Vid. el comentario a esta Directiva que realiza M. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, “La Directiva 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n°11, 2019, pp. 1089-1108.

⁷ Considerando 5 de la Directiva 2018.

⁸ DOCE L.316 de 14 de noviembre de 2012.

los Estados miembros en la legislación de la Unión. Y se afianzan en la Directiva 2018, donde se regula un auténtico deber de los Estados Miembros de colaborar y coordinar actuaciones, incluso conjuntas, en el control y vigilancia de las normas relativas a las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados. Todo, como veremos, con la supervisión de la Comisión Europea, a quien la Directiva le otorga la función de examinar la aplicación y el cumplimiento de la misma⁹.

Sin duda, uno de los aspectos que más preocupa a las instituciones de la Unión Europea es la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad dentro del Espacio Económico Europeo, y, en particular, la igualdad de remuneración. Para proteger y garantizar la aplicación de estos principios de igualdad en las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados, se hace preciso que tanto las autoridades y organismos europeos competentes, como los propios Estados puedan conocer y verificar dichas condiciones. Para ello, se refuerzan, como hemos dicho, los mecanismos de comunicación, transparencia e información entre Estados y entre éstos y las autoridades europeas¹⁰, dirigiendo a aquéllos el mandato de garantizar que la información contenida en el sitio web nacional oficial único –obligación que ya creara la Directiva 2014/67– es exacta y que es actualizada periódicamente.

En tercer lugar, hemos de recordar que la lucha contra los abusos derivados del desplazamiento de trabajadores y deslocalización de empresas es otro de los objetivos de la Directiva 2018¹¹; así como la lucha contra el fraude relacionado con estos desplazamientos¹². Para ello, la Unión Europea cuenta con la Plataforma Europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado, establecida por Decisión (UE) 2016/344, del Parlamento Europeo y del Consejo, que participa igualmente en el seguimiento y la evaluación de los casos de fraude y en la mejora del funcionamiento y la eficiencia de la cooperación administrativa entre los Estados miembros; así como con el Comité de expertos sobre desplazamiento de trabajadores, establecido por Decisión 2009/17/CE de la Comisión.

⁹ Artículo 2 de la Directiva 2018/957, cuya redacción obliga a la Comisión a presentar, a más tardar el 30 de julio de 2023, un informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación y puesta en práctica de la Directiva, proponiendo, en su caso, las modificaciones necesarias de esta Directiva y de la Directiva 96/71.

¹⁰ Vid. Considerando 21 de la Directiva (UE) 2018/957, conforme al cual “dado que la transparencia de la información y el acceso a esas informaciones son esenciales para la seguridad jurídica y la aplicación de la normativa, en relación con el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE, está justificado extender a los Estados miembros, la obligación de publicar la información sobre las condiciones de trabajo en el sitio web nacional oficial único”.

¹¹ Vid. Considerando 22 de la Directiva (UE) 2018/957, vuelve a recordar los instrumentos que se contenían en la Directiva 2014/67 para identificar situaciones de desplazamientos reales y “prevenir el abuso y la elusión de las normas”.

¹² Vid. Considerando 27 de la Directiva (UE) 2018/957.

Con este objetivo, la Directiva 2018/957 ha modificado el artículo 4º de la Directiva 96/71/CE, incluyendo un nuevo mandato a los Estados Miembros dirigido a la cooperación entre la autoridades y organismos competentes de cada Estado, reforzando por tanto el papel de estos en la lucha contra los casos de abuso manifiesto o de actividades presuntamente ilegales, así como transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio relacionados con el desplazamiento de trabajadores.

No obstante, es clara la Directiva cuando afirma que todo ello debe ser compatible con el desarrollo de la libre prestación de servicios, principio fundamental reconocido en el TFUE. Así lo expresa la Directiva 2018/957 en su considerando número 10 cuando dice que “es necesario garantizar una mayor protección de los trabajadores para salvaguardar la libre prestación de servicios en condiciones equitativas tanto a corto como a largo plazo, en particular, evitando que se vulneren los derechos garantizados por los Tratados”. De modo que “las normas que garantizan a los trabajadores esa protección no pueden afectar a la potestad de las empresas de acogerse al derecho de libre prestación de servicios”. Situando, como siempre ha venido haciendo la Unión Europea, el respeto a la libertad de prestación de servicios en un lugar privilegiado garantizado por el Tratado de la Unión¹³.

Y es que, no podemos olvidar que, la falta de uniformidad en las condiciones de trabajo de los Estados Miembros genera dificultades en la aplicación de estas libertades cuando la prestación de servicios tiene carácter transnacional y se desarrolla en dos o más países de la Unión Europea. No obstante, la propia Directiva 2018/957, en lógica consonancia con el desarrollo del Pilar Europeo de Derechos sociales y la nueva dimensión social de la Unión Europea, insiste en la necesidad de establecer “un marco equilibrado en materia de libertad de prestación de servicios y de protección de los trabajadores desplazados”, que habrá de ser “no discriminatorio, transparente y proporcionado, a la vez que respetuoso con la diversidad de los sistemas nacionales de relaciones laborales”¹⁴.

Por último, como colofón al conjunto de medidas y normas destinadas a hacer posible la garantía de condiciones de trabajo equitativas entre los trabajadores desplazados en la Unión Europea, se crea la Autoridad Laboral

¹³ Esta superioridad otorgada a la libre prestación de servicios ha sido criticada por la mayoría de la doctrina iuslaboralista. Vid. por todos, G. LOY, “La deriva antisocial en Europa”, en *Actum Social*, nº 35, 2010; M. RODRIGUEZ-PINERO ROYO, “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, en el libro colectivo *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Logroño. Vol. 2, 2010, pp. 311-461; y J. APARICIO TOVAR, “Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica”, en *Revista de Derecho Social*, n. 79, 2017, pp. 231-253.

¹⁴ Vid. Considerando 24 de la Directiva 2018/957.

Europea, como agencia descentralizada, llamada a contribuir al reforzamiento de la dimensión social de la UE¹⁵, que tendremos ocasión de desarrollar al final de este estudio.

2. La facultad de vigilancia y control de los desplazamientos de trabajadores

Como sabemos, la Directiva 96/71/CE fue transpuesta al ordenamiento español a través de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (LDT, en adelante)¹⁶; que atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y exigencia de su cumplimiento, en desarrollo de las funciones que le confiere la Ley 23/2015, de 21 de julio, siendo la norma de referencia en materia sancionadora la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS, en adelante)¹⁷. Pues, como sabemos, el objetivo de la LDT es el establecimiento de unas “condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional”, y ello “cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo”.

En la misma línea, la Directiva 2014/67 establecía la obligación de los Estados Miembros de garantizar que en su territorio existan mecanismos de comprobación y seguimiento adecuados y eficaces y que se realicen “inspecciones eficaces y apropiadas para efectuar el control y el seguimiento de la observancia de las disposiciones y normas establecidas en la Directiva 96/71/CE”¹⁸. Esta Directiva se dictó una vez constatada la ineficacia de la Directiva 96/71, con el objetivo, por tanto, de garantizar su aplicación entre los Estados miembros. Cuestión que resultó constatada tanto por la Comisión Europea como por el Parlamento que, en diferentes informes, pusieron de manifiesto los problemas ocasionados por la falta de cumplimiento de la Directiva en materia de desplazamientos¹⁹; y por supuesto, por la gran cantidad de cuestiones

¹⁵ Este Pilar Europeo de Derechos Sociales fue proclamado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017. Tiene tres vertientes destinadas a garantizar igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo justas y protección e inclusión social. Cada una de ellas con una serie de principios y derechos.

¹⁶ BOE del 30 de noviembre.

¹⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE del 8 de agosto).

¹⁸ Artículo 10 de la Directiva 2014/67.

¹⁹ Son muchos los Informes y Resoluciones elaborados por el Parlamento Europeo, donde podemos encontrar referencias a la ineficacia de la Directiva y la necesidad de reforzar los canales de control y vigilancia de las normas así como los efectivos en las inspecciones laborales de los Estados Miembros. Tal es el caso, por ejemplo, de la Resolución del Parlamento de 25 de octubre de 2006, sobre aplicación de la Directiva 96/71 (2006/2038/INT), donde el Parlamento constata que las medidas previstas en la Directiva sólo serán eficaces si se imponen sanciones y que se precisa, por tanto, un mutuo reconocimiento de sanciones entre los Estados Miembros. Toma nota, además, de

prejudiciales sometidas a la interpretación del TJUE, que fue dictando en sus sentencias, las líneas básicas por las que debía transcurrir la aplicación de la Directiva, en relación con el respeto a los artículos 56 y 57 del TFUE.

Por su parte, la Ley 23/2015, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, LITSS), contempla, entre las funciones de la misma, la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas en materia de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional²⁰, quedando, por tanto, habilitada la Inspección de Trabajo, tanto por la LDT como por la Ley 23/2015, para ejercer esta función de fiscalización de las normas relativas a los desplazamientos de trabajadores.

Con este objetivo, la Directiva 2014/67, compelió a los Estados miembros a reforzar las medidas de control para evitar abusos y fraudes en el desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro. La Directiva obliga a los Estados a garantizar la existencia de mecanismos de comprobación y seguimiento en sus territorios, que habrán de ser “adecuados y eficaces”, mencionando, en particular, la obligación de realizar inspecciones eficaces y apropiadas dirigidas a exigir el cumplimiento de la Directiva 96/71. Esta actividad de inspección, según la propia Directiva 2014, sin perjuicio de la posibilidad de realizar inspecciones aleatorias, habrá de planificarse por los Estados miembros, que deberán realizar, en términos de la propia Directiva, una “evaluación de riesgos”, detectando aquellos sectores o actividades en los que se concentra el empleo de trabajadores desplazados.

Es importante destacar que también se refiere la Directiva 2014 a estos controles que los Estados miembros podrán realizar, destacando que las medidas de control adoptadas y las inspecciones realizadas respeten tanto el principio de igualdad y no discriminación, como el de proporcionalidad²¹, de

la observación por parte de la Comisión de la ineficacia de las oficinas de enlace nacionales; y apoya la petición de la Comisión de dotar a las oficinas de enlace nacionales del equipamiento y recursos para poder responder con eficacia las peticiones de información y de cooperación de los Estados. O la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 2014, *Inspecciones de Trabajo eficaces como estrategia para mejorar las condiciones laborales en Europa*, donde se especifican los medios humanos y materiales recomendados, en particular un inspector por cada 10.000, siguiendo las recomendaciones de la OIT, así como reforzar las sanciones contra las empresas que no respeten los derechos fundamentales de los trabajadores. Vid. un estudio más extenso de todas las Resoluciones del Parlamento en M.L. MARTIN HERNÁNDEZ, “Seguimiento del cumplimiento de la Directiva 2014/67/UE y de la Directiva 96/71/CE: el papel de la Inspección de Trabajo”, en el libro colectivo O. FOTINOPOULOU BASURKO (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, 2017, pp. 323 y ss.

²⁰ Artículo 12 de la Ley 23/2015 de la ITSS.

