



Evolución y aspectos críticos del desplazamiento transnacional de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea

Tomás Sala Franco

*Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

Enrique Lalaguna Holzwarth

*Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

Extracto

El presente estudio analiza el fenómeno de los desplazamientos de los trabajadores efectuados por empresas establecidas en uno de los Estados miembros de la Unión Europea, para el desarrollo de una prestación de servicios transnacional en el territorio de otro Estado miembro. Resulta destacable que la regulación de este tipo de desplazamientos a través de la Directiva 96/71/CE se ha visto afectada por la publicación de una nueva norma que la modifica. En efecto, el 9 de julio de 2018 se publicó la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio. Las nuevas modificaciones tratan de garantizar la equidad en materia de remuneración, la protección de las condiciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores, la regulación de la subcontratación, la vigilancia y control de las situaciones de fraude y abuso transnacional y la creación de mecanismos para la cooperación e interacción administrativa y sancionadora entre los Estados miembros.

Palabras clave: desplazamiento de trabajadores; movilidad geográfica; Unión Europea; Directiva 96/71/CE; Directiva (UE) 2018/957.

Fecha de entrada: 28-06-2019 / Fecha de revisión: 17-09-2019 / Fecha de aceptación: 17-09-2019

Cómo citar: Sala Franco, T. y Lalaguna Holzwarth, E. (2019). Evolución y aspectos críticos del desplazamiento transnacional de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 439, 21-53.



Evolution and critical aspects of the transnational posting of employees in the European Union

Tomás Sala Franco

Enrique Lalaguna Holzwarth

Abstract

The purpose of this study is to analyse the posted of workers phenomenon ordered by undertakings established in a Member State of the European Union in the framework of a transnational provision of services to the territory of another Member State. Among the diverse reasons that motivates this study is the fact that Community legislation regarding these labour mobility through Directive 96/71/EC has been affected by a revision of the above mentioned Posting Workers Directive. Indeed the european legislators have adopted Directive 2018/957/EU of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. The new amendments aims at strengthening the guarantees of protective labour rules for posted workers as to ensure equal remuneration, new protective conditions and social security, outsourcing regulation, surveillance and control of the transnational fraud and the creation of mechanisms for administrative and sanctioning cooperation among the european Member States.

Keywords: posting of workers; labour mobility; European Union; Directive 96/71/EC; Directive (EU) 2018/957.

Citation: Sala Franco, T. y Lalaguna Holzwarth, E. (2019). Evolution and critical aspects of the transnational posting of employees in the European Union. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 439, 21-53.



Sumario

1. La delimitación del objeto de estudio
 2. La Directiva 96/71/CE
 - 2.1. Las motivaciones de la Directiva 96/71/CE: la libertad de prestación de servicios frente a las garantías de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados
 - 2.2. El contenido de la Directiva 96/71/CE
 - 2.3. Los vacíos, la laxitud y la ambigüedad de la Directiva 96/71/CE ante la realidad práctica de los desplazamientos transnacionales de trabajadores
 3. El necesario *enforcement* de la Directiva 2014/67/UE ante las situaciones empresariales elusivas de la Directiva 96/71/CE
 4. La nueva Directiva (UE) 2018/957
 - 4.1. Las motivaciones políticas de la nueva directiva comunitaria
 - 4.2. Las mejoras, modificaciones y posibles vacíos de la nueva Directiva (UE) 2018/957
 5. Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

Nota: estudio elaborado en el marco del proyecto I+D+i «Las relaciones laborales internacionales: jurisdicción competente y ley aplicable en materia de contrato individual de trabajo, derechos colectivos y Seguridad Social», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2016-77772-P), cuya investigadora principal es la profesora Eva López Terrada.

1. La delimitación del objeto de estudio

El presente estudio tiene como propósito el análisis del fenómeno de los desplazamientos de los trabajadores efectuados por empresas establecidas en uno de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), para el desarrollo de una prestación de servicios transnacional en el territorio de otro Estado miembro.

Entre las distintas razones que motivan el interés de este estudio resulta destacable el hecho de que la normativa comunitaria, que regula este tipo de desplazamientos a través de la Directiva 96/71/CE, se ha visto afectada por la publicación de una nueva norma reguladora de estos fenómenos de movilidad transnacional en el ámbito de la UE que la modifica. En efecto, el 9 de julio de 2018 se publicó la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio. Por tanto, y sin perder de vista el hecho de que los Estados miembros disponen de un plazo que finaliza el 30 de julio de 2020 para la transposición de los mandatos de la nueva Directiva 2018/957 a sus ordenamientos internos, y de que hasta dicho momento la Directiva 96/71/CE seguirá siendo aplicable, no cabe duda de que las modificaciones introducidas por la nueva regulación para la prestación de servicios transfronterizos, en el marco de este tipo de desplazamientos, revisten un notable interés jurídico.

Asimismo, dicho interés se justifica por el hecho de que entre la promulgación de una y otra norma distan 22 años, periodo en el cual se han ido incorporando nuevos Estados miembros al ámbito regional de la UE. No es de extrañar, por tanto, que ante la llegada de nuevos integrantes comunitarios y frente al consustancial incremento de la disparidad de realidades legislativas e intereses económicos enfrentados entre el conjunto de los Estados miembros se haya considerado necesaria una actualización del régimen regulador de este tipo de prestaciones transnacionales a fin de garantizar la competencia leal y un tratamiento equitativo en el estatuto jurídico laboral de los trabajadores desplazados en el territorio de la UE.

En este sentido, y como habrá oportunidad de constatar a lo largo de este análisis, conviene recordar que pese al reconocimiento de los principios de libre circulación de trabajadores y libertad de establecimiento, como principios fundamentales del mercado interior consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tanto la Directiva 96/71/CE –y su norma de acompañamiento, la Directiva 2014/67/UE–, como la reciente Directiva (UE) 2018/957 se consagran en esencia al fomento de la libertad de prestación de servicios en el marco de la UE.

Por tanto, conviene tener en cuenta que, pese a las necesidades de actualización de la normativa sobre desplazamientos, junto a los bienintencionados objetivos de alcanzar un equilibrio entre la necesaria protección de los derechos de los trabajadores desplazados y la antedicha libertad de prestación de servicios, el estudio de las nuevas modificaciones introducidas por la nueva Directiva (UE) 2018/957, para garantizar la equidad en materia de remuneración, la protección de las condiciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores, la regulación de la subcontratación, la vigilancia y control de las situaciones de fraude y abuso transnacional y la creación de mecanismos para la cooperación e interacción administrativa y sancionadora entre los Estados miembros, se plantea desde un enfoque crítico basado en el hecho de que cualesquiera mejoras vinculadas a la protección de los trabajadores desplazados siguen quedando supeditadas (también en la nueva Directiva 2018/957) a ese principio de libre prestación de servicios.

No hay que perder de vista el hecho de que este fenómeno de movilidad geográfica y su reglamentación se siguen sustentando en lo esencial en un prisma basado en la potenciación de un mercado interior competitivo, donde la productividad, la competencia y calidad de los servicios prestados, los costes y la innovación siguen siendo un objetivo preponderante y que, por tanto, las posibles limitaciones a ese principio de libre prestación de servicios que se requieran para garantizar la equidad y el trato igualitario entre los trabajadores desplazados de los distintos Estados miembros solo resultarán justificables en tanto en cuanto se las considere proporcionadas y necesarias por parte de la política comunitaria imperante en el seno de la UE.

En efecto, la nueva Directiva (UE) 2018/957 no pretende armonizar los costes de la mano de obra en el seno de la UE, sino que se limita a establecer las medidas necesarias para garantizar las condiciones laborales que se adapten a los costes y nivel de vida del Estado miembro de acogida o destino, y solo mientras se desarrolla la prestación de servicios del trabajador desplazado.

Ello explica que junto a los posibles problemas jurídicos derivados de la necesaria determinación del foro jurisdiccional competente y de la ley aplicable ante un posible conflicto laboral, sea este de carácter individual o colectivo, en el que entrarían en juego las distintas legislaciones de cada uno de los países implicados en dicho desplazamiento, la mayor parte de los problemas que generan este tipo de movimientos de plantilla hacia otros países suelen ser de índole económica.