²¹ Destacando además la Directiva en su considerando 4 que las medidas se apliquen de forma que “no generen cargas administrativas ni se limite el potencial de las empresas, especialmente las pequeñas y medias empresas (PYMES), para crear nuevos puestos de trabajo, a la vez que se protege a los trabajadores desplazados”.

forma que “sólo” podrán imponer requisitos administrativos y controles que sean necesarios, utilizando, como vemos, un lenguaje restrictivo. De este modo, añade que los controles y requisitos administrativos deberán estar “justificados” y habrán de ser “proporcionados” de conformidad con el Derecho de la Unión²². Menciona la Directiva algunas medidas o controles que los Estados miembros podrán imponer, respetando, siempre, los principios antes mencionados y, por supuesto, el principio de libre prestación de servicios. Se trata de los siguientes:

- a) La obligación del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro de presentar una declaración simple en la lengua del Estado de acogida, antes del comienzo de la prestación de servicios, que contenga información pertinente necesaria para posibilitar los controles materiales en el lugar de trabajo, en particular, identidad del prestador, número previsto de trabajadores desplazados, personas de enlace y de contacto, duración y fechas inicial y final previstas para el desplazamiento, dirección del lugar de trabajo y naturaleza de los servicios que justifican el desplazamiento.
- b) Obligaciones relacionadas con la conservación y puesta a disposición de la documentación exigida por la Directiva 2019/1152, de condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE; incluida la documentación sobre nóminas y comprobantes del pago de salarios, así como fichas con los horarios de inicio y finalización de la jornada diaria. En todos estos casos, se podrá exigir que la documentación se encuentre disponible en papel o formato electrónico, en el lugar de trabajo, a pie de obra o, en el caso de trabajadores del sector transporte, en el vehículo o en el centro de operaciones.
- c) La obligación de entregar a las autoridades del Estado de acogida, en plazo razonable, los documentos de salarios y horarios, reseñados anteriormente, una vez concluya el desplazamiento.
- d) La obligación de proporcionar los documentos traducidos a la lengua oficial del Estado miembro de acogida, incluyendo otras lenguas oficiales o aceptadas por el citado Estado.
- e) La obligación de designar una persona que sirva de enlace con las autoridades competentes del Estado miembro de acogida en que se presten servicios y para que sea receptor o emisor de documentos o notificaciones, en caso de ser necesario.

²² Artículo 9 de la Directiva 2014/67.

- f) La obligación de designar una persona de contacto, si es necesario, que actúe como representante del prestador de servicios para permitir la negociación colectiva con los interlocutores sociales en el Estado de acogida, durante el período en el que se presten servicios.

Estos son los controles o exigencias administrativas recogidos en la Directiva, lo que no impide que los Estados Miembros, excepcionalmente, implementen estas medidas con otras más robustas, dirigidas siempre a luchar contra el fraude y los abusos, siempre que respeten los principios fundamentales del TFUE, en particular el de la libre prestación de servicios y establecimiento y se encuentren, como hemos dicho, justificados. Así se ha recogido en la Directiva 2014/67, cuando indica, en el párrafo segundo del artículo 9, que los Estados miembros podrán imponer otros requisitos administrativos y medidas de control si se demuestra que los existentes no son suficientes, siempre que respeten los requisitos antes expuestos, es decir, que estén justificados y sean proporcionados.

Es la jurisprudencia del TJUE la que nos ha recalado que “deben considerarse restricciones a la libre prestación de servicios todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de esta libertad”²³, recogiendo una casuística de interés si queremos conocer qué prácticas están permitidas y cuáles no²⁴, por impedir, por tanto, el ejercicio de la libre prestación

²³ Vid. de nuevo STJUE de 12 de septiembre de 2019 (Asuntos acumulados C-64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18).

²⁴ Así, por ejemplo, la STJUE de 23 de noviembre de 1999 (Asuntos C-369/96 y C-376/96), *Arblade y otros*, aclara que es contrario al principio de libre prestación de servicios una normativa estatal que obligue, en el marco de un desplazamiento de trabajadores transnacional, a elaborar y conservar documentos sociales y de trabajo en el Estado miembro, ya que puede suponer gastos y cargas administrativas y económicas adicionales para las empresas establecidas en otro Estado miembro. Tampoco permite el Tribunal, S de 14 de noviembre de 2018 (Asunto C-18/17), *Danieli & C. Officine Meccaniche y otros*, que la normativa nacional supedita la prestación de servicios en el territorio nacional por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro, cuando esta desplaza trabajadores de un tercer Estado, a la concesión de una autorización administrativa, ya que constituye una restricción a la libre prestación de servicios. En el mismo sentido se pronuncia la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (Asunto C-91/13) *Essent Energie*, en la que el Tribunal concluye que “los artículos 56 TFUE y 57 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual, en el supuesto de que una empresa establecida en otro Estado miembro efectúe un suministro de trabajadores nacionales de terceros Estados a favor de una empresa usuaria establecida en el primer Estado miembro, la cual utiliza a esos trabajadores para realizar trabajos por cuenta de otra empresa establecida asimismo en el primer Estado miembro, dicho suministro está supeditado al requisito de que se otorgue un permiso de trabajo para esos trabajadores”. Otro tipo de cargas son las que refiere la STJUE de 7 de octubre de 2010 (Asunto C-515/08) *Santos Palhota*, en la que el Tribunal considera que “los artículos 56 y 57 TFUE se oponen a una normativa de un Estado miembro que obliga a un empleador establecido en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al territorio del primer Estado a enviar una declaración previa de

de servicios y el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional. Pues no podemos olvidar que el artículo 56 TFUE confiere derechos no sólo al prestador de servicios, sino también al destinatario de dichos servicios²⁵.

La única excepción que el TJUE admite a esta regla, es decir, la razón por la cual se podrían admitir medidas nacionales que obstaculizaran o hicieran menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas en el TFUE, sería la del “interés general”, siempre que las medidas sean adecuadas para el objetivo perseguido y no fueran más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo²⁶. Admitiendo, por tanto, el Tribunal todos aquellos requerimientos o controles que vayan dirigidos a la protección de los trabajadores o la lucha contra el fraude, si no existen otras medidas más adecuadas o menos lesivas de la libre prestación de servicios o de la libertad de establecimiento; cuestión que el TJUE siempre tendrá presente a la hora de valorar cuándo estamos ante una medida de control adecuada y cuando no²⁷.

desplazamiento, en la medida en que el comienzo del desplazamiento previsto se subordina a la notificación a este empleador de un número de registro de la declaración y que las autoridades nacionales de ese primer Estado disponen de un plazo de cinco días laborables, desde la recepción de ésta, para efectuar esta notificación. En cambio, no hay nada que objetar en relación a la obligación del empleador establecido en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al territorio del primer Estado a tener a disposición de las autoridades nacionales de éste, durante el período de desplazamiento, una copia de los documentos equivalentes a los documentos sociales o laborales exigidos por la legislación del primer Estado, así como a enviar dicha copia a estas autoridades al término de este período. También, en relación con el uso de ETTs, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 19 de junio de 2014 Asuntos acumulados *Strojirny Prostějov, a.s.* (asunto C-53/13) y *ACO Industries Tábor s.r.o.* (asunto C-80/13), considera que es contrario al artículo 56 del TFUE, una normativa que exija que “las sociedades establecidas en un primer Estado miembro que utilizan trabajadores empleados y desplazados por empresas de trabajo temporal establecidas en un segundo Estado miembro, pero que operan en el primer Estado a través de una sucursal, estén obligadas a retener en la fuente y a abonar al primer Estado un pago anticipado del impuesto sobre la renta adeudado por los antedichos trabajadores, cuando la misma obligación no está prevista para la sociedades establecidas en el primer Estado que utilizan los servicios de empresas de trabajo temporal establecidas en ese mismo Estado”. En general, el Tribunal se ha mostrado contrario al establecimiento de requisitos o controles discriminatorios, como es el caso de la STJUE de 13 de noviembre de 2018 (Asunto C-33/17) *Cepelnik d.o.o.*, en el que se opone al TFUE una normativa que permita a las autoridades competentes, exigir al dueño de una obra establecido en ese Estado miembro que retenga el pago al contratista establecido en otro Estado miembro o incluso que constituya una fianza por el importe del precio de la obra pendiente de pago, para garantizar el cobro de la multa que podría imponerse a ese contratista en caso de que se demostrase que se produjo una infracción del Derecho del trabajo del primer Estado miembro”.

²⁵ Vid. STJUE de 13 de noviembre de 2018, (Asunto 33/17) *Cepelnik d.o.o.*

²⁶ Vid. STJUE de 12 de septiembre de 2019 (Asuntos acumulados C-64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18), STJUE de 13 de noviembre de 2018, (Asunto 33/17) *Cepelnik d.o.o.* y STJUE de 3 de diciembre de 2014 (Asunto C-315/13) *De Clercq y otros*.

²⁷ Por ejemplo, en el Asunto C-18/17, *Danieli*, el TJUE considera que no se opone al artículo 56 del TFUE el hecho de que un Estado miembro, Austria, en este caso, limite el desplazamiento de

Por ello, entendemos, con algún autor, que se trata de una potestad de carácter más bien excepcional, sometida siempre a la justificación en base a la existencia de una causa de interés general²⁸.

Otro aspecto que podría llevar al rechazo de una medida de control o requerimiento administrativo por parte de un Estado miembro, sería la imposibilidad de su cumplimiento por parte de la empresa o prestador de servicios, ya que la Directiva 2014/67 exige a los Estados miembros que “garanticen” que las empresas puedan cumplir “de forma sencilla y en la medida de lo posible” los procedimientos y formalidades requeridas en el desplazamiento de trabajadores. Aclarando el precepto que se debe posibilitar a las empresas la cumplimentación de los mismos a distancia y por medios electrónicos²⁹.

Por su parte, la Directiva 2018/957 no se refiere a qué tipo de controles pueden o no requerir los Estados miembros, limitándose, en este punto, a reiterar que los Estados deberán adoptar las medidas adecuadas en caso de incumplimiento de las Directivas 2018 y 2014, incluyendo un régimen de sanciones que habrán de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

En cuanto a la distribución de deberes de control entre los diferentes Estados miembros, el de establecimiento y el de acogida, la Directiva 2014/67 establece en su artículo 7 que, durante el período de desplazamiento de un trabajador a otro Estado miembro, la inspección de las condiciones de trabajo de dichos trabajadores corresponde a las autoridades del Estado miembro de

trabajadores, en este caso croatas, empleados en una empresa establecida en Croacia, exigiéndoles un permiso de trabajo cuando el desplazamiento de dichos trabajadores se realice mediante su puesta a disposición de una empresa establecida en otro Estado miembro, en este caso italiana, con el fin de que esta última empresa preste servicios en el primero de esos Estados miembros; pues, en este caso, se estaba aplicando el Acta de Adhesión de Croacia, que durante un período de tiempo supeditaba el desplazamiento de nacionales croatas al territorio de dicho Estado miembro a la obtención de un permiso de trabajo, siendo, por tanto una condición aplicable a todos los trabajadores croatas que pretendan acceder al mercado de trabajo de este Estado miembro. Vid. STJUE de 14 de noviembre de 2018 (Asunto C-18/17), *Daniel & C. Officine Meccaniche*, párrafo 36. Lo mismo sucede en el Asunto *Arblade* donde el TJUE afirma que no es admisible que, mediante leyes de policía y de seguridad, “un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro y que realice obras temporalmente en el primer Estado a elaborar los documentos previstos en la legislación social o laboral, como un reglamento interno de trabajo, un libro de matrícula especial del personal y, para cada trabajador desplazado, una cuenta individual”, y ello por cuanto, y esto es lo principal “la protección social de los trabajadores que puede justificar dichas exigencias ya esté salvaguardada a través de la presentación de los documentos previstos en las legislaciones social y laboral en poder de dicha empresa con arreglo a la normativa del Estado miembro en el que esté establecida”.

²⁸ En este sentido, vid. M.L. MARTÍN HERNÁNDEZ, “Seguimiento del cumplimiento de la Directiva 2014/67/UE y de la Directiva 96/71/CE: el papel de la Inspección de Trabajo”, op. cit. p. 344.

²⁹ Vid. artículo 9.4 de la Directiva 2014/67.

acogida, en cooperación, cuando sea necesario, con las del Estado miembro de establecimiento.

Por tanto, atribuye claramente la competencia de la inspección de las condiciones de empleo al Estado receptor del trabajador desplazado, si bien, establece, a la vez, un necesario deber de coordinación o cooperación entre ambos Estados implicados en el desplazamiento, para disponer de la información necesaria en relación al régimen jurídico aplicable y realizar con garantías la labor de inspección, vigilancia y control de la aplicación del mismo. Pero aclara que el Estado de establecimiento del prestador de servicios “continuará encargándose del seguimiento, control y adopción de medidas de supervisión y garantía de cumplimiento” de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados a otro Estado Miembro, de acuerdo con la legislación interna³⁰. Dejando así implicado al Estado de establecimiento de la empresa que desplaza al trabajador en la garantía de sus condiciones de trabajo, cuando es desplazado a otros Estados de la UE.

Este mismo mandato es el que recoge nuestra legislación al atribuir, por un lado, a la ITSS, como hemos dicho, la competencia para la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la LDT; y al regular, por otro, a través de la disposición adicional primera de la LDT, la obligación de que, las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la UE o del EEE, en el marco de una prestación de servicios transnacional, garanticen a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar del desplazamiento por las normas nacionales. Garantía que también será vigilada por la ITSS, por cuanto el apartado 3 de la misma disposición adicional, considera que “son infracciones administrativas las acciones u omisiones de los empresarios a que se refiere el apartado primero (antes referido) por las que se incumplan las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE”.

Existe, por tanto, una primera función de vigilancia y verificación de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados, dirigida, tanto a la comprobación de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados a España en el marco de una prestación transnacional de servicios, como de las de los propios trabajadores de las empresas establecidas en España cuando son desplazados a otros Estados miembros de la UE o del EEE. Para lo cual será preciso, lógicamente la colaboración y cooperación del otro Estado. Y todo ello, podemos decir, sobre la base de un deber público genérico de garantizar que

³⁰ Artículo 7.2 de la Directiva 2014/67.

“todo trabajador que preste sus servicios en un país de la UE goce de unas condiciones de trabajo adecuadas a nuestro sistema de principios y valores”³¹.

Ahora bien, los mecanismos de control en uno y otro caso dependen, en primer lugar, de lo que haya de considerarse desplazamiento. Y, para ello, resulta clave la regulación en la nueva Directiva 2018 del tiempo máximo, a partir del cual ya no se considerará desplazamiento y, por tanto, no se aplicarán sólo las garantías establecidas en la Directiva, sino que a ellas se sumarán condiciones de trabajo aplicables en el Estado de destino, conforme a su normativa legal o convencional. Y ello con el objetivo de garantizar que la libre prestación de servicios se lleva a cabo en condiciones de igualdad para los Estados miembros, respetando, así, los principios fundamentales de los Tratados de la UE³². Esta es la principal novedad de la nueva directiva, que deberá ser transpuesta a nuestra legislación interna antes del 30 de julio de 2020 y que tanto se ha reclamado por los problemas de interpretación que ocasionaba la anterior regulación. De este modo, la Directiva aclara que cuando el desplazamiento tenga una duración superior a 12 meses, o 18 en su caso, al trabajador le serán aplicables las condiciones de trabajo previstas en la normativa legal o convencional del país donde se efectúa el trabajo³³.

Por tanto, considerando si estamos ante una situación de desplazamiento temporal en el marco de una prestación de carácter transnacional o no, aplicaremos unas garantías u otras. Esta es la labor de vigilancia que deberá realizar la inspección de trabajo, para lo que precisará, en todo caso, la colaboración de los Estados miembros bien de establecimiento, bien de destino del trabajador desplazado.

³¹ Vid. en este sentido M. BASTARRA HERNÁNDEZ, “El contrato de trabajo en un contexto internacional: ley aplicable, desplazamiento temporal y orden público”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 222, 2018, p. 21, versión electrónica.

³² Vid. J.L. MONEREO PÉREZ y P.G. ORTEGA LOZANO, “Sobre unas condiciones laborales equivalentes en la Unión Europea: a propósito de la Directiva (UE) 2018/957 de desplazamiento de trabajadores y la propuesta de Reglamento por la que se crea la Autoridad Laboral Europea”, en *La Ley Unión Europea*, n° 62, 2018, p. 10, versión electrónica.

³³ Vid. art. 3.1 bis de la Directiva 96/71 introducido por la Directiva 2018957, “con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral, cuando la duración efectiva de un desplazamiento sea superior a 12 meses, los Estados miembros velarán por que las empresas mencionadas en el art. 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores que estén desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, además de las condiciones contempladas en el apartado 1 del presente artículo, todas las condiciones de trabajo aplicables que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo: por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o por convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación de conformidad con el apartado 8”. Por su parte, la referencia se entenderá hecha a 18 meses cuando el prestador de servicios utilice la opción prevista en el mismo precepto, en virtud de la cual, es posible que presente una notificación motivada al Estado Miembro, que deberá ampliar el periodo de referencia a 18 meses.

3. La potestad sancionadora de los Estados y sus límites

Es importante señalar que también las Directivas 2014 y 2018 se refieren al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los Estados. Y no son pocos los problemas que plantea dicho ejercicio, en particular en lo que se refiere a la transferencia o imposición de sanciones a empresas que desplazan trabajadores desde otro Estado diferente al de acogida; no sólo por la necesidad de cooperación y colaboración por parte de los Estados miembros, que permita hacer efectiva la imposición de dichas sanciones más allá de las fronteras de cada Estado miembro, reforzada en la Directiva 2018, sino también porque, al ser los Estados soberanos en la determinación del elenco de infracciones y sanciones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones recogidas en las Directivas comunitarias sobre protección de los trabajadores desplazados, resulta difícil encontrar un régimen uniforme en relación a los tipos infractores y cuantías de las sanciones. Dentro de la variedad de ordenamientos jurídicos existentes dentro de la Unión Europea, encontramos una gran variedad de infracciones tipificadas y sanciones de todo tipo.

Ahora bien, no podemos olvidar que, aunque los Estados son soberanos a la hora de establecer sus propias infracciones y sanciones frente a los incumplimientos del ordenamiento interno, deberán regular y ejercer la potestad sancionadora sujetos a los principios generales del derecho comunitario³⁴. Y uno de los principios que inspiran esta potestad es el de proporcionalidad, reconocido como uno de los principios generales del derecho comunitario desde sus inicios³⁵, aunque introducido de forma expresa en el Tratado de Maastrich, en 1992³⁶. Y así lo ha reconocido el TJUE cuando indica que “según

³⁴ STJUE de 12 de julio de 2001 (Asunto C-262/99), *Paraskevas Louloudakis*, “...en caso de no existir una armonización de la legislación comunitaria en el ámbito de las sanciones aplicables en caso de inobservancia de los requisitos fijados por un régimen establecido mediante dicha legislación, los Estados miembros son competentes para establecer las sanciones que les parezcan adecuadas. Sin embargo, están obligados a ejercer esta competencia respetando el Derecho comunitario y sus principios generales y, por consiguiente, respetando el principio de proporcionalidad (véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Grecia, antes citada, apartado 19, y la jurisprudencia citada; de 26 de octubre de 1995, Siesse, C-36/94, Rec. p. I-3573, apartado 21, y de 7 de diciembre de 2000, De Andrade, C-213/99, Rec. p. I-11083, apartado 20)”.

³⁵ SSTJUE 13 de noviembre de 1990 (Asunto C-331/88), *The Queen*, de 12 de julio de 2001 (Asunto C-189/01) *Jippes y otros* y 10 de marzo de 2005 (Asuntos C-96/03 y 97/03), *Tempelman*.

³⁶ Vid. J.A. BARRIELA PÉREZ, “El principio de proporcionalidad en el Derecho de la Unión y su aplicación por el TJUE en el ámbito tributario”, en *Revista Quincena Fiscal*, nº 12, 2010, p. 3, para quien la configuración jurisprudencial como principio general del Derecho de la Unión se produce en la Sentencia de 16 de diciembre de 1992, en el asunto C-210/91, Grecia/Comisión, en la que el TJUE hace constar que «procede recordar en primer lugar que, ante la falta de armonización de la legislación comunitaria en el ámbito de las infracciones aduaneras, los Estados miembros son competentes para establecer las sanciones que les parezcan adecuadas... Sin embargo, están obligados a ejercer esta competencia respetando el Derecho comunitario y sus principios generales y, por consiguiente, respetando el principio de proporcionalidad».

jurisprudencia reiterada, el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los actos adoptados no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos³⁷.

Por su parte, la Directiva 2018/957 recoge la referencia a este principio en su considerando 21, conforme al cual “cualquier sanción que se imponga a una empresa por incumplimiento de las condiciones de trabajo que han de garantizarse a los trabajadores desplazados debe ser proporcionada”. Como también lo hacía la Directiva 2014/67/UE, indicando que el establecimiento de sanciones ante incumplimientos de lo previsto en la misma, competencia de los Estados Miembros, deberá regirse por los principios de efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio de las sanciones.

Al igual que en nuestro derecho interno, donde el Tribunal Constitucional (TC en adelante) ha reconocido la aplicación plena de este principio de proporcionalidad a las sanciones administrativas³⁸, dicho principio actúa en derecho comunitario como un límite a la libre regulación por parte de los Estados de la materia sancionadora, y ello en la medida en que pueda limitar los principios de libre prestación de servicios y libertad de establecimiento, reconocidos en los artículos 56 y 49 del TFUE, o la libertad de circulación de trabajadores, recogida en el artículo 45 del mismo.

El principio de proporcionalidad resulta aplicable también a la transferencia de estas sanciones, previstas en los ordenamientos de los Estados miembros a las empresas establecidas en otros, cuando éstas infringen las obligaciones en materia de trabajadores desplazados.

En este sentido, es importante aclarar que el TJUE también ha tenido ocasión de interpretar cuándo estamos ante un ejercicio de la potestad sancionadora, por parte de los Estados Miembros, compatible con los citados principios fundacionales de la UE y cuándo no. Y para ello, ha diseñado unas

(apartado 19). Y se incorpora en el artículo 3 B, con la siguiente redacción: “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

³⁷ STJUE de 10 de marzo de 2005 (Asuntos C-96/03 y 97/03), *Tempelman*.

³⁸ Vid. por todas, STC 62/1982, de 15 de octubre, 102/1984, de 12 de noviembre y 207/1990, de 17 de diciembre. Vid también, sobre el tema, en extenso, J.I. López González, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988. Vid. también sobre el tema mi estudio titulado *Sanciones Administrativas en materia de Seguridad Social*, CES, 2005, pp. 239 y ss.

líneas fundamentales de aplicación de dicho principio, que pueden resumirse en las siguientes:

En primer lugar, el TJUE considera incompatible con el respeto a las libertades reconocidas en el TFUE cualquier norma de ordenamientos internos de los Estados que pueda limitar o desincentive el ejercicio de dichas libertades³⁹, con la única excepción, como hemos dicho anteriormente, de que la medida sea imprescindible para proteger el interés general y no vaya más allá de lo necesario para su consecución⁴⁰. Y forma parte del interés general la protección de los trabajadores desplazados⁴¹.

En este punto, el TJUE ha recurrido a un juicio de proporcionalidad, en los mismos términos que lo ha planteado nuestro Tribunal Constitucional, cuando se trata de examinar la posibilidad de restringir los derechos fundamentales de los trabajadores frente al ejercicio del poder de dirección en la empresa. De este modo, el TJUE, para considerar proporcionada una determinada medida de control impuesta por un Estado a una empresa que desplaza trabajadores a su territorio y cuyo Estado de establecimiento es otro Estado miembro de la UE, realiza un triple juicio, tratando de determinar si la medida de control es idónea para el objetivo que se pretende conseguir; si es necesaria y no puede sustituirse por otras medidas que resulten menos restrictivas de los principios recogidos en el TFUE y, finalmente, si es proporcionada considerando el objetivo perseguido, que será necesariamente una cuestión de interés general, como la protección de los trabajadores⁴².

El recurso por tanto a sanciones que impidan o disuadan el ejercicio de la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea será considerado siempre contrario a los principios fundamentales del TFUE y, por tanto, se considerará una práctica prohibida. Y, como hemos dicho anteriormente, en la determinación de la medida sancionadora adecuada será importante, por consiguiente, elegir aquellas medidas que resulten menos onerosas y optar por aquellas que produzcan desventajas proporcionadas respecto a los objetivos perseguidos⁴³.