Sería ingenuo, asimismo, pasar por alto el hecho de que la unión regional que conforma el espacio UE se encuentra integrada actualmente por 28 Estados miembros entre los que, junto a la diversidad en el momento de su respectiva incorporación a la inicial Comunidad Económica Europea y posterior UE, destaca una evidente y notoria heterogeneidad en términos económicos, sociales y geográficos. Con ello se quiere dar a entender que la recepción de las modificaciones operadas por la nueva normativa comunitaria, especialmente en lo referido al principio de la misma remuneración para el mismo trabajo en el mismo lugar,

así como su posterior armonización e integración en los ordenamientos internos de los países implicados, no tendrá, como es obvio, la misma acogida.

De los cerca de dos millones de trabajadores desplazados en la actualidad, la mayor parte suelen ser destinados hacia un conjunto de países cuyas condiciones laborales y salariales resultan considerablemente mejores que las de aquellos otros en los que radican empresas que habitualmente destinan empleados a ese primer grupo de Estados miembros.

No es de extrañar, por tanto, que, en las negociaciones para la elaboración del texto finalmente aprobado por el Parlamento Europeo, dicha dicotomía, representada por la comúnmente referida Europa de las dos velocidades, se haya visto representada por la alineación de dos bloques de países entre los que median evidentes intereses económicos enfrentados. En efecto, de un lado, se encuentran los países que se integraron en la UE en el periodo comprendido entre los años 1958 y 1995, tales como Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Italia, Países Bajos (incorporados a la CE en 1958), Dinamarca (1973), Austria, Finlandia o Suecia (1995), y que, salvo en el caso de Grecia (1981), España y Portugal (1986), presentan mercados de trabajo con condiciones laborales comparativamente superiores al resto de los países que integrarían el segundo bloque de Estados miembros. El segundo grupo se corresponde con el integrado por países que se incorporaron a la UE en el periodo comprendido entre los años 2004 y 2013, tales como Chequia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Bulgaria, Rumanía o Croacia (es decir, países con estatutos jurídicos laborales y salarios considerablemente inferiores a los que ostentan los países del primer grupo).

De este modo, los (generalmente considerados) países de destino, correspondientes al primer grupo arriba referenciado (donde los trabajadores nacionales perciben retribuciones más altas), conscientes de la posibilidad de que los países alineados en el segundo grupo pudiesen, a través de este tipo de desplazamientos transnacionales, competir con las empresas de sus propios Estados, mediante atractivas ofertas económicas por parte de los países del segundo bloque (para la realización, por ejemplo, de obras y servicios en determinados sectores como el de la construcción o el agrario), se mostraron en todo momento partidarios de las modificaciones de la nueva Directiva 2018/957, adoptando un posicionamiento proteccionista en correspondencia con el principio de idéntica remuneración para idéntico trabajo en el mismo lugar que recoge la nueva directiva, como estrategia defensiva *antidumping*, evitando así la posible desestabilización en sus mercados de trabajo internos.

Por el contrario, el segundo grupo de países arriba referenciado planteó la posibilidad de un posible aplazamiento de las medidas de equiparación retributiva que presenta el nuevo texto comunitario, señalando, a su vez, que el mencionado principio de idéntica remuneración para idéntico trabajo en el mismo lugar podría ser contraproducente en un mercado único, donde las diferencias salariales deberían ser consideradas como un fenómeno representativo de la legitimidad de las ventajas competitivas que para los prestadores de servicios debe ofrecer la integración del conjunto de los Estados en el ámbito regional del espacio UE.

Para comprender mejor las razones que motivan el enfrentamiento de posiciones entre los dos grupos o bloques de países anteriormente referidos, conviene recordar en este punto que la Directiva 96/71/CE, a fin de evitar la competencia ilícita entre los mercados y el posible desequilibrio económico que en el seno del espacio UE pudiese generar este tipo de fenómenos de movilidad transnacional, se limita a establecer umbrales mínimos de carácter protector. Entre dichos umbrales de carácter mínimo, y a diferencia de lo que con respecto a la remuneración dispone la nueva Directiva 2018/957, se establece que los trabajadores desplazados han de percibir al menos la cuantía equivalente que se corresponda con el salario mínimo interprofesional (SMI) del país de destino en el que el trabajador hubiese de llevar a cabo su prestación de servicios tras la orden de desplazamiento. Junto a ello, la Directiva 96/71/CE establece que las condiciones laborales mínimas de los trabajadores desplazados se aplicarán a estos de conformidad con los reglamentos, acuerdos colectivos, laudos arbitrales y convenios colectivos del país de destino.

Por tanto, de lo anteriormente expuesto, como habrá oportunidad de constatar más adelante, resulta posible avanzar que gran parte de la inquietud y confrontación de pareceres entre los Estados miembros alrededor de las nuevas cuestiones introducidas por la Directiva 2018/957 se encuentra en el hecho de que, mientras la Directiva 96/71/CE únicamente hacía referencia a que entre las condiciones de trabajo mínimas que deben respetarse en todo desplazamiento internacional se encuentran las cuantías de salario mínimas, la nueva Directiva 2018/957 establece una obligación que amplía dicho umbral mínimo protector al sustituir dicha obligación de respeto en el pago de las cuantías mínimas salariales para el trabajador desplazado por la obligación de respetar las condiciones de trabajo del país de destino en materia de remuneración.

En otras palabras, a través de la incorporación del término «remuneración» en el texto comunitario se sustituye la obligación de pago al trabajador de las cuantías de salario mínimas (lo que en España sería equivalente al pago del SMI para el trabajador desplazado) por el establecimiento de un principio de igualdad de remuneración (la misma remuneración para el mismo trabajo en el mismo lugar) omnicompreensivo de todos los elementos obligatorios que integren la contraprestación salarial del trabajador en el Estado miembro de acogida (bonificaciones, antigüedad, rendimiento, etc.).

Por supuesto, la nueva Directiva 2018/957 integra otros aspectos de ámbito material diverso dirigidos a reforzar y mejorar el cumplimiento y aplicación uniforme de la normativa para los trabajadores desplazados y garantizar el principio de igualdad de trato, tales como el establecimiento de una responsabilidad solidaria en el caso de contratas y subcontratas, la posibilidad de acceso a los tribunales y a la representación colectiva de los trabajadores desplazados conforme a las previsiones del país de destino o la posibilidad de ejecutar las acciones en el país de origen del trabajador desplazado, así como clarificar las disposiciones precedentes relativas a la aplicación de las normas sobre desplazamiento en el marco de una prestación de servicios a las empresas de trabajo temporal (ETT) y agencias de colocación, considerándolas empresas que desplazan cuando exista una relación laboral con

el trabajador. Asimismo se pretende reforzar la coordinación entre las autoridades y organismos competentes de los Estados miembros y la cooperación contra el fraude relacionado con el desplazamiento de trabajadores mediante la colaboración en inspecciones, investigaciones, intercambios de información entre las autoridades y organismos competentes de cada uno de los Estados miembros implicados.

Con todo, como ya se dijo, el siguiente análisis pretende, junto a la descripción de los nuevos aspectos y modificaciones incorporados por la nueva Directiva 2018/957, ahondar de forma crítica en la realidad aplicativa de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por el ámbito subjetivo de esta nueva norma comunitaria. Todo ello sin perder de vista las razones políticas subyacentes a esta nueva decisión legislativa como una toma de posiciones por parte de los países más desarrollados del espacio UE y su interés por el alumbramiento de la nueva normativa sobre desplazamientos transnacionales en el marco de una prestación de servicios que sirviese para endurecer los términos de la Directiva 96/71/CE y evitar así la posible afectación de sus intereses comerciales mercantiles en este tipo de desplazamientos.

2. La Directiva 96/71/CE

2.1. Las motivaciones de la Directiva 96/71/CE: la libertad de prestación de servicios frente a las garantías de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados

Décadas atrás, la concepción del trabajo como el esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza empresarial venía casi siempre asociada a mercados eminentemente estatales. Dicha delimitación territorial ha ido dejando paso, a través de lo que se ha convenido en llamar «proceso de globalización» o «mundialización», a nuevas y flexibles formas de ordenación del trabajo que, en la actualidad, se desarrollan en el panorama internacional.