³⁹ Vid. en este sentido, MARCHAL ESCALONA, N., "El principio de proporcionalidad como límite a la potestad sancionadora de los Estados por infracción de la normativa sobre los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios", en *Bitácora Millennium DPri*, nº11, 2020, p. 23.

⁴⁰ Vid. STJUE de 12 de septiembre de 2019, Asuntos acumulados C-64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18.

⁴¹ Vid. por todas, STJUE 23 de noviembre de 1999, Asunto C-369/96 y C-376/96, *Arblade*.

⁴² En el mismo sentido, N. MARCHAL ESCALONA, "El principio de proporcionalidad...", op. cit. p. 25.

⁴³ STJUE de 10 de marzo de 2005 (Asuntos C-96/03 y 97/03), *Tempelman*.

En segundo lugar, otro de los aspectos en los que debemos aplicar el principio de proporcionalidad es en la determinación de la sanción. De este modo, la gravedad de la sanción debe acomodarse a la gravedad de la infracción que dicha sanción pretende castigar, no debiendo exceder de lo necesario para lograr los objetivos legítimos de la normativa nacional que se incumple⁴⁴. Así, por ejemplo, en relación con la cuantía de las mismas, el TJUE considera que una normativa nacional que prevé sanciones excesivamente elevadas, tanto contra el prestador de servicios como contra el destinatario de los servicios de que se trate en caso de incumplimiento de dichas obligaciones, que en sí mismas constituyen restricciones a la libre prestación de servicios, puede hacer menos atractivo el ejercicio de dicha libertad, por lo que habrá que considerarla contraria a los principios del TFUE⁴⁵. Así se pronuncia a la hora de determinar que un sistema sancionador que prevé la posibilidad de sancionar el incumplimiento de las normas sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional recurriendo a elevadas sanciones mínimas, aplicadas cumulativamente por cada trabajador sin límite máximo absoluto, y que, en caso de impago pueden sustituirse por penas de privativas de libertad, resulta contrario al principio de proporcionalidad por restringir o “hacer menos atractivo” el ejercicio de la libre prestación de servicios⁴⁶.

Sí se permite, por ejemplo, que la cuantía de la sanción varíe en función del número de trabajadores afectados por el incumplimiento de la obligación de derecho laboral, pero estableciendo un “techo” o cuantía máxima en función de la gravedad de la infracción⁴⁷. Así lo han establecido algunos países, ya que resulta disuasorio, considerándose una medida acorde con los objetivos de la Directiva de lucha contra el fraude u los abusos.

Lo que exige, por tanto, el TJUE es que la cuantía o gravedad de la sanción se adecue a la gravedad de la infracción cometida, de forma que no se impongan cuantías desorbitadas o excesivas, teniendo en cuenta el objetivo que se pretende lograr. Esto es, que la sanción no debe ser tan desproporcionada con relación a la gravedad de la infracción, que constituya un obstáculo a las libertades reconocidas en el Tratado. Se admitirá, por tanto, toda normativa sancionadora que sea adecuada y necesaria para garantizar el cumplimiento de las

⁴⁴ Vid. STJUE de 31 de mayo de 2018, Asunto C-190/17, *Zheng*.

⁴⁵ Vid. STJUE de 12 de septiembre de 2019 (Asuntos acumulados C-64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18).

⁴⁶ En este caso, la combinación de la elevada cuantía de las multas previstas en el ordenamiento austriaco para sancionar el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con los trabajadores desplazados, en concreto relativas a la obtención de autorizaciones administrativas y a la conservación de documentos salariales, con la acumulación ilimitada cuando la infracción afectaba a varios trabajadores, podía dar lugar a la imposición de sanciones económicas de un elevado importe, que podía ascender a varios millones de euros.

⁴⁷ Vid. STJUE 16 de julio de 2015 (Asunto C-255/14), *Chmielewski*.

obligaciones laborales y la consecución de los objetivos perseguidos⁴⁸, siempre que no puedan utilizarse otras medidas menos gravosas. Cuestiones que serán consideradas por el TJUE a la hora de realizar el juicio de proporcionalidad referido.

4. Los deberes de cooperación entre Estados en materia de información

4.1. El deber de transparencia y publicidad de las normas

Otro de los aspectos en los que la Directiva 2018/ 957 hace hincapié a la hora de determinar las reglas para el ejercicio de la potestad sancionadora de los Estados en la materia, es la necesidad de considerar, en el momento de determinar la sanción correspondiente a una determinada infracción en materia de desplazamientos transnacionales de trabajadores, “si la información ofrecida en el sitio web nacional oficial único acerca de las condiciones de trabajo es conforme con lo dispuesto en la Directiva 2014/67, respetando la autonomía de los interlocutores sociales”. Aspecto que, sin duda, está relacionado con la seguridad jurídica de los operadores del mercado y la necesidad de facilitar, por parte de los Estados miembros, los requisitos específicos y condiciones de trabajo exigibles en caso de desplazamiento de trabajadores desde otro Estado miembro.

La Directiva 2018 vino a modificar el artículo 3 de la Directiva 96/71 incluyendo en su apartado primero la obligación de los Estados de mantener actualizadas sus páginas oficiales, lanzando, además, un mandato a la Comisión para que publique un sitio web donde aparezcan las direcciones de los sitios web nacionales oficiales únicos, abundando más en ese deber de coordinación y vigilancia que esta Directiva otorga a la Comisión Europea.

La obligación de los Estados Miembros de mantener una página web oficial con toda la información relativa a las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados se recogió en la Directiva 2014/67, en cuyo artículo 5 se establecía el deber de los Estados Miembros de adoptar las medidas oportunas para dar publicidad a toda la información sobre las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados desde otros Estados. Esta información deberá estar accesible de forma gratuita en una web oficial de cada Estado a la que se acceda fácilmente, “a distancia y por medios electrónicos”;

⁴⁸ En la STJUE de septiembre de 2019, el Tribunal considera que el artículo 56 del TFUE se opone al ordenamiento austriaco que, ante el incumplimiento de obligaciones relacionadas con las autorizaciones administrativas y conservación de documentos por parte de las empresas que reciben trabajadores desplazados, impone sanciones muy elevadas, al no existir un límite máximo global, e incluso penas privativas de libertad, en caso de impago de las multas administrativas.

incluyendo facilidades de acceso para personas con discapacidad⁴⁹. Además, la Directiva exigía que la información fuera “clara, transparente”, manteniéndose, por tanto, actualmente el deber de los Estados de actualizar la información contenida en dichas páginas webs y exponer la normativa con la mayor claridad posible; y en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro de acogida, que pueden ampliarse a otras que éste considere pertinentes, teniendo en cuenta las demandas de su mercado de trabajo.

El objetivo de esta Directiva iba más bien dirigido a reforzar los mecanismos de protección de los trabajadores desplazados, ya que la publicidad de la normas y condiciones aplicables a través de las páginas webs de los respectivos Estados, representaba una importante fuente de información para los trabajadores y permitía cumplir así con el objetivo de que pudiera, directamente o a través de sus representantes, exigir el respeto de sus derechos laborales⁵⁰. Sin embargo, resulta aplicable aún y extensible a los objetivos de cooperación y coordinación entre Estados marcados por la Directiva 2018/957.

Sin duda, la creación por la Comisión de una página donde aparezcan todas las direcciones de los sitios web de los diferentes países ayudará a cumplir los objetivos de accesibilidad tanto para empresas y trabajadores, como para las autoridades de los Estados Miembros.

En España, la LDT establece en su artículo 7, que no fue modificado por el Real Decreto Ley 9/2017, que la autoridad laboral del territorio donde se vayan a prestar los servicios en España será el órgano competente para informar sobre las condiciones de trabajo que se han de garantizar a los trabajadores desplazados; respetando así el modelo descentralizado de competencias autonómicas en materia laboral. Esta autoridad laboral autonómica deberá atender las peticiones de información de otros Estados miembros o delEEE, así como las que provengan de empresas que vayan a desplazar trabajadores a España o de las asociaciones empresariales que representen los intereses de tales empresas, de los destinatarios de la prestación de servicios transnacional o de las asociaciones que los representen; y, por supuesto, de los trabajadores desplazados a España o que vayan a serlo, sus sindicatos u otros órganos de representación de los trabajadores

Esta información se podrá requerir y suministrar por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, dice la Ley, “siempre que permita la adecuada

⁴⁹ En España esta web se encuentra en el Ministerio de Trabajo: http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/debes_saber/desplazamiento-trabajadores/desplazamiento/index.htm

⁵⁰ Vid. en este sentido el estudio que sobre estos mecanismos realiza O. FOTINOPOULOU BASURKO, “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, en *Revista de Derecho Social*, nº 70, p. 145.

identificación del solicitante de la información, del lugar o lugares de desplazamiento dentro del territorio español y de la prestación de servicios que se va a realizar en España”.

No obstante, a pesar de la descentralización de estas funciones y la asunción de las mismas por parte de las comunidades autónomas, la competencia para el mantenimiento y actualización de la web única oficial, en cumplimiento de los mandatos de las Directivas, será la autoridad central, es decir, el Ministerio de Trabajo⁵¹.

También la Directiva 2014 se refiere al contenido que debe aparecer en estas webs oficiales, que debe estar en formato accesible y que comprenderá:

- Por un lado, las condiciones de empleo referidas en el artículo 3 de la Directiva 96/71, tal y como queda en su redacción tras la reforma operada por la Directiva 2018/957, con indicación de las disposiciones de derecho nacional y regional aplicables a los trabajadores desplazados a su territorio, entre las que se incluye también las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo.
- Por otro lado, los convenios colectivos aplicables, con indicación de “a quién lo son y sobre qué condiciones de trabajo deben aplicar los prestadores de servicios de otros Estados miembros”. Incluyendo, cuando sea posible, los enlaces a los sitios de internet y “otros puntos de contacto existentes, en particular los interlocutores sociales correspondientes”⁵².

Además, exige la Directiva que dicha información se encuentre actualizada, para facilitar a empresas y trabajadores su conocimiento, especialmente en lo que se refiere al mandato recogido en la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuyo artículo 3 obliga a los empresarios a poner a disposición de los trabajadores, si no lo han hecho con carácter previo al inicio de la prestación, al

⁵¹ Vid. Disposición adicional novena de la Ley 45/1999: “El Ministerio de Empleo y Seguridad Social deberá mantener actualizada la página web de desplazamiento transnacional de trabajadores contenida en el sitio web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social así como la información proporcionada en la ficha de país en el sitio web de la Comisión Europea”.

⁵² Este mandato se repite en el apartado 4 del artículo 5 de la Directiva 2014, cuando dice que “Si, de acuerdo con el Derecho, la costumbre y las prácticas nacionales, y respetando la autonomía de los interlocutores sociales, las condiciones de trabajo y empleo a las que se refiere el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE se establecen en convenios colectivos de acuerdo con su artículo 3, apartados 1 y 8, los Estados miembros garantizarán que dichas condiciones se den a conocer a los prestadores de servicios de otros Estados miembros y a los trabajadores desplazados de una manera accesible y transparente y tratarán de incluir a los interlocutores sociales en esta laboral”.

menos en los primeros siete días naturales, toda la información sobre las condiciones esenciales de trabajo contenida en el artículo 4 de la misma⁵³.

No indica la Directiva ningún tipo de sanción para aquellos Estados que no cumplan con el requerimiento de la Directiva y no mantengan actualizadas sus webs oficiales o la información no sea accesible, transparente o adecuada. Aunque sí apreciamos un efecto directo en el ejercicio de la potestad sancionadora, ya que la Directiva 2018/957 establece en su considerando 21 que “cualquier sanción que se imponga a una empresa por incumplimiento de las condiciones de trabajo que han de garantizarse a los trabajadores desplazados debe ser proporcionada y la fijación de la sanción debe tener en cuenta, en particular, si la información ofrecida en el sitio web nacional oficial único acerca de las condiciones de trabajo es conforme con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2014/67, respetando la autonomía de los interlocutores sociales”. Esta previsión de la Directiva 2018, si bien se encuentra en un considerando y no en su articulado, parece dejar la puerta abierta a que los Estados, apelando a un principio de seguridad jurídica y proporcionalidad y considerando ese posible incumplimiento de las obligaciones de la Directiva por parte del Estado que ejerce la potestad sancionadora, puedan recurrir la sanción correspondiente ante instancias judiciales europeas.

No obstante, parece lógico que, si la Comisión asume a partir de esta Directiva 2018 un papel de coordinación de la información a través de una única web donde aparezca toda la información relativa a los Estados, debería también realizar una labor de fiscalización de la transparencia y claridad de la misma, de forma que garantice a los Estados miembros la veracidad y actualización de la

⁵³ Conforme a este precepto, los empresarios deberán informar sobre los siguientes elementos esenciales de su relación laboral: la identidad de las partes en la relación laboral; el lugar de trabajo; el cargo, grado y naturaleza o categoría del trabajo para el que se ha empleado el trabajador, o una breve caracterización o descripción del trabajo; la fecha de comienzo de la relación laboral; la fecha de finalización o duración prevista de la relación laboral, si es de duración determinada; la identidad de la empresa usuaria, si se trata de una cesión de trabajadores a través de Empresas de trabajo temporal; la duración y las condiciones del período de prueba; el derecho de formación proporcionada por el empleador, si lo hubiera; las vacaciones remuneradas; los requisitos del preaviso en caso de terminación de la relación laboral; la remuneración; la jornada ordinaria diaria o semanal, así como cualquier acuerdo relativo a horas extraordinarias y su remuneración; acuerdos sobre cambio de turno, si los hubiera. Y, si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, la información deberá incluir el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas; las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación de la tarea asignada sin indemnización. Además, deberá informar al trabajador del convenio colectivo o convenio celebrado fuera de la empresa, que regule las condiciones laborales del trabajo; así como la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales, si el empresario es el competente para realizar las mismas, y cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador.

misma, y, sobre todo, la imposibilidad de ser sancionados en caso de no aparecer dicha información, tal y como aparece recogido en el citado considerando 21 de la misma Directiva. Aunque también hemos de insistir en que habría sido más efectivo, establecer esa previsión del considerando en el articulado de la Directiva, así como posibles sanciones para aquellos Estados incumplidores del mandato de publicidad contenido en la misma.

4.2. El deber de coordinación: autoridades competentes y medios telemáticos.

Otro de los aspectos reformados en la Directiva 2018/957 y que ha suscitado mucho interés por parte de los Estados, es precisamente el deber de cooperación entre los mismos, recogido en el artículo 4 de la Directiva 96/71. Conforme a la nueva Directiva, dicha cooperación deberá consistir en dos aspectos fundamentales:

- Ofrecer una respuesta adecuada a las peticiones de información motivadas y cursadas por dichas autoridades u organismos relativas al desplazamiento transnacional de trabajadores.
- Y abordar los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades presuntamente ilegales, como los casos transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio.

Establece, por tanto, un primer deber de información entre Estados, fundamental para poder conocer las condiciones de trabajo y normativa aplicables a los trabajadores desplazados; y para poder ejercer, por tanto, una función de fiscalización del cumplimiento del derecho comunitario y legislación interna por parte de la Inspección de trabajo.

En caso de que la autoridad del Estado desde el que el trabajador ha sido desplazado no tenga dicha información, la Directiva prevé la posibilidad de acudir a otras autoridades u organismos del mismo Estado miembro. Si bien, en caso de demoras persistentes, se podrá comunicar dicho incumplimiento a la Comisión, que podrá adoptar las medidas que estime adecuadas. Mejorando, así, notablemente, el canal de comunicación con la Comisión para evitar que los Estados queden desamparados ante la falta de cooperación de otros Estados miembros.

Para el cumplimiento de esta primera obligación de información de los Estados miembros, resulta de gran importancia la previsión contenida en la Directiva 2014/67, que introdujo como novedad, en su momento, la posibilidad de exigir a los Estados Miembros el nombramiento de una persona de enlace o una persona de contacto. Así, el artículo 9 de dicha Directiva imponía a los Estados miembros la obligación de hacer constar en la Web oficial de la que hemos tenido ocasión de hablar, una persona de enlace con las autoridades

competentes del Estado de acogida, designada por éstos para que envíe y reciba documentos o notificaciones, de ser necesario.

También se refiere la Directiva 2014, a la obligación de los Estados de designar una “persona de contacto”, llamada a actuar como representante a través de la cual los interlocutores sociales puedan intentar que el prestador de servicios participe en negociaciones colectivas en el Estado miembro de acogida, durante el tiempo de prestación de servicios. Esta persona, que puede ser distinta de la persona de enlace, no tiene que estar presente en el Estado miembro de acogida, aunque, dice la Directiva, “tiene que estar disponible previa solicitud razonable y justificada”.

En cumplimiento de este mandato de publicidad y transparencia, se modificó el artículo 5 de la Ley 45/1999, a través del Real Decreto Ley 9/2017, para incluir el deber de comunicación de los empresarios, que estudiaremos en el epígrafe siguiente, y la creación de un Registro Electrónico Central de comunicaciones, por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de acuerdo con las Comunidades Autónomas. Estas comunicaciones, además, deberán ser puestas en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, conforme a la normativa reglamentaria⁵⁴. Con esto se logró la informatización del procedimiento por las Comunidades Autónomas, lo que favorece la comunicación a la ITSS y su conocimiento a efectos de vigilancia y control de las condiciones de los trabajadores y el cumplimiento de los requisitos administrativos correspondientes⁵⁵.

De este modo, se han tratado de paliar los problemas de comunicación y las dificultades que, sobre todo para la Inspección de Trabajo, suponía la falta de conocimiento de dichos desplazamientos.

El deber de cooperación o colaboración entre los Estados miembros también se manifiesta, conforme a la Directiva 2018, en el deber de ofrecer información y responder, por tanto, a las demandas de información de las autoridades competentes de otros Estados miembros. Este deber también lo recogía la Directiva 2014, en cuyo artículo 6 se articula el denominado “deber de asistencia mutua”, conforme al cual los Estados deben cooperar estrechamente y prestarse asistencia mutua sin demoras injustificadas, para facilitar la implementación, aplicación y garantía del cumplimiento de las Directivas. Dentro de este deber de asistencia mutua se encuentra la obligación de

⁵⁴ Al tratarse de una competencia transferida a las Comunidades Autónomas, deberemos buscar estas normas complementarias entre la normativa reglamentaria de las mismas.

⁵⁵ Este fue uno de los aspectos que más se criticaban de cara a analizar la eficacia de la labor de vigilancia de la inspección de trabajo. Vid. M. VELAZQUEZ, “La vigilancia y control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los desplazamientos transnacionales en el ámbito de la UE-EEE”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 128, p. 260.

responder a las peticiones de información de los Estados miembros, incluida la relativa al posible cobro de sanciones y multas administrativas o la notificación de decisiones que impongan las sanciones y multas previstas en los ordenamientos de los diferentes Estados; lo que resulta fundamental para garantizar la eficacia de la labor de vigilancia y control. Pudiendo, los Estados recurrir a la Comisión, como hemos dicho, en caso de demora injustificada o falta de colaboración de algún Estado miembro⁵⁶.

Según la Directiva 2014, este deber de cooperación y asistencia mutua entre los Estados, se llevará a cabo a través del Sistema de Información del Mercado Interior, creado por el Reglamento (UE) n° 1024/2012.

Hemos de referirnos también, en este punto, a los Acuerdos de colaboración bilaterales firmados con alguno Estados Miembros. En la página Web de la Inspección de Trabajo encontramos los convenios de cooperación internacional firmados con Portugal, Francia, Polonia y Rumanía. Este mecanismo resulta bastante eficaz cuando se detecta que hay gran cantidad de desplazamientos a estos países, permitiendo una relación más fluida con las inspecciones de estos Estados. Estos Convenios incluyen protocolos de actuación revisables anualmente, en materias tan importantes como Seguridad y Salud laboral, Accidentes de Trabajo, notificaciones de actas de infracción y, por supuesto, intercambio de información sobre legislación y métodos de inspección, en cumplimiento de las Directivas sobre desplazamientos de trabajadores. Es reseñable que, en el convenio con Polonia, por ejemplo, se incluya, además del intercambio de información, el intercambio de inspectores de trabajo o los planes formativos de los inspectores, cuestión clave para lograr esa tan demandada eficacia en las inspecciones.

Este último aspecto, el de la movilidad de inspectores de unos países a otros para colaborar en las investigaciones, ya se recogía en la Directiva 2014/67, cuyo artículo 8 nos habla de la posibilidad de promover “los intercambios de funcionarios pertinentes”, que será financiado por la Unión Europea⁵⁷.

Finalmente, no podemos olvidar el deber de los Estados miembros de comunicar, por propia iniciativa y sin demora, cualquier indicio de posibles irregularidades detectado en el ámbito de una prestación de servicios transnacional, al Estado miembro afectado⁵⁸, que algunos autores han denominado “colaboración espontánea”⁵⁹.

⁵⁶ Artículo 4 de la Directiva 96/71/CE en su redacción dada por la Directiva 2018/957.

⁵⁷ La Directiva incluye el mandato a la Comisión para que evalúe la necesidad de apoyo financiero a estas prácticas.

⁵⁸ Art. 7.4 de la Directiva 2014/67

⁵⁹ Vid. M. VELAZQUEZ, “La vigilancia y control...”, op. cit. p. 263.

5. La lucha contra el fraude en los desplazamientos temporales de trabajadores

El segundo deber de cooperación previsto en la Directiva 2018, como hemos citado anteriormente, se dirige a “abordar los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades presuntamente ilegales, como los casos transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio”. Labor que tendrá que realizarse, por tanto, de forma coordinada entre los diferentes Estados implicados en los desplazamientos.

Aunque este tema ha sido ampliamente tratado por el Prof. Calvo Gallego en el capítulo segundo de este estudio, es interesante destacar aquí las implicaciones que para la administración laboral y la ITSS tiene este deber de investigación y control y lucha contra el fraude o los abusos en materia de desplazamientos transnacionales de trabajadores.

Como hemos tenido ocasión de analizar, uno de los objetivos declarados de la Directiva 2018 es reforzar la lucha contra los abusos y el fraude en los desplazamientos temporales de carácter transnacional, por eso, reformó el artículo 5 de la Directiva 96/71, con la intención de incluir el deber de los Estados miembros de realizar comprobaciones y garantizar a los trabajadores la aplicación de las condiciones de trabajo adecuadas. Y es que, podemos afirmar que, una de las cuestiones que más preocupa a las instituciones de la Unión y a las autoridades de los Estados miembros es el fraude en el desplazamiento de trabajadores, es decir, la lucha contra las prácticas fraudulentas de las denominadas “empresas buzón”, es decir, aquellas que “se establecen de manera ficticia o aparente en un Estado miembro, con el único objetivo de contratar trabajadores para desplazarlos a otros Estados miembros y obtener con ello ventajas de variada naturaleza derivadas de la utilización de una normativa más favorable”⁶⁰.

Así, conforme al artículo 5 “cuando, tras una evaluación global, realizada por un Estado miembro, se compruebe que una empresa está creando de manera indebida o fraudulenta, la impresión de que la situación de un trabajador entra en el ámbito de aplicación de la Directiva, dicho Estado miembro velará por que el trabajador se beneficie de la legislación y las prácticas aplicables”. Deber que se encuentra enmarcado en el ideal de consecución de un mercado laboral más justo, que informa la Directiva 2018/957⁶¹.

Era de esperar que la Directiva 2018 incluyera alguna referencia a esta práctica abusiva e incluso reforzara el deber de lucha contra la misma, ya que ni la ausencia o parquedad de regulación de la Directiva 96/71, ni la extensa regulación de la Directiva 2014/67, han logrado poner fin a estas prácticas abusivas.

⁶⁰ De nuevo vid. Criterio Técnico nº 97/2016.

⁶¹ Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 62, 2019, p. 85.