Factores tales como la innovación tecnológica en los procesos informáticos y telemáticos que daría paso a una vertiente de trabajo desnacionalizado (Romagnoli, 1999, p. 12), la desaparición de aduanas y aranceles en las fronteras, por ejemplo a través de la ronda de Uruguay GATT (1986-1992), que finalmente supuso la creación de la Organización Mundial del Comercio, el reconocimiento de ciertas libertades de circulación a nivel comunitario como libertad de circulación de trabajadores, constituyéndose como derecho laboral fundamental, a través de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores (1989) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), y el fenómeno de la descentralización o fragmentación del proceso productivo, han contribuido de forma relevante a la liberalización del comercio mundial y al nacimiento de este nuevo sistema socioeconómico en continuo cambio y expansión.

El factor trabajo constituye en este marco económico uno de los pilares fundamentales para la subsistencia de este mercado mundial. Efectivamente, la correspondencia entre una economía global y la consideración como tal de un mundo global de trabajo (Bartolomei, 1998, p. 7) debería manifestarse como la consecuencia lógica de su recíproca subordinación. Sin embargo, tanto la regulación normativa como los mecanismos de control del mercado de trabajo siguen sin despegar de las fronteras nacionales de los Estados, y dicha presunción lógica de interdependencia no impide que el mercado de trabajo internacional se encuentre fragmentado desde el punto de vista jurídico.

La ampliación del campo de acción de las relaciones laborales en el mercado global ha planteado serias dudas sobre la validez y efectividad de este sistema fragmentado. Por ello, el fenómeno de transnacionalización de la relación laboral como parte indisoluble de ese conjunto económico precisaría de un tratamiento uniforme de normas laborales internacionales, que ayudasen a equilibrar los desajustes del mercado global de trabajo.

Dicho proceso de homogeneización plantea, sin embargo, no pocos problemas. La creación de estándares laborales que vinculen a la totalidad de Estados que toman parte activamente en el mercado mundial se proyecta desde la pragmática jurídica con un cierto escepticismo. En definitiva, la tremenda disparidad en el nivel de desarrollo económico de los países, junto a la presencia de distintos grados de protección laboral entre los mismos, obstaculizan la puesta en marcha de una ponderada armonización internacional de normas sociales.

En este contexto, resulta innegable que el área regional intracomunitaria de la CE ha sido la que, de entre todas las grandes regiones socioeconómicas, ha hecho desde sus inicios mayores esfuerzos armonizadores de las condiciones laborales o, si se prefiere, en alcanzar lo que algunos autores denominan «la creación de un mercado común de trabajo» (Colina, Ramírez y Sala, 1995, pp. 94-98; véase también Gutiérrez-Solar, 2000). Ciertamente, la mayor homogeneidad social, económica y política de los Estados miembros ha facilitado enormemente que los distintos proyectos armonizadores fueran realizados –al menos, en un principio– con un verdadero propósito de efectiva aplicación, ya que, en realidad, a pesar de la constante presencia de intereses políticos enfrentados, su potencial viabilidad no era considerada del todo utópica. Prueba de ello es la temprana existencia de normas creadas con la clara intención de fomentar la igualdad de oportunidades en el seno de la Comunidad. A modo de ejemplo, el artículo 110 del Tratado de Roma de 1957 establecía como obligación de cada Estado miembro garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores.

Para alcanzar los objetivos de crear un mercado interior UE, suprimiendo los obstáculos para la libre circulación de personas y servicios, la Comunidad, consciente de que la ausencia de una regulación adecuada podía provocar distorsiones en la competencia y graves perjuicios para el propio trabajador, tomó la iniciativa al plantear la articulación de un régimen específico en esta materia. Dicha labor suponía, de entrada, soslayar grandes obstáculos que, en su mayoría, se relacionaban con intereses políticos y dificultades de técnica legislativa.

Aunque la mayoría de estudios sobre la Directiva 96/71/CE indican que su aprobación tuvo lugar tras un largo proceso de gestación iniciado en 1991, las relatadas dificultades de armonización, unidas a la magnitud del proyecto, supusieron una espera de más de 20 años desde el primer intento de regulación. El ensayo tuvo lugar a través del Proyecto de Reglamento sobre conflictos de leyes en materia de relaciones laborales intracomunitarias (DOCE de 18 de mayo de 1972). Tras el mismo, aparecieron distintas propuestas que vieron, finalmente, sus expectativas frustradas. Así, el ya citado proyecto de reglamento fue modificado en 1976 y abandonado tras 2 años. No obstante, tales esfuerzos contaron con el marco de referencia que ofrecía el Programa de acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, DOCE COM (89), 568. En 1991, se produjo la publicación de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios, COM (91) 230 final, DOCE C 72, de 15 de marzo de 1993, página 78. Posteriormente, tras la emisión de los correspondientes Dictámenes del Comité Económico y Social y el Parlamento Europeo, en DOCE C 49/41, de 24 de febrero de 1992, y DOCE C 72/78, de 15 de marzo de 1993, respectivamente, destaca la Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios, DOCE COM (93) C 225 final, de 15 de julio de 1993, que dio paso a la elaboración de la ya definitiva 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.

A su vez, el propósito de la Comunidad resultaba ciertamente ambicioso al consistir en el objetivo plural de conciliar la ordenación de la libre prestación de servicios –evitando distorsionar la competencia en el interior del mercado único– con la protección a los derechos y garantías de los trabajadores desplazados.

De esta forma, tras la efectiva constatación de que las empresas, cada vez con más frecuencia, prestan sus servicios en territorios de otros Estados, y con base en la necesidad de otorgar mayor atención al contrato individual de trabajo y a su ley rectora, tras un largo periodo de gestación, fue aprobada la Directiva 96/71/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOCE L 18, de 21 de enero de 1997).

Es importante aclarar que la movilidad laboral transnacional no deriva del avance de la libre circulación de trabajadores en la UE, sino que se manifiesta como una consecuencia directa del reconocimiento de la libertad de prestación de servicios entre empresas del espacio regional intracomunitario.

En este sentido, conviene destacar que la base jurídica empleada como fundamento jurídico para la elaboración de la directiva se encuentra en preceptos consagrados a la libre prestación de servicios (art. 56 TFUE) y no en los consagrados a la libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE). Este hecho explica cómo el objetivo de la directiva no es otro que el de garantizar la libre prestación de servicios en el interior del mercado comunitario y lograr

una competencia no distorsionada en la prestación transfronteriza. No obstante, dicho objetivo se intenta compatibilizar en la directiva con la política social comunitaria, aunque evidencia, a nuestro juicio, el carácter secundario de esta última.

Asimismo, la preponderancia del principio de libertad de prestación de servicios frente a la de la circulación de trabajadores en el contexto de los desplazamientos transnacionales también se vio influenciada por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), poniéndose de manifiesto a través de su conocida Sentencia de 27 de marzo de 1990, en el caso *Rush Portuguesa Lda. contra Office National d'Immigration* (asunto 113/1989, rec. 1990, I, 1417-1446), donde se afirma que el desplazamiento temporal forma parte de la libertad de prestación de servicios y «se opone a que un Estado miembro prohíba a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro desplazarse libremente por su territorio con todo su personal».

De este modo es cómo a través de la jurisprudencia comunitaria se evidenció la necesidad de conjugar dos libertades comunitarias fundamentales. De un lado, la concerniente a la libre circulación de trabajadores del artículo 45 del TFUE y, de otro lado, la relativa a la libre prestación de servicios del artículo 56 del TFUE.

Sin embargo, al momento de la redacción de la Directiva 96/71/CE, las instancias comunitarias confirieron amplios márgenes legislativos que dejaban entrever que una ponderada coexistencia de ambas libertades al mismo nivel quedaba desdibujada al establecer la base jurídica de la elaboración de la norma comunitaria en la necesidad de garantizar la libre prestación de servicios como libertad económica en el ámbito regional UE, frente a la breve referencia a la libertad de circulación de trabajadores que se recoge en el preámbulo de la propia Directiva 96/71/CE (Casas, 2001, p. 41).

En efecto, la construcción de la base jurídica de la Directiva 96/71/CE, focalizada en otorgar las garantías concernientes a la libre prestación de servicios que reconoce el artículo 56 del TFUE, se ve contrarrestada en diversos puntos de la norma comunitaria por una innegable laxitud e indeterminación en lo concerniente a la protección de los derechos de los trabajadores desplazados y en el reconocimiento a la norma fundamental que consagra el artículo 45 del TFUE relativo a la libre circulación de trabajadores.