La Directiva 2014/67, recogida en su artículo 4 un conjunto de indicios que permitían a los Estados detectar o identificar los desplazamientos reales y prevenir los abusivos o fraudulentos. Para ello, exigía a las autoridades competentes la realización de una “evaluación global” de todos los elementos fácticos que se consideren necesarios, en particular, de las actividades que la empresa en cuestión realice en el Estado de establecimiento y, cuando sea necesario, en el Estado de acogida. Estos elementos son para la Directiva factores indicativos para detectar cuándo nos encontramos ante un desplazamiento real y cuándo no. Por eso, para el cumplimiento de esta actividad de control resultará necesaria la cooperación y la colaboración de los Estados miembros.

La Directiva menciona algunos de estos elementos, como, por ejemplo, si la empresa tiene un espacio físico y paga impuestos y cotizaciones en el lugar donde tiene su domicilio social y sede administrativa; o si tiene licencia profesional o está registrada en las cámaras de comercio o los colegios profesionales pertinentes. También el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial y donde emplea personal administrativo, el lugar desde el que se contrata y el lugar desde el que se les desplaza son elementos fácticos relevantes, así como el derecho aplicable a los contratos que celebre la empresa con sus trabajadores y clientes. Igualmente, lo son las cifras de contratos que la empresa haya celebrado o el volumen de negocio obtenido en el Estado miembro de establecimiento, o ambos.

El análisis de todos estos elementos ayudará a determinar si estamos ante un caso de empresa ficticia que trata de eludir la aplicación de la normativa de un Estado, mediante la contratación de trabajadores con el único objetivo de desplazarlos a otro Estado miembro.

En España, este precepto de la Directiva ha sido transpuesto a través de la introducción en la LDT de un nuevo artículo 8 bis que tiene la misma redacción que el artículo 4 de la Directiva, incluyendo, por tanto, la previsión contenida en ésta de que el listado de elementos fácticos no es exhaustivo, por lo que la ausencia de alguno de ellos no excluye necesariamente que la situación pueda ser considerada un desplazamiento real. Además, añade la norma, al igual que lo hacía la Directiva, que “la valoración de estos elementos deberá adaptarse a cada caso particular y tener en cuenta las peculiaridades de la situación”.

En nuestro ordenamiento, las competencias en materia de investigación de abusos y fraude en esta materia corresponden a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como establece el artículo 8 de la LDT, contando entre sus objetivos el de la “identificación de los desplazamientos reales y la prevención de abusos y elusiones” de las disposiciones normativas nacionales en materia de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de

carácter transnacional⁶². Y ello por cuanto la complejidad de las actividades de prestación de servicios y las diferentes formas jurídicas que éstas pueden adoptar, tienen amplias repercusiones en la forma de cumplimiento o no de las garantías de los trabajadores en los diferentes Estados Miembros. De este modo, a la Inspección de Trabajo corresponde detectar cualquier abuso o fraude de ley en el ejercicio de estos desplazamientos de trabajadores, conforme a la legislación europea y a las normas de transposición de la misma.

Con este objetivo se elaboró el Criterio técnico 97/2016, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que pretendía recoger las principales actuaciones de la Inspección de Trabajo para detectar las situaciones de fraude en el marco del desplazamiento de trabajadores de otros países a España, siguiendo las indicaciones de la Directiva 2014. En el mismo encontramos las orientaciones necesarias para facilitar las actuaciones de la ITSS en este ámbito y detectar comportamientos abusivos y fraudes en relación con los trabajadores desplazados.

Por otro lado, otra de las cuestiones que aparece mencionada en la Directiva 2018 es la lucha contra el trabajo no declarado y el trabajo autónomo ficticio; cuestiones que también han sido tratadas en otros capítulos de esta monografía. Y que, como hemos tenido ocasión de apuntar anteriormente, cuenta con la creación en 2016 de la Plataforma Europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado, establecida por Decisión (UE) 2016/344, del Parlamento Europeo y del Consejo, que participa igualmente en el seguimiento y la evaluación de los casos de fraude y en la mejora del funcionamiento y la eficiencia de la cooperación administrativa entre los Estados miembros; así como con el Comité de expertos sobre desplazamiento de trabajadores, establecido por Decisión 2009/17/CE de la Comisión.

Estos dos instrumentos nacen con la pretensión de apoyar a los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado, que tanto perjuicio genera para los derechos de los trabajadores, pero también para las empresas y los gobiernos de los Estados Miembros. Las empresas, al no declarar la existencia de sus trabajadores, obtienen una ventaja desleal; y para los gobiernos, el trabajo no declarado, genera importantes pérdidas de ingresos tanto en materia tributaria como de Seguridad Social⁶³.

La responsabilidad de luchar contra el trabajo no declarado corresponde, por tanto, a los Estados miembros, siendo la plataforma un instrumento de

⁶² Así se establece en el Criterio Técnico nº 97/2016, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

⁶³ Vid. Decisión 2016/344, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se crea la Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado, considerando 4.

apoyo para fomentar el intercambio de información, especialmente en situaciones transfronterizas donde más difícil resulta detectar y sancionar el trabajo no declarado.

El objetivo declarado de esta Plataforma será “facilitar y apoyar el intercambio de buenas prácticas e información, y proporcionar un marco a escala de la Unión dirigido a desarrollar un entendimiento común, así como conocimientos especializados y análisis sobre el trabajo no declarado”⁶⁴. La Plataforma también debe “estimular la cooperación entre las diferentes autoridades de los Estados miembros con funciones de control de cumplimiento de la legislación que participen de forma voluntaria en estas acciones transfronterizas”.

Precisamente con este objetivo, se refuerza, a través de la Directiva 2018/957, el deber de cooperación y de transmisión de información, dándose una nueva redacción al artículo 4.2 de la Directiva 96/71, conforme al cual “los Estados miembros establecerán una cooperación entre las autoridades u organismos competentes... Esta cooperación consistirá, en particular, en responder a las peticiones de información motivadas cursadas por dichas autoridades a organismos relativas al desplazamiento transnacional de trabajadores, y en abordar los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades presuntamente ilegales, como los casos transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio relacionado con el desplazamiento de trabajadores”. Reforzando, por tanto, los deberes de cooperación de los Estados en la lucha contra el trabajo no declarado.

La participación de los Estados en esta lucha contra el trabajo no declarado se garantiza a través de la composición de esta Plataforma, pues estará compuesta por un alto representante designado por cada Estado miembro para que lo represente; un representante de la Comisión; y un máximo de cuatro representantes de los interlocutores sociales intersectoriales a escala de la Unión y designados por dichos interlocutores sociales, que representen por igual a empresarios y trabajadores⁶⁵. Además, permite la asistencia a las reuniones, en calidad de observadores, algunos representantes de instituciones como la OIT o de Estados del EEE. Con esta composición se pretende asegurar la implicación de los Estados miembros en esta lucha contra el trabajo no declarado, respetando, sin ningún atisbo de duda, las competencias y procedimientos nacionales⁶⁶.

Esta Plataforma apoyará las actividades realizadas por la Autoridad Laboral Europea, que, como veremos en el último epígrafe de este Estudio, se

⁶⁴ Vid. de nuevo Decisión 2016/344, considerando 15.

⁶⁵ Art. 2 de la Decisión 2016/344 y artículo 12 del Reglamento 2019/1149.

⁶⁶ Art. 4 de la Decisión 2016/344 y artículo 12 del Reglamento 2019/1149.

crea por el Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 20 de junio de 2019. El objetivo, de acuerdo con dicho Reglamento es la creación de un grupo de trabajo permanente que contará con la participación de los interlocutores sociales, para garantizar la lucha activa contra el trabajo no declarado.

6. Infracciones y sanciones en materia de desplazamientos en el ordenamiento jurídico español

Para poder ejercer correctamente su labor, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuenta, como hemos dicho anteriormente con las infracciones y sanciones que aparecen recogidas en el Texto Refundido de la LISOS, modificado también por el Real Decreto Ley 9/2017 por el que se transpone la Directiva 2014, con el objetivo de adaptar los tipos infractores a las nuevas obligaciones de las empresas que desplacen temporalmente a sus trabajadores en el marco de una prestación transnacional dentro de la UE.

Dividiremos, por tanto, las infracciones en tres grupos, en función de la obligación que se infringe, y analizaremos las sanciones correspondientes.

6.1. Infracciones de los empresarios en materia de desplazamientos de trabajadores

En relación con las infracciones de los empresarios que desplacen trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, los tipos infractores quedan agrupados según las obligaciones recogidas en la LDT. El carácter leve, grave o muy grave de la infracción viene determinado por la gravedad del incumplimiento, de forma que hay determinadas obligaciones de comunicación que serán tipificadas como graves o leves en función de las consecuencias perjudiciales para los trabajadores.

Tal y como se ha apuntado, sería interesante que la norma hubiese regulado, en aquellas infracciones que generan un mayor perjuicio a los trabajadores, la consideración de una infracción por cada trabajador. Esta forma de tipificar la infracción ha resultado bastante efectiva en la lucha contra el fraude a la seguridad social, aunque, para cumplir las exigencias del TJUE, deberemos considerar un techo en la cuantía de la sanción final.

No obstante, en nuestro ordenamiento sancionador encontramos el número de trabajadores afectados, así como el perjuicio causado, como criterios generales de graduación de las sanciones, con lo que la implicación de varios trabajadores podría llevar a aumentar la cuantía de la sanción hasta el límite impuesto por la ley.

6.1.1. Obligaciones de documentación⁶⁷

Hemos de resaltar que la Directiva 2014/67 se mostró bastante novedosa en el establecimiento de ciertos deberes documentales, dirigidos a los empresarios que desplacen trabajadores a otros Estados, y que pudiesen ser exigidos por los Estados de acogida. Sin duda, es clave en esta reforma la jurisprudencia del TJUE que, como hemos tenido ocasión de analizar, ha venido permitiendo a los Estados miembros el establecimiento de ciertos deberes administrativos, siempre que no impliquen una limitación de la libre prestación de servicios de los Estados Miembros.

Así, la Directiva estableció la posibilidad de que los Estados Miembros pudieran imponer ciertos requisitos y medidas de control necesarios para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la propia Directiva. El artículo 9.1 b) establece entre las medidas posibles la obligación de “conservar o poner a disposición o de guardar copias en papel o en formato electrónico del contrato de trabajo o de un documento equivalente”, donde se contenga la información sobre el contenido del mismo, o bien “las nóminas”, “las fichas con los horarios que indiquen el comienzo, el final y la duración del trabajo diario”. Pero también incluye en este listado de documentos que los Estados pueden requerir, según su propia legislación, “los comprobantes del pago de salarios, o copia de los documentos equivalentes”. Esta documentación, dice la Directiva, debe conservarse durante el período del desplazamiento en un lugar accesible y claramente identificado de su territorio.

Si la documentación no estuviera disponible, prevé la Directiva, como medida a adoptar por los Estados “la obligación de entrega, en un plazo razonable, de los documentos”. Incluso se establece la posibilidad de que los Estados exijan que dicha documentación proporcionada, se encuentre traducida a la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado Miembro de acogida.

En relación con estos deberes de documentación de los empresarios que desplacen trabajadores a España desde otros Estados, dentro o fuera de la UE, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, ha recogido las posibilidades que ofrece la Directiva, estableciendo que la Inspección de Trabajo podrá requerir a los empresarios para que comparezcan ante ella, en la oficina pública, con el objeto de aportar la documentación necesaria justificativa del cumplimiento de esta ley, incluyendo, dice la norma, la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa.

Además de este deber de comparecencia y muestra de la documentación requerida, la LDT establece el deber empresarial de disponer de cierta

⁶⁷ En relación con los antecedentes de esta obligación, puede consultarse el excelente estudio realizado por el Profesor CALVO GALLEG0, en el tercer capítulo de esta monografía, al que nos remitimos.

documentación obligatoria en el centro de trabajo o en formato digital accesible para su consulta inmediata. Este deber se mantiene durante el período del desplazamiento y una vez concluido éste, siempre que sean requeridos por la Inspección de Trabajo. La documentación, además, deberá estar traducida al castellano o a cualquiera de las lenguas cooficiales de los territorios donde se presten servicios, conforme a lo establecido en el artículo 6.5 LDT.