2.2. El contenido de la Directiva 96/71/CE

La Directiva 96/71/CE fue gestada con el doble propósito de garantizar la libre prestación de servicios en el marco comunitario, de un lado y, de otro, homogeneizar las condiciones de trabajo en el marco de prestaciones de servicios intracomunitarias ante la diversidad de ordenamientos jurídico-laborales existentes en dicho ámbito regional. Para ello se establecieron una serie de condiciones de trabajo y de empleo mínimas con el fin de reforzar la seguridad jurídica ante dichas situaciones transnacionales y de aproximar, en lo posible,

una mayor igualdad de trato en materia laboral. Con ese doble propósito el contenido de la norma comunitaria se estructuró en un breve articulado (tan solo nueve artículos y un anexo dedicado al ámbito de la construcción) en el que los distintos preceptos aparecen encabezados por un respectivo título material que hace referencia a las cuestiones sobre las que cada uno versa.

Así, el artículo 1, titulado «Ámbito de aplicación», presenta como destinatarios de la norma a las empresas de los Estados miembros de la UE y de los firmantes del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) que, con excepción de aquellas dedicadas a la marina mercante por lo que se refiere al personal navegante, desplacen trabajadores para una prestación de servicios transnacional a otro Estado miembro, siempre y cuando dichas prestaciones se identifiquen con alguna de las tres situaciones transnacionales que detalla el artículo 1.3 de la norma. Dichas situaciones hacen referencia, en primer lugar, a los supuestos en los que una empresa desplace a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de otro Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el periodo de desplazamiento. En segundo lugar, a los supuestos en los que se desplace a un trabajador al territorio de un Estado miembro, a un establecimiento o a una empresa que pertenezca a un grupo de empresas, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el periodo de desplazamiento. Y, en tercer lugar, a los supuestos en los cuales aquellas empresas que actúen en calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra desplacen a 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 interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el periodo de desplazamiento. Asimismo, se señala que las empresas de un Estado no miembro no deberán tener un trato más favorable que el resto de las empresas de los Estados miembros, manteniendo así un trato igualitario.

El artículo 2.1 de la Directiva 96/71/CE pretende, bajo el título de «Definición», establecer el concepto de «trabajador desplazado», señalando como tal al trabajador que realiza su trabajo con carácter temporal en otro Estado miembro de la UE distinto de aquel en el que trabaja habitualmente, haciéndose en el segundo punto del precepto referencia a que el concepto de «trabajador» corresponderá con el que sea aplicable conforme al derecho del Estado miembro en el que el trabajador haya sido desplazado y esté realizando un servicio. En definitiva, tres son las circunstancias que la Directiva 96/71/CE considera elementos identificativos de un trabajador desplazado: la temporalidad de la prestación, el vínculo contractual con el empleador que lo traslada y la habitualidad del vínculo laboral.

Con respecto a la temporalidad, la directiva establece que el trabajador desplazado deberá realizar su trabajo en el territorio de un Estado miembro durante un «periodo limitado», pero sin concretar cuál debe ser dicho rango temporal. Sin duda, entre los aspectos

más criticados de la directiva se encuentra el de la indeterminación e inseguridad jurídica que durante años ha generado la expresión «periodo limitado» del artículo 2.1. La amplitud e incertidumbre de este mandato es sin duda una de las cuestiones que mayores problemas han acarreado en la aplicación práctica de la directiva a la hora de establecer las condiciones de trabajo mínimas de los trabajadores desplazados y uno de los que más voces críticas han suscitado. La indeterminación de la temporalidad en el derecho laboral transnacional deviene en gran medida del Convenio de Roma de 1980, donde su artículo 6.2 a) ya hacía alusión a un «trabajo o empleo temporal», señalándose en el número 36 de sus considerandos que el legislador comunitario interpreta esta idea de la temporalidad como: «la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero». Por todo lo anterior, no resulta extraño que una de las propuestas de modificación de la directiva en cuestión se base en establecer una limitación concreta de la duración del desplazamiento ante la ausencia de un límite legal que conlleva un elevado grado de inseguridad jurídica.

En cuanto al vínculo y la habitualidad, debe existir en todo momento una relación contractual entre la empresa que traslada y el trabajador desplazado durante toda la prestación del servicio, remarcándose así la exigencia de un vínculo habitual y constante en el tiempo para que pueda existir un verdadero desplazamiento contractual.

A continuación, el artículo 3 establece cuáles son las «condiciones de trabajo y empleo» que deberán garantizar las empresas de los Estados miembros a sus trabajadores y, a su vez, que los Estados velarán para asegurar su cumplimiento. En ese sentido, se señala que serán de aplicación aquellas condiciones establecidas tanto en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, como las establecidas en convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general. Por convenios colectivos o laudos arbitrales se entenderán aquellos que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate. Se deberán garantizar los periodos máximos de trabajo y mínimos de descanso, junto con una duración mínima de las vacaciones retribuidas, así como las cuantías de salario mínimo. También, se velará por las condiciones de suministro de mano de obra, por la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo, por las medidas de protección aplicables a las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y jóvenes y, por último, se tratará de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Asimismo, la cuantía de salario mínimo se definirá de acuerdo con la legislación del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre desplazado el trabajador y, junto a la duración mínima de las vacaciones, se señala que no se aplicarán estas dos últimas condiciones a los trabajos de montaje inicial o de primera instalación de un bien en un contrato de suministro de bienes, siempre y cuando la duración del desplazamiento no supere los 8 días, de acuerdo con el apartado segundo de dicho artículo.

Por su parte, el artículo 3.3 establece que los Estados miembros podrán decidir que no se aplique la cuantía de salario mínimo, siempre y cuando se trate de un desplazamiento

a un trabajador por cuenta de la empresa y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios, o bien cuando se trate de la situación de desplazar a un trabajador a un Estado miembro, en un establecimiento o empresa que pertenezca al grupo, vinculado por una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante todo el desplazamiento, siempre y cuando no sea superior a 1 mes. El artículo 3.4 menciona que los Estados miembros podrán establecer excepciones a la cuantía de salario mínimo y, también, a las decisiones de cualquier Estado miembro a las que nos hemos referido anteriormente, siempre y cuando la duración del desplazamiento de los trabajadores no sea superior a 1 mes. Además, el artículo 3.5 señala que se podrán establecer excepciones a la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas y el salario mínimo, cuando se trate de un desplazamiento a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro en calidad de empresa de trabajo interino o de empresa de suministro de mano de obra. En el artículo 3.6 se establece que la duración del desplazamiento se calculará sobre un periodo de referencia de 1 año a partir de su comienzo y que se incluirá en el cálculo el tiempo que haya estado desplazado el trabajador al que haya que sustituir.

El artículo 3.7 señala que, pese a lo expuesto en los apartados 1 a 6, podrán aplicarse condiciones de empleo y trabajo que resulten más favorables para el trabajador. En el caso de que no exista una declaración expresa de aplicación general de los convenios colectivos o laudos arbitrales, los Estados miembros podrán basarse bien en convenios colectivos o laudos arbitrales que surtan efecto general en todas las empresas que pertenezcan al mismo sector o profesión de que se trate, o bien en convenios colectivos celebrados por organizaciones de los interlocutores sociales más representativos nacionalmente, garantizando la igualdad de trato y asegurando que existe una situación similar entre las empresas del mismo sector que estén sometidas a las mismas obligaciones y las empresas objeto de desplazamientos, a las que les serán exigidas las mismas obligaciones, tal y como se establece en el apartado octavo. Por último, el artículo 3.9 y 10 establece que los Estados miembros podrán disponer que las empresas garanticen a los trabajadores el beneficio de las condiciones que se apliquen a los trabajadores interinos en el Estado miembro donde se realice el trabajo, de la misma forma que la presente directiva no se negará a que los Estados miembros impongan las mismas condiciones de trabajo y empleo tanto a las empresas nacionales como a las de otros Estados.