El citado deber de documentación se refiere a los siguientes documentos (art. 6.2 LDT):

- Contratos de trabajo o los documentos recogidos en el Real Decreto 1659/1998, que desarrolla el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, que contengan los elementos esenciales del contrato, cuando la información a que se refiere dicho artículo no conste en el contrato de trabajo formalizado por escrito, respecto de cada trabajador.
- Recibos de salarios de cada trabajador y los justificantes de pago correspondientes.
- Registros horarios que se hayan efectuado, con la indicación del comienzo, el final y la duración de la jornada de trabajo diaria.
- Documento acreditativo de la autorización para trabajar en caso de nacionales de terceros países, conforme a la legislación del Estado de establecimiento.

Dentro de las infracciones recogidas en el TRLISOS, el incumplimiento de estas obligaciones se tipifica como grave. Así, son infracciones contempladas en el artículo 10.2:

- la falta de disponibilidad en España durante el período de desplazamiento de la documentación relativa al mismo, en los términos legalmente establecidos (apartado b);
- Y no presentar la documentación ante la ITSS, cuando ésta haya sido requerida, o presentar alguno de los documentos sin traducir (apartado d).

6.1.2. Obligaciones de comunicación

Entre las medidas que la Directiva 2014/67 permite considerar a los Estados Miembros para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones en ella contenidas, con carácter novedoso respecto de la Directiva 96/71, se encuentra la de la exigencia de comunicación del desplazamiento. Conforme al artículo 9 de la Directiva, los Estados Miembros podrán imponer la obligación del prestador de servicios establecido en otro Estado Miembro de “presentar una declaración simple a las autoridades

nacionales competentes responsables". Este deber de comunicación del desplazamiento deberá realizarse "a más tardar cuando comience la prestación de servicios", estableciendo, además, la Directiva el posible contenido de la misma.

Esta obligación ya se contenía en nuestra legislación interna, así como en la de muchos Estados Miembros. De este modo, el artículo 5 de la Ley 45/1999, ya lo recogía, si bien en términos diferentes a como lo hace ahora, tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Legislativo 9/2017, de transposición de la Directiva 2014.

El deber de comunicación se encuentra regulado como una obligación del empresario que desplace trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional. Este deber de comunicación, como hemos indicado, es previo al inicio del desplazamiento y deberá contener los datos e informaciones previstos en el apartado segundo del citado precepto, entre los que se encuentran la identificación de la empresa que desplaza – incluyendo sus datos fiscales – y del trabajador desplazado; la identificación de la empresa o centro de trabajo donde el trabajador prestará sus servicios – pudiendo tratarse de varias empresas o centros de trabajo –; la fecha y duración previstas para el desplazamiento y la determinación de la prestación de servicios de los trabajadores desplazados. Se indicarán, además, en la comunicación tanto la persona física o jurídica presente en España que sea designada por la empresa como enlace con las autoridades competentes españolas, para el envío y recepción de documentos o notificaciones, como los datos de la persona que pueda actuar, también en España, en representación de la empresa prestadora de servicios en los procedimientos de información y consulta de los trabajadores y negociación, que afecten a los trabajadores desplazados a España.

Recordemos que, conforme al apartado 3 del artículo 5 LDT, sólo se exceptúan del deber de comunicación los desplazamientos que no excedan de 8 días, siempre que no intervengan Empresas de Trabajo Temporal⁶⁸.

En este caso, el TRLISOS tipifica la conducta incumplidora del deber de comunicación como una infracción leve si se trata de un defecto formal en la comunicación (art. 10.1 a) TRLISOS), grave si se trata de una presentación extemporánea de la comunicación, es decir, con posterioridad al inicio del desplazamiento (art. 10.2 a) LISOS), o muy grave si se trata de la omisión o ausencia total de comunicación, o de la falsedad o la ocultación de los datos contenidos en la misma (art. 10.3 LISOS).

Además, prevé la LTD otro deber de notificación referido a los daños para la salud de los trabajadores desplazados que se hubieran producido con ocasión

⁶⁸ Pues, en ese caso, será preciso que la comunicación se acompañe de su acreditación como ETT.

o por consecuencia del trabajo que se ejecute en España. Este deber es genérico para todos los empresarios españoles, debiendo poner en conocimiento de la autoridad laboral los accidentes de trabajo ocurridos y las enfermedades profesionales declaradas, cualquiera que sea su calificación o gravedad, incurriendo en una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, en caso de incumplimiento del mismo.

Sin embargo, en el caso de la LTD, ésta se refiere sin más a “daños para la salud de los trabajadores desplazados”, “que se hubieran producido con ocasión o por consecuencia del trabajo” que se ejecute en España. Lo que coincide, sin duda, con la definición de Accidente de trabajo, pero también con la de enfermedad profesional. Tampoco hace referencia la Ley al carácter leve, grave o muy grave de estos daños, por lo que parece evidente que la obligación de comunicación se refiere a cualquier daño, aunque sea leve. Y así lo confirma la lectura del tipo infractor recogido en el artículo 10 del TRLISOS, conforme al cual, tendrá carácter leve la infracción cuando se trate de “no dar cuenta, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas, cuando tengan la calificación de leves” (10.1 b) TRLISOS). Esta misma conducta se tipifica como grave si el accidente de trabajo o la enfermedad profesional tuviera la calificación de grave, muy grave o mortal (10.2 c) TRLISOS).

Para asegurar el cumplimiento de estas obligaciones, como ya adelantamos, el Real Decreto Ley 9/2017, transponiendo la Directiva 2014/67, creó el Registro Electrónico Central. De este modo, se daba cumplimiento al artículo 5 de la Directiva, conforme al cual los Estados Miembros debían adoptar las medidas oportunas para garantizar que las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados se dieran a conocer “gratuita y públicamente” y “de una manera clara, transparente, inteligible y fácilmente accesible, a distancia, por medios electrónicos”.

6.1.3. Obligaciones de garantía de condiciones de trabajo

Como sabemos, uno de los objetivos de la Directiva 2018/957 es precisamente mejorar la protección de los derechos de los trabajadores, eso sí, tratando de mantener el equilibrio entre la salvaguarda de la libre prestación de servicios y la garantía de una mayor protección de los trabajadores⁶⁹. Conforme a una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE por todos conocida, la restricción a la libre prestación de servicios sólo es posible por razones de interés general, siempre que sean necesarias y proporcionadas⁷⁰. Sin

⁶⁹ Vid. Considerando 4 de la Directiva 2018/957.

⁷⁰ Vid. Considerando 10 de la Directiva 2018/957. Vid, también las cuatro sentencias más significativas de este itinerario jurisprudencial, STJUE de 11 de diciembre de 2007 (Asunto

embargo, no se trata en este caso de limitar dicha libertad, sino de garantizar mejores condiciones a los trabajadores desplazados dibujando un nuevo punto de equilibrio entre la libre prestación de servicios y la citada garantía⁷¹.

Esta garantía de las condiciones de trabajo se extiende a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de carácter transnacional y compete a los Estados de establecimiento de las empresas, siempre que no se superen los 12 o, en su caso, 18 meses, momento a partir del cual la competencia corresponderá a los Estados de acogida⁷².

Uno de los objetivos de la Directiva 2018/957, como ya hemos tenido ocasión de comentar, ha sido precisamente la mejora en la protección de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados, que adquiere ahora, como han resaltado algunos autores, una posición más equilibrada respecto de la libre prestación de servicios⁷³ y un papel más importante.

Con el objetivo de lograr una mayor coordinación y hacer posible la lucha conjunta contra los abusos en el ámbito de los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de prestaciones de servicios de carácter transnacional, la Directiva 2018 vino a modificar la Directiva 96/71, para lograr una mayor cooperación entre la autoridades y organismos competentes de los Estados implicados en el desplazamiento y mejorar la lucha contra los casos de abuso manifiesto o de actividades presuntamente ilegales, así como transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio relacionados con el desplazamiento de trabajadores.

También con este objetivo se modificaron, como hemos visto los artículos 4 y 5 de la Directiva 96/71, añadiendo, entre otros, un mandato dirigido a los Estados miembros para que establezcan una cooperación entre las autoridades u organismos competentes, a los que, en virtud de la legislación nacional, compete la vigilancia de las condiciones de trabajo referidas en el artículo 3. Y estableciendo también, como hemos tenido ocasión de resaltar, un deber de supervisión, que bien podría haber sido de vigilancia, de la Comisión, a la que podrán acudir los Estados Miembros en caso de demoras persistentes en el envío de la información solicitada.

Viking, C-438-05), de 18 de diciembre de 2007 (Asunto Laval, C-341-05), de 3 de abril de 2008 (Asunto Rüffert, C-346-06) y 19 de junio de 2009 (Asunto Comisión contra Gran Ducado de Luxemburgo, C-316-08).

⁷¹ Así lo expresa J. GÁRATE CASTRO, "La modificación de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957: una mejor solución del conflicto entre la libre prestación de servicios y la protección sustantiva del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, diciembre 2019, p. 1064.

⁷² Vid. Directiva 2018/957.

⁷³ Vid. de nuevo J. GÁRATE CASTRO, "La modificación...", cit. p. 1067.

Esta protección de los trabajadores en la aplicación de unas condiciones de trabajo más justas y equitativas, se completa en el acervo comunitario con la elaboración de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

Para poder dar cumplimiento a todo este elenco de normas de protección de los trabajadores, la ITSS cuenta, como hemos visto, con las infracciones tipificadas en la LISOS, que utiliza la técnica de remisión al elenco de infracciones que sean aplicables según las materias. Esta técnica ha sido bastante criticada por la doctrina, apelando a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de tipicidad de las normas sancionadoras y, sobre todo, al principio de seguridad jurídica que debe regir la tipificación de las normas sancionadoras.

No obstante, lo que la LISOS parece dejar claro, es que, en el cumplimiento de las obligaciones de garantizar a los trabajadores ciertas condiciones de trabajo, se aplicarán las normas sancionadoras a los empresarios que desplacen trabajadores al territorio español en el mismo grado que se aplican a los establecidos en nuestro Estado.

6.2. Sanciones administrativas en materia de desplazamientos de trabajadores

En cuanto a las sanciones administrativas, reguladas en la LISOS, se trata de multas pecuniarias cuya cuantía se especifica en el artículo 40 de la citada norma y que serán graduadas conforme a los criterios establecidos en el artículo 39, en grado mínimo, medio o máximo.

Como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, la Directiva 2018/957, recuerda la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en materia de desplazamientos temporales de trabajadores entre Estados Miembros, y, en particular, a considerar también si la información ofrecida en el sitio web nacional oficial único acerca de las condiciones de trabajo es conforme con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE⁷⁴. Es importante considerar que la ampliación de los contenidos del artículo 3 de la Directiva, implica que la información deba estar publicada en el citado sitio web oficial para que las empresas que desplacen trabajadores conozcan exactamente cada uno de esos puntos. Y ello por cuanto, tal y como se indica en el último párrafo del artículo 3.1 de la Directiva, introducido por la Directiva 2018, en caso de que la información recogida en el sitio web oficial único nacional no indique las condiciones de trabajo que hayan de aplicarse, contraviniendo por tanto el mandato del artículo 5, “esa circunstancia se tendrá en cuenta, de conformidad con la legislación o las

⁷⁴ Vid. Considerando 21 de la Directiva 2018/957.

prácticas nacionales, a la hora de fijar las sanciones, aplicables por infracción de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva, en la medida necesaria para garantizar su proporcionalidad”.

Como ya hemos advertido anteriormente, este principio es regulado en nuestro ordenamiento interno como uno de los principios informadores de la potestad sancionadora de las administraciones públicas⁷⁵.