El artículo 4 de la directiva, titulado «Cooperación en materia de información», dispone que serán los Estados miembros los que establecerán una cooperación entre las Administraciones públicas encargadas del control de las condiciones de trabajo y empleo, así como los responsables en adoptar las medidas necesarias para que la información sea accesible, además de comunicar al resto de Estados miembros y a la Comisión los centros de enlace competentes para ello. Resulta necesario tener en cuenta que la redacción del artículo 4, sobre la cooperación en materia de información, presenta una notable falta de claridad y concreción al señalar en su apartado tercero que será cada Estado miembro el responsable de adoptar las medidas necesarias para que sea accesible acudir a la información con

respecto a las condiciones de trabajo y empleo, sin concretar una vez más cuáles son las «medidas necesarias» que se deben adoptar. Esta falta de información ha generado indudables distorsiones y desigualdades en el mercado de trabajo comunitario.

A continuación, el artículo 5, titulado «Medidas», establece que serán los Estados miembros los que adoptarán las medidas oportunas en caso de incumplimiento de la directiva y establecerán los procedimientos adecuados para proteger a los trabajadores, si bien en ningún momento predetermina cuáles deben ser estas «medidas oportunas» aplicables para controlar la regularidad de los desplazamientos, ni tampoco concreta cuáles deben ser los «procedimientos adecuados» a poner en funcionamiento por los Estados, poniéndose de manifiesto los amplísimos e indeterminados márgenes de actuación que en esta materia se dejan a lo que los Estados miembros consideren más conveniente en cada caso.

El artículo 6, sobre la «competencia judicial», dispone que se podrá iniciar una acción judicial tanto en el Estado miembro en cuyo territorio haya estado desplazado el trabajador, como en cualquier otro Estado miembro. Posteriormente, el artículo 7, que hace referencia a la «aplicación», establece que los Estados miembros deberán adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar el cumplimiento de lo establecido en la presente directiva hasta la fecha del 16 de diciembre de 1999. Y el artículo 8, sobre la «revisión de la Comisión», establece que la Comisión examinará la directiva para proponer al Consejo las reformas o modificaciones necesarias, hasta la fecha del 16 de diciembre de 2001. En el noveno y último artículo firman la directiva el presidente del Parlamento Europeo K. Hansch y el presidente del Consejo I. Yates, el 16 de diciembre de 1996 en Bruselas.

La directiva añade un anexo en el que se establece que las actividades del artículo 3 comprenderán todas las actividades del ámbito de la construcción relacionadas con la realización, restauración, mantenimiento, modificación o la eliminación de construcciones, así como la siguiente enumeración: 1. Excavación, 2. Nivelación, 3. Construcción, 4. Montaje y desmontaje de elementos prefabricados, 5. Acondicionamiento o equipamiento, 6. Transformación, 7. Renovación, 8. Reparación, 9. Desmantelamiento, 10. Derribo, 11. Conservación, 12. Mantenimiento (obras de pintura y limpieza), 13. Saneamiento.

2.3. Los vacíos, la laxitud y la ambigüedad de la Directiva 96/71/CE ante la realidad práctica de los desplazamientos transnacionales de trabajadores

Las deficiencias reguladoras constatables en la Directiva 96/71/CE vienen referidas, en primer lugar, a que, pese a que sus disposiciones presentan un carácter mínimo, no establecen referencias claras a ese estándar mínimo de protección o «núcleo duro» de condiciones de trabajo a garantizar en cada Estado miembro.

Junto a ello, resultan también criticables la ausencia de una férrea delimitación conceptual sobre el término «trabajador desplazado» y de la concreción de parámetros temporales que faciliten la efectiva consideración del trabajador desplazado, el modo en el que ha de considerarse la existencia de una empresa establecida en un Estado miembro, la eficacia de los convenios colectivos y laudos arbitrales como normas a considerar para la determinación de la ley aplicable (restringida a aquellos de eficacia general, como puso de manifiesto la Sentencia del TJCE –STJCE– de 3 de abril de 2008, asunto C-326/06, caso Ruffert) o la falta de directrices claras sobre los mecanismos de control y cooperación necesarios entre los Estados para el establecimiento de sanciones ante supuestos incumplimientos empresariales.

Como era previsible, las deficiencias reguladoras de la Directiva/96/71/CE conllevaron evidentes problemas de interpretación, y sobre todo de aplicación, que dieron lugar a un progresivo incremento de la litigiosidad como consecuencia del aumento de los supuestos de abuso y fraude por parte de las empresas en relación con los derechos y condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados. De hecho, la propia directiva y, a su vez, el legislador comunitario parecen ser conscientes desde el propio alumbramiento de la norma de que la construcción de la misma dejaba una puerta entreabierto a problemas aplicativos y a la posible aparición de casos de abuso manifiesto en supuestos de suministro transnacional de trabajadores, así como de actividades transnacionales ilegales, tal y como se evidencia tras la lectura del artículo 4.2 de la directiva.

A ello se unen los consabidos problemas de la aplicación práctica de lo previsto en la directiva ante la heterogeneidad de la tipología de los desplazamientos, ya sean estos de tipo intragrupal (entre diversas empresas del mismo grupo multinacional), motivados por las contrataciones/subcontratas de obras y servicios o los llevados a cabo por ETT o agencias de colocación transnacionales y su particular y respectiva complejidad intrínseca, y otros como los relacionados con estrategias fraudulentas por parte de las empresas como la creación de «empresas pantalla», también conocidas como «empresas buzón», mediante el establecimiento de sedes artificiales en Estados de origen con estatutos jurídico-laborales débiles que permiten a los empresarios infractores considerables ahorros en términos de costes sociales (Fotinopoulou, 2015, p. 126).

En definitiva, todas esas inconcreciones y los problemas y conflictos laborales generados por las dificultades de una aplicación práctica sólida, coherente y unitaria alimentaron la conciencia comunitaria de la necesidad de implementar mejoras que resolviesen las lagunas aplicativos generadas por la Directiva 96/71/CE. A ello contribuyó sin duda la aparición de determinadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que evidenciaban las grietas de la norma comunitaria.

En efecto, pronunciamientos como los aportados por la STJCE de 18 de diciembre de 2007 –comúnmente conocida como sentencia Laval un Partneri Ltd. contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros (asunto C-341/05), que establecía, en definitiva, que los

sindicatos no pueden obligar, mediante medidas de conflicto colectivo, a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro–, por la STJCE de 11 de diciembre de 2007 –conocida como el caso Viking en The International Worker’s Federation y The Finnish Seamen’s Union contra Vicking Line ABP y OU Viking Line Eesti (asunto C-438/05), al señalar que las medidas de conflicto colectivo pueden suponer restricciones al derecho de establecimiento recogido en el artículo 43 del Tratado de la Unión Europea (con lo que este último parece quedar en un nivel igual o superior al derecho de huelga)– o por la STJCE de 3 de abril de 2008 –conocida como caso Ruffert contra Land Niedersachsen (asunto C-346/06), que establecía que un convenio colectivo carente de aplicación general en el sector de la empresa en cuestión y la inexistencia de salario mínimo por ley en Alemania implicaban que la empresa contratista no se encontraba obligada a retribuir a sus trabajadores según lo establecido en las normas alemanas– avivaron la polémica sobre la necesidad de una iniciativa de revisión y refuerzo garantista que minorase la desprotección de los trabajadores desplazados y equilibrase la balanza en aras de una competencia equilibrada y justa entre los actores intervinientes de los distintos Estados miembros.

Otro de los factores determinantes fue la progresiva entrada de nuevos Estados miembros con salarios mínimos y estatutos jurídicos laborales considerablemente inferiores a los de los países integrantes de la UE. En este sentido, junto a los pronunciamientos del TJUE, las necesidades de establecer estrategias ante la inminente llegada de nuevos desajustes relacionados con el *dumping* social hicieron evidente la necesidad de elevar propuestas de refuerzo y reforma para revertir los desajustes normativos anteriormente mencionados.

3. El necesario *enforcement* de la Directiva 2014/67/UE ante las situaciones empresariales elusivas de la Directiva 96/71/CE

La Directiva 2014/67/UE, de ejecución de la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, nace esencialmente con el propósito de combatir la elusión empresarial de las disposiciones contenidas en esta última, intentando clarificar sus omisiones y ambigüedades en cuestiones de tan indudable trascendencia como la correcta definición de la temporalidad como rasgo característico del desplazamiento.

No en vano, una de las cuestiones teóricas esenciales a tener en cuenta en relación con la evolución normativa referente al desplazamiento transnacional de trabajadores es que esta ha venido marcada por la indeterminación de la temporalidad como uno de los elementos esenciales que configura la noción o definición de un desplazamiento de trabajadores conforme a la normativa comunitaria. Al respecto conviene recordar que para el acercamiento a una noción de lo que se ha de considerar desplazamiento transnacional resulta preciso concretar los rasgos característicos que se le atribuyen. Y, tradicionalmente, la doctrina

científica ha considerado que los rasgos característicos de la figura del desplazamiento son, junto al lógico ánimo de retorno del trabajador desplazado, la temporalidad, la transnacionalidad y la pervivencia del vínculo originario con el empresario original.

El artículo 2.1 de la Directiva 96/71/CE señala que se entenderá por «trabajador desplazado» a todo aquel que «durante un periodo limitado realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio trabaje habitualmente». A la vaguedad en términos temporales, cuando se hace referencia a la expresión «durante un periodo limitado» o «habitualmente», del mencionado precepto se une el hecho de que el artículo 3.6 de la directiva dispone que «la duración del desplazamiento se calculará sobre un periodo de referencia de 1 año a partir de su comienzo».

Asimismo, la imprecisión en los términos no solo resulta predicable a los efectos de la aplicación de la Directiva 96/71/CE por lo que hace a la falta de concreción temporal. En efecto, las previsiones normativas de la directiva también resultan deficitarias en lo concerniente a los derechos de información y cooperación entre las diversas instituciones y organismos oficiales de los Estados miembros a fin de combatir el fraude y eludir la aplicación de los mandatos que establece dicha directiva.

En este sentido, la Directiva 2014/67/CE establece en su artículo 4 (dedicado a la identificación de los expresamente reales y la prevención de abusos y elusiones) un listado de criterios que puedan servir, a modo de sistema indiciario, como elementos determinantes del carácter temporal como rasgo característico del desplazamiento transnacional para la prestación de servicios, así como la circunstancia de que en la relación laboral del trabajador desplazado concorra un vínculo real, y no meramente aparente, entre el empleador y el Estado miembro de origen desde el que se efectúa la prestación de servicios transnacional del trabajador desplazado. Se trata por tanto de establecer una serie de criterios para constatar, de un lado, la existencia y veracidad del desarrollo de actividades empresariales en el Estado de origen por parte del empleador y, de otro lado, del establecimiento de signos indicativos que permitan diferenciar si nos encontramos ante un verdadero desplazamiento o si por el contrario se trata de otro tipo de movilidad que quedaría fuera del ámbito de aplicación normativo que comprende la Directiva 96/71/CE.

Dichos criterios identificadores se basan en la conexión de los sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados miembros que conforman el territorio UE, así como en «los criterios empleados en el marco de los conflictos de leyes a la hora de distinguir el desplazamiento de la prestación de servicios habitual en un único país, si bien con alcances muy diversos» (Fotinopoulou, 2015, pp. 127-128).

Desafortunadamente, la Directiva 2014/67/CE no resuelve los problemas de indeterminación referentes a la temporalidad del trabajador desplazado para diferenciarla de la habitualidad vinculada al Estado miembro de origen donde el trabajador suele desarrollar su prestación de servicios. En efecto, lejos de incorporar nuevas previsiones normativas que

de forma expresa señalasen lapsos concretos y cómo y de qué forma se ha de considerar que un trabajador se encuentra «temporalmente» desplazado en el territorio de otro Estado miembro diferente de aquel en el que habitualmente desarrolla su prestación de trabajo, la Directiva 2014 se limita, en su artículo 4.3, a señalar que deben examinarse una serie de elementos fácticos caracterizadores de este tipo de contexto de movilidad laboral. En ese sentido, el apartado quinto del mismo precepto establece que los Estados miembros deben guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador.

Por tanto, en relación con la determinación del rasgo de la temporalidad, la Directiva 2014/67/UE sigue sin aportar parámetros de valoración claros y concretos, haciéndose únicamente referencia en el artículo 5 a que se deben examinar todos los elementos fácticos que caracterizan esa labor y la situación del trabajador, para lo que se habrá de valorar, en cada caso, distintas circunstancias tales como si el trabajo se realiza durante un periodo limitado en otro Estado miembro, la fecha de inicio del desplazamiento, si el desplazamiento se realiza en un Estado miembro distinto de aquel en el que, o desde el que, el trabajador desplazado suele desempeñar su labor, de acuerdo con el Reglamento (CE) 523/2008 (Roma I) o el Convenio de Roma, si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza una vez terminado el trabajo prestado para el que fue desplazado, la naturaleza de las actividades, si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa los gastos y, de ser así, de qué forma se los proporciona o el método de reembolso, o los periodos previos en los que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador desplazado (Llobera, 2017, p. 51).

Junto al hecho de que no se hubiera resuelto el problema de la concreción temporal en la definición de trabajador temporalmente desplazado a otro Estado miembro, tampoco se consiguió depurar la situación de los trabajadores desplazados en el marco de ETT. Del mismo modo, seguían permaneciendo conflictos prácticos en relación con la posible exigencia de responsabilidad solidaria en el ámbito de desplazamientos ejecutados en el marco de las contrataciones de obras y servicios y tampoco se recogieron soluciones en relación con el recurso a la creación de filiales por parte de los grupos de empresa a fin de beneficiarse de los vacíos que contempla la directiva. Asimismo, tampoco se aportaron soluciones en relación con el recurso a las acciones colectivas por incumplimiento de la norma en cuestión.

En suma, y al margen de las mejoras producidas en el ámbito de la cooperación administrativa entre organismos e instancias laborales, la más autorizada doctrina científica consideró que, a la vista de los resultados, la Directiva 2014/67/CE de ejecución de la Directiva 96/71/CE:

[...] no aporta nada nuevo a los grandes problemas que la directiva de origen planteaba [...]. Esto demuestra las dificultades que a nivel regional europeo ostentamos en torno a la protección de los derechos de los trabajadores y la primacía de los derechos económicos (Fotinopoulou, 2017, p. 147).

4. La nueva Directiva (UE) 2018/957

4.1. Las motivaciones políticas de la nueva directiva comunitaria

El 28 de junio de 2018 se promulgó la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 173, de 9 de julio), por la que se modifican las Directivas 96/71/CE y 2014/67/UE. En síntesis, la nueva reforma introduce nuevos aspectos materiales sometidos al principio de igualdad de trato entre empleados nacionales y trabajadores desplazados, aumentando al tiempo las obligaciones de supervisión y colaboración entre los Estados miembros, clarificando carencias normativas existentes en la Directiva 96/71/CE –como las relacionadas con la aplicación de los mandatos comunitarios a las ETT y agencias de colocación– e incorporando un nuevo sistema y régimen sancionador para todas aquellas empresas que eludan el cumplimiento de la normativa sobre desplazamientos transnacionales.

No obstante, para la mejor comprensión de las razones que han motivado la reforma de la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamiento de trabajadores, resulta conveniente llevar a cabo una aproximación a los condicionamientos temporales y geopolíticos que han propiciado la necesidad de este cambio normativo.

A estos efectos, conviene recordar que la Directiva 96/71/CE tenía por objeto regular el desplazamiento de trabajadores entre Estados miembros a fin de garantizar la libre prestación de servicios en el mercado de la UE. Sin embargo, es preciso recordar también que la promulgación de dicha norma se alumbró bajo un prisma económico basado en facilitar la expansión de las prestaciones de servicios del mercado de la UE a través de las fronteras entre los distintos Estados miembros y no bajo la perspectiva principal de la salvaguarda de los derechos laborales de los trabajadores desplazados. Prueba de ello es que la Directiva 96/71/CE establece unos términos y condiciones de empleo de carácter mínimo para todos los trabajadores desplazados. Así sucedía con los salarios del Estado de acogida (véase *supra*).