Otro de los principios generales aplicables a potestad administrativa del Estado, es el principio *non bis in idem*, que también habrá de ser tenido en cuenta, en este caso particular, para evitar la doble sanción por infracciones en el país de establecimiento del prestador de servicios y el del lugar de la prestación del trabajador desplazado, cuando exista identidad de sujeto, hecho, fundamento. Así lo establece la Disposición Adicional primera de la LDT cuando indica que no será posible la sanción de “acciones u omisiones de los sujetos responsables que hayan sido ya sancionadas penal o administrativamente en el país de desplazamiento; siempre que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”. Para lo cual resulta de suma importancia, de nuevo, el intercambio de información y la cooperación entre los Estados implicados en la prestación de servicios transnacional.

Finalmente, hemos de mencionar que, ligado a este aspecto se encuentra el mandato recogido en la Disposición adicional séptima de la LDT, introducida por el Real Decreto Ley 9/2017 en transposición de la Directiva 2014, conforme a la cual se crea un procedimiento de “reconocimiento y asistencia mutuos en la notificación y ejecución transfronteriza de sanciones administrativas derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de desplazamientos de trabajadores”⁷⁶.

Conforme a esta norma, la notificación y la ejecución transfronteriza de las sanciones pecuniarias y multas administrativas por el incumplimiento de las normas aplicables en materia de desplazamientos de trabajadores, impuestas a una empresa establecida en un Estado miembro de la Unión Europea, o del Acuerdo del EEE, que desplace trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional a otro de tales Estados, “estará sujeta a los principios de reconocimiento y asistencia mutuos y se realizará a través del Sistema de Información del Mercado Interior”. Siendo este Sistema, por tanto, el instrumento a través del cual se llevará a cabo esta notificación y ejecución transfronteriza de las sanciones.

⁷⁵ Artículo 29 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁷⁶ Vid. sobre los antecedentes del tema P. PARAMO MONTERO, “La ejecución transfronteriza de sanciones penales y administrativas. Asistencia y reconocimiento mutuos en los procedimientos sancionadores en el ámbito de la Unión Europea. Especial referencia a los supuestos del orden social”, *Revista del MTAS*, nº 78, 2008, pp. 323 y ss.

De este modo, en la disposición adicional se regula tanto la forma de tramitar la petición de notificación de una resolución u otros documentos relacionados con la imposición de una sanción administrativa o multa, así como una petición de cobro de las mismas, como la de transmitir a las autoridades de otro Estado una petición de notificación de una resolución sancionadora, indicando que deberá haberse recibido y tramitarse, respectivamente, a través del Sistema de Información del Mercado Interior.

Esta disposición será aplicable a las notificaciones y ejecuciones transfronterizas de las sanciones o multas siguientes:

- Las que impongan las autoridades españolas competentes o confirmen los órganos administrativos o judiciales españoles competentes, por las infracciones tipificadas en el artículo 10 de la LISOS.
- Las que impongan las autoridades competentes o confirmen los órganos administrativos o jurisdiccionales o, en su caso, emanen de la jurisdicción social de otro Estado miembro de la UE o signatario del Acuerdo sobre el EEE, de conformidad con su normativa y procedimientos, relacionadas con el incumplimiento de las respectivas normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71 o de la Directiva 2014/67.

Quedando excluidas del ámbito de aplicación de esta norma, la ejecución transfronteriza de sanciones que entren dentro del ámbito de aplicación de la Ley 23/2014, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la UE.

Por último, dice la norma que los importes cobrados por esta vía se devengarán a favor de la autoridad competente española o del Estado miembro de la UE que haya llevado a cabo la ejecución de la sanción.

7. La Autoridad Laboral Europea: una nueva institución para garantizar la coordinación y el intercambio de información entre los estados miembros y apoyar el cumplimiento de la normativa

El Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 20 de junio de 2019, creó la Autoridad Laboral Europea (ALE), anunciada ya desde el año 2017, por el propio Presidente de la Comisión Europea Jean Claude Juncker⁷⁷, en desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales y la nueva dimensión social de la UE.

⁷⁷ Vid. Discurso sobre el Estado de la Unión 2017, conforme al cual, el entonces Presidente de la Comisión Europea declaró que “En una Unión de iguales, no puede haber trabajadores de segunda clase. Los trabajadores deben percibir la misma retribución por el mismo trabajo en el mismo lugar. Por ello, la Comisión propuso nuevas normas sobre el desplazamiento de trabajadores. Debemos asegurarnos de que todas las normas de la UE sobre movilidad laboral se

Dentro de las prioridades legislativas de la UE para 2018 y 2019 se encontraba el compromiso de tomar medidas para “reforzar la dimensión social de la Unión”, centrándose sobre todo en tres aspectos⁷⁸:

- Mejorar la coordinación de los sistemas de Seguridad Social;
- Proteger a los trabajadores frente a los riesgos para la salud en el lugar de trabajo
- Garantizar un trato equitativo para todas las personas en el mercado laboral, mediante la modernización de las normas sobre el desplazamiento de trabajadores y mejorando la aplicación transfronteriza de la legislación de la Unión.

Es precisamente este último objetivo el que nos interesa como misión específica de la Autoridad Laboral Europea. Y así lo considera el propio Reglamento cuando indica que “los objetivos de la Autoridad deben definirse claramente haciendo especial hincapié en un número limitado de tareas, de modo que se garantice que estas se realizan de la manera más eficiente posible en los ámbitos en los que la Autoridad pueda aportar el mayor valor añadido”⁷⁹.

De este modo, la Autoridad Laboral nace con la misión de ayudar a los Estados miembros y a la Comisión en la aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación de la Unión en materia de movilidad laboral en toda la Unión y la coordinación de los sistemas de seguridad social. Adopta la forma de una agencia independiente dedicada a garantizar la aplicación de la normativa europea sobre movilidad de trabajadores⁸⁰.

La creación de este organismo en la UE viene a resolver los problemas de coordinación y cumplimiento de obligaciones entre los Estados Miembros, al configurarse como un mecanismo de ayuda no sólo de los Estados, sino de la propia Comisión⁸¹. Lo que resulta bastante positivo, sobre todo a la hora de

apliquen de forma equitativa, sencilla y eficaz mediante un nuevo organismo europeo de inspección y control del cumplimiento. Es absurdo tener una Autoridad Bancaria para vigilar las normas bancarias y, en cambio, no tener una autoridad laboral común para garantizar la equidad en nuestro mercado único. Crearemos esta autoridad”. Discurso disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/SPEECH_17_3165

⁷⁸ Considerando 4 del Reglamento (UE) 2019/1149, de 20 de junio.

⁷⁹ Considerando 6 del Reglamento.

⁸⁰ En este sentido A. OJEDA AVILÉS, “Una Autoridad Laboral medio Europea. El Reglamento 2019/1149, de 20 de junio sobre la Autoridad Laboral Europea”, en *Trabajo y Derecho*, nº 62, 2020, p. 5 (versión electrónica).

⁸¹ En relación a esto, el artículo primero del Reglamento se refiere “a todos los actos de la Unión enumerados en el artículo 4”, incluyendo tanto directivas y reglamentos, como a decisiones basados en dichos actos o cualquier otro acto de la Unión jurídicamente vinculante por el que se encomienden funciones a la Autoridad. Art. 1.2 del Reglamento.

alertar a la Comisión sobre actitudes no colaborativas de ciertos Estados en materia de información o cumplimiento de las Directivas de movilidad.

En esta línea de regulación, los objetivos de la Autoridad Laboral, recogidos en el artículo 2 del Reglamento, son los siguientes:

- 1) Facilitar el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones en materia de movilidad laboral en toda la Unión, así como a los servicios pertinentes.
- 2) Facilitar y mejorar la cooperación entre los Estados miembros en la aplicación en toda la Unión de la legislación pertinente de la Unión, incluida la facilitación de las inspecciones concertadas y conjuntas.
- 3) Mediar y facilitar una solución en caso de litigios transfronterizos entre los Estados miembros.
- 4) Apoyar la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado.

En particular, en lo que a nosotros interesa, la Autoridad Laboral Europea intervendrá en las funciones de información, coordinación y en la solución de conflictos entre Estados Miembros. Pero también lo hará en la lucha contra el trabajo no declarado, objetivo fundamental de todos los países de la Unión Europea⁸².

Por su parte, el artículo 4 del citado Reglamento, enumera las tareas de la Autoridad Laboral Europea indicando, por lo que a nosotros interesa, las siguientes:

- Facilitar la cooperación y el intercambio de información entre los Estados miembros con vistas a la aplicación y cumplimiento coherentes, eficientes y efectivos de la legislación de la Unión.
- Coordinar y apoyar inspecciones concertadas y conjuntas, aspecto este de bastante interés por lo novedoso de la figura.
- Realizar análisis y evaluaciones de riesgos sobre cuestiones de movilidad laboral transfronteriza.
- Apoyar a los Estados miembros en la creación de capacidades para la aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación de la Unión, lo que va a permitir la elaboración de directrices y guías comunes entre todos los Estados miembros, en aras de una mayor coordinación de las inspecciones propias.

⁸² A este aspecto dedica el Reglamento el Reglamento, su artículo 12.

- Apoyar a los Estados en la lucha contra el trabajo no declarado.
- Mediar en los litigios entre los Estados miembros sobre la aplicación de la legislación de la Unión pertinente.

De este modo, la Autoridad Laboral Europea viene a resolver los problemas de los Estados miembros a los que resultaba difícil la cooperación y colaboración, así como la resolución de conflictos entre ellos o la exigencia del cumplimiento del deber de colaboración en caso de negativa de algún Estado.

8. Conclusiones

Tras el análisis de las medidas de vigilancia y control que los Estados Miembros pueden adoptar de cara a exigir el cumplimiento de las previsiones de las Directivas 96/71 y 2014/67, así como del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los mismos, es preciso destacar dos aspectos en los que será preciso avanzar para implementar la tan demandada dimensión social de la UE.

Por un lado, es preciso armonizar y homogeneizar, en la medida de lo posible, los ordenamientos sancionadores de los Estados para contemplar infracciones, pero sobre todo, sanciones administrativas con cuantías similares, que faciliten y garanticen en lo posible la ejecución de las mismas en los diferentes Estados miembros de la UE y signatarios del Acuerdo sobre el EEE.

En segundo lugar, hemos tenido ocasión de constatar cómo no existen suficientes instrumentos de formación a nivel europeo dirigidos a los funcionarios o trabajadores de las instancias administrativas que tienen competencias en materia de vigilancia y control de la normativa sobre trabajadores desplazados, que permitan optimizar un posible intercambio de efectivos o la creación de equipos de trabajo conjuntos en la lucha contra los abusos o el fraude en los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Cuestión que parece que puede ser resuelta con la creación de la Autoridad Laboral Europea, entre cuyas funciones asume la de “elaborar programas de formación sectoriales e intersectoriales, destinados también a las inspecciones de trabajo, así como el material de formación específico, mediante métodos de aprendizaje en línea”⁸³.

En tercer lugar, se ha apuntado que habría sido necesario dotar a la Autoridad Laboral Europea de más funciones relacionadas con la intervención para garantizar la protección de los trabajadores desplazados, especialmente de aquellos que proceden de terceros Estados fuera de la UE, pero que no residen legalmente en nuestro territorio y son víctimas del trabajo no declarado⁸⁴. Estos

⁸³ Artículo 11 del Reglamento 2019/1149.

⁸⁴ Vid. A. OJEDA AVILÉS, “Una Autoridad medio Europea...”, op. cit. p. 13.

trabajadores se mencionan en el Reglamento de la ALE pero no en sus actividades.

En cualquier caso, consideramos positiva la creación de instancias e instrumentos que ayuden a fomentar la cooperación y el trabajo conjunto de los Estados en la lucha contra los abusos, el fraude y las prácticas desleales en materia de desplazamientos transnacionales de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea. También esperamos que la transposición de las Directivas 2018/957 y 2019/1152, contribuyan a la protección de los derechos de los trabajadores desplazados, por la vía de una mayor información sobre sus condiciones de trabajo.