Con el paso del tiempo esta situación generó críticas, principalmente de los países de acogida, que llevaron a afirmar que la Directiva 96/71/CE podía servir de instrumento para reducir los salarios y las condiciones de empleo en los países de acogida, alimentando de este modo el conocido fenómeno del *dumping* social o, lo que es lo mismo, la carrera a la baja de los estatutos jurídico laborales en los países de destino. Ante dichos planteamientos críticos, la UE adoptó nuevas medidas contra los abusos empresariales que se enmarcaban en la práctica de los desplazamientos transnacionales que se vieron plasmadas en la anteriormente referida Directiva 2014/67/UE. Sin embargo, las presiones persistieron ante el posible impacto económico negativo que dichas voces críticas sostenían en algunos Estados miembros. Como es lógico, la mayor parte de estos pronunciamientos críticos con la Directiva 96/71/CE provenían de los países receptores de trabajadores desplazados, siendo estos los que argumentaban la posible amenaza de una notable afectación a sus mercados internos de trabajo. Por el contrario, los países emisores se mostraban en todo momento partidarios de las disposiciones establecidas por la directiva, argumentando que

las diferencias salariales entre los Estados miembros representan un valor integrador entre el conjunto de mercado de trabajo UE que se fundamenta en la legítima y libre competencia entre los países del territorio comunitario.

En este sentido, conviene tener en cuenta que desde el alumbramiento de la Directiva 96/71/CE, la UE se ha visto transformada sustancialmente, dado que en aquel momento los 15 Estados miembros integrantes presentaban, en términos generales, condiciones laborales y económicas mucho más homogéneas que las existentes entre los 28 Estados que actualmente conforman el espacio UE.

En efecto, desde la ampliación de la UE en 2004, un número considerable de trabajadores desplazados provino de Europa Central y del Este, realizando prestaciones de servicios transnacionales a cambio de salarios considerablemente inferiores de los que venían percibiendo los empleados locales de Europa Occidental. Al respecto, pese a una posible consideración crítica de sesgo generalista en lo anteriormente señalado, lo cierto es que países como Polonia, Eslovenia, Estonia o Bulgaria han sido desde 2005 los principales emisores de trabajadores desplazados para desarrollar prestaciones de servicios en Estados como Bélgica, Austria, Luxemburgo u Holanda, y en estos últimos países el promedio salarial superaba considerablemente (aun teniendo en cuenta la disparidad salarial entre distintos sectores de actividad) la remuneración que hubiesen podido percibir los trabajadores desplazados en sus países de origen (como señala Eurostat 2017 en el *Annual report on intra-EU labour mobility*).

El debate sobre la necesaria actualización y modernización de la normativa comunitaria sobre trabajadores desplazados prosiguió en el seno de la Unión, viéndose asimismo reforzado por las reiteradas denuncias que diversos Estados miembros, como Alemania, Bélgica, Francia u Holanda, plantearon en relación con el impacto negativo de posible efecto de *dumping* social provocado por la desactualización de las disposiciones contempladas en la Directiva 96/71/CE. La presión para que se incorporasen medidas con carácter urgente para la resolución del problema vino también acompañada de distintas críticas a la jurisprudencia del TJUE por considerar que sus pronunciamientos ante supuestos relacionados con la materia habían tenido un efecto debilitador de las disposiciones sobre trabajadores desplazados que contempla la Directiva 96/71/CE, habiéndose otorgado en dichas sentencias un mayor énfasis a la contribución y potenciación de un mercado único de servicios frente a las disposiciones relativas a la protección del empleo en los casos de desplazamiento (Cummins, 2017).

Junto a lo anterior, la proliferación de supuestos de fraude empresarial y la evidencia de la aparición de nuevas estrategias de algunas empresas a fin de evitar la asunción de superiores costes en los regímenes de la Seguridad Social en los Estados miembros receptores, tales como el uso de las llamadas «empresas buzón o pantalla» mediante las cuales los empleados son nominalmente contratados en Estados miembros con menores cargas sociales, siendo permanentemente enviados en la práctica a otro Estado miembro con estatutos jurídico-laborales considerablemente superiores, sirvieron asimismo para demostrar

la existencia de intentos acordados por parte de contratistas sin escrúpulos que pretendían eludir la Directiva 96/71/CE. Asimismo, otros factores de índole política, como el hecho de que el actual presidente de la República Francesa Emmanuele Macron referenciase el problema de este tipo de abusos como uno de los argumentos clave de su programa electoral y su compromiso para revertir dichas situaciones si era elegido presidente, contribuyeron a avivar el debate sobre la urgencia de una propuesta reformista que acotase las deficiencias normativas de la Directiva 96/71/CE.

Ante este contexto, la Comisión Europea ya había presentado una propuesta en marzo de 2016 a fin de reformar la Directiva 96/71/CE (Comisión Europea, 2016). En síntesis, el texto planteaba cuestiones clave como las referidas a la remuneración, la consideración de los trabajadores desplazados a través de ETT y las condiciones del desplazamiento de larga duración. Al respecto conviene señalar que el texto final fue mucho más restrictivo que las primeras propuestas de la Comisión, reflejando así las preocupaciones expresadas en el Parlamento y en diversos Estados miembros. Así, cuando el Consejo acordó su posición sobre el proyecto de ley en octubre de 2017, 21 Estados miembros votaron a favor. Por su parte, algunos de los principales países emisores de trabajadores desplazados, en correspondencia con su postura inmovilista y favorable a la pervivencia de la laxitud de la directiva original, favorable a sus intereses económicos, votaron en contra (concretamente, Hungría, Lituania, Polonia y Letonia). Otros, como Reino Unido, Irlanda o Croacia, se abstuvieron.

Por último, conviene mencionar que el sector del transporte internacional por carretera queda excluido de la aplicación de la nueva norma comunitaria, ya que como señala el decimoquinto considerando de la Directiva (UE) 2018/957:

[...] 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 específicas para el transporte por carretera que también refuerce la lucha contra el fraude y los abusos.

Por ello, se establece en el artículo 3.3 de la Directiva (UE) 2018/957 que la aplicación de la nueva directiva al sector del transporte por carretera requerirá de una previa modificación de la normativa específica en relación con este colectivo (Directiva 2006/22/CE), así como de la propia normativa comunitaria sobre el desplazamiento a fin de que se establezcan medidas *ad hoc* en dicho ámbito sectorial.

4.2. Las mejoras, modificaciones y posibles vacíos de la nueva Directiva (UE) 2018/957

La Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio, modifica la Directiva 96/71/CE centrándose en la igualdad de trato como principio inspirador de

la nueva normativa comunitaria, que se refleja en aspectos capitales como el tratamiento normativo para lograr la equivalencia salarial y la determinación de los elementos constitutivos de la remuneración y de otras condiciones de trabajo.

Asimismo, se pretende clarificar la aplicación normativa a las ETT y agencias de colocación, la protección de los empleados desplazados durante el desarrollo de su desplazamiento en lo referente a la libre prestación de servicios y el trato que se ha de conferir a aquellos desplazamientos que se prolonguen en el tiempo más allá de 12 meses. Junto a ello, se manifiesta la necesidad de garantizar para el trabajador desplazado garantías de cara al ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de huelga y otros vinculados a la negociación colectiva.

Finalmente, la nueva directiva establece diversas medidas vinculadas a la lucha contra el fraude y los supuestos de abusos en situaciones de subcontratación, obligando para ello a los Estados miembros a adoptar medidas adecuadas que se centran en la coordinación entre las autoridades y organismos competentes de los distintos Estados miembros y la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado mediante la creación de una plataforma europea que habría de participar en el seguimiento y evaluación de los casos de fraude facilitando la comunicación administrativa entre los Estados implicados, propiciando asimismo los intercambios de información ante este tipo de situaciones.

Aunque la entrada en vigor de la nueva Directiva (UE) 2018/957 se produjo el 30 de julio del año 2018, sus previsiones normativas resultarán aplicables de forma efectiva tras su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, para lo que se establece un plazo de 2 años, es decir, a partir del 30 de julio del año 2020 es cuando serán aplicables las modificaciones que ordena la norma comunitaria a las respectivas normas nacionales de los Estados miembros integrantes del EEE y Suiza en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Hechas estas consideraciones generales, procede ahora exponer de forma particularizada las concretas modificaciones de esta nueva normativa:

En primer lugar, se modifica el artículo 1 de la Directiva 96/71/CE, sustituyendo su título original («Ámbito de aplicación») por el de «Objeto y ámbito de aplicación».

De este modo se pretende clarificar el objeto de la Directiva 96/71/CE, para lo que el artículo 1.1 de la Directiva (UE) 2018/957 establece que su objeto básico es el de garantizar la protección de los trabajadores desplazados durante su desplazamiento, en lo que se refiere a la libre prestación de servicios, el establecimiento de disposiciones obligatorias sobre las condiciones de trabajo y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores que deben respetarse.

A continuación se especifica que esta normativa no afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la UE,

mencionándose de forma expresa tanto 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 conformidad con la legislación o las prácticas nacionales, como el derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o a llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales.

En segundo lugar, se desarrollan disposiciones referentes a la legislación de las ETT en materia de desplazamientos, ya que con anterioridad a la reforma existían ciertas carencias normativas que convenía solucionar, estableciendo la equiparación entre las condiciones de trabajadores de la cedente y la usuaria.

Así, en correspondencia con un necesario propósito clarificador de la nueva normativa comunitaria, la directiva se refiere ahora a la aplicación de sus previsiones normativas para las ETT y agencias de colocación que desplazan a sus trabajadores hacia otros Estados miembros distintos de aquel donde radican. Con anterioridad a la reforma, el texto normativo se refería a este tipo de empresas denominándolas, respectivamente «empresas de trabajo interino» y «empresas de suministro de mano de obra». De esta forma, el artículo 1.3 c) de la Directiva 96/71/CE aclara que las ETT o las agencias de colocación se considerarán empresas a los efectos del cumplimiento de esta normativa cuando el trabajador tenga con ellas una relación laboral, por lo que quedan obligadas a cumplir plenamente las disposiciones pertinentes de la presente directiva y también las previstas en la Directiva 2014/67/UE.

Junto a lo anterior se establece, concretamente, que los Estados miembros velarán para garantizar a los trabajadores desplazados las condiciones laborales conforme a las previsiones que reseña el artículo 5 sobre «igualdad de trato en las condiciones de trabajo y empleo» de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre, relativa al trabajo a través de ETT. Asimismo, las empresas usuarias deberán informar a las ETT o agencias de colocación de las condiciones de trabajo que se aplican a los trabajadores desplazados en lo referente a condiciones de empleo y remuneración con una suficiente antelación antes del inicio de la prestación de servicios.

Por su parte, de conformidad con el artículo 3.9 de la Directiva 96/71/CE, los Estados miembros podrán exigir a estas empresas (ETT o agencias de colocación) que sus trabajadores desplazados cuenten con el beneficio de las condiciones que se apliquen a los trabajadores temporales del Estado miembro en cuyo territorio se ejecuta el trabajo.

En tercer lugar, el artículo 1.2 de la Directiva (UE) 2018/957 modifica el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE, incluyendo distintas novedades en el listado de materias que configuran el estatuto mínimo o núcleo duro de condiciones de trabajo a garantizar al trabajador desplazado conforme a la regulación laboral del Estado miembro de destino, a fin de garantizar la igualdad de trato del trabajador desplazado frente a los trabajadores nacionales de dicho Estado de acogida o destino.

En este sentido, resulta destacable que, mientras la Directiva 96/71/CE únicamente hace referencia a que entre las condiciones de trabajo mínimas que deben respetarse en todo desplazamiento internacional se encuentran las «cuantías de salario mínimas», la nueva Directiva (UE) 2018/957 establece una obligación que amplía dicho umbral mínimo protector al sustituir dicha obligación de respeto en el pago de las cuantías mínimas salariales para el trabajador desplazado por la obligación de respetar las condiciones del trabajo del país de destino en materia de «remuneración». Así, a través de la incorporación del término «remuneración» en el texto comunitario se sustituye la obligación de pago al trabajador de las cuantías de salario mínimas (lo que en España sería equivalente al pago del SMI para el trabajador desplazado) por el establecimiento de un principio de igualdad de remuneración («la misma remuneración para el mismo trabajo en el mismo lugar»), omnicomprensivo de todos los elementos obligatorios que integren la contraprestación salarial del trabajador en el Estado miembro de acogida (bonificaciones, antigüedad, rendimiento, etc.).

Sin duda, esta sustitución terminológica comporta uno de los mayores impactos de la reforma en términos de igualdad retributiva. De este modo, el concepto de «remuneración» será el que venga determinado por la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre desplazado el trabajador, integrándose así todos los elementos constitutivos de la remuneración obligatorios en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales o de los propios convenios colectivos o laudos arbitrales que hayan sido declarados de aplicación universal o celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y de amplia aplicación en el territorio del Estado de destino.

En cuarto lugar, la Directiva (UE) 2018/957 modifica el artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE incluyendo entre el listado de dichas condiciones mínimas a garantizar una nueva letra (la letra h). Esta nueva incorporación material obliga a garantizar las condiciones de alojamiento de los trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual cuando el empleador se las proporcione.

En quinto lugar, otra de las incorporaciones al listado del artículo 3.1 de la Directiva 96/71/CE es la que se establece a través de la nueva letra i), entendiéndose así que también quedan integrados en ese núcleo duro de condiciones de trabajo a contemplar para el trabajador desplazado 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.

En este punto, conviene tener en cuenta que el abono de los mismos se realizará exclusivamente cuando los trabajadores desplazados incurriesen en ese gasto y cuando viajen a y desde su lugar habitual de trabajo situado en el Estado miembro en cuyo territorio estén desplazados, pero, igualmente, cuando su empleador los destine temporalmente desde dicho lugar habitual de trabajo a otro lugar de trabajo distinto.

Asimismo, a consecuencia de la anteriormente referida sustitución del término «salario mínimo» por el de «remuneración» en la nueva Directiva (UE) 2018/957, el artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE quedaría modificado en el sentido de que se consideran ahora parte de la remuneración los complementos específicos por desplazamiento, 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.

De este modo, y sin perjuicio de que formen parte del estatuto mínimo, el empleador deberá reembolsar a los trabajadores desplazados dichos gastos, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral. Ante el supuesto de que las condiciones de trabajo aplicables a dicha relación no indiquen si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de reembolso de gastos efectivamente realizados a causa de dicho desplazamiento o como parte de la remuneración y, en su caso, cuáles son esos elementos, se ha de considerar que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos.

En sexto lugar, conviene señalar que el artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE señala que el estatuto mínimo no impide que las empresas apliquen condiciones de empleo y trabajo más favorables a sus trabajadores que las establecidas en legislación de destino.

A su vez, la directiva (art. 3.10 Directiva 96/71/CE) no impide a los Estados miembros que, respetando los tratados, puedan imponer a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados miembros –siempre sobre la base de la igualdad de trato– otras condiciones de trabajo distintas a las anteriormente señaladas cuando se trate de disposiciones de orden público.

En séptimo lugar, entre las cuestiones capitales en las que ha incidido la Directiva (UE) 2018/957 se encuentra la relativa a los supuestos en los que la duración efectiva del desplazamiento supere los 12 meses.

En efecto, con esta nueva incorporación, las empresas deberán garantizar a sus empleados, junto a un listado de condiciones mínimas vigentes hasta la fecha, todas aquellas condiciones de trabajo aplicables en el Estado de destino (excluyéndose las formalidades de condiciones de celebración y resolución de contratos, las cláusulas de no competencia y los regímenes complementarios de jubilación) para todos aquellos desplazamientos con una duración superior a 12 meses.

A este respecto, conviene tener en cuenta dos cuestiones. De un lado, que el plazo máximo de 12 meses puede ampliarse hasta los 18 meses y que dicha ampliación temporal queda condicionada a la presentación por parte del prestador de los servicios de una notificación motivada a la Administración del país de destino. De otro lado, que ante la circunstancia de que se sustituya a un trabajador desplazado por otro que realice el mismo trabajo en el mismo lugar, considerándose a estos efectos aspectos tales como la natura-

leza del servicio, el trabajo que se realice y la dirección o direcciones de lugar de trabajo, el anteriormente referido cómputo de los 12 meses incluirá los periodos de prestación de ambos trabajadores.

En octavo lugar, se establece la ampliación de la consideración del convenio colectivo de eficacia o aplicación universal.

En efecto, la aplicación de las condiciones laborales establecidas en la regulación del Estado miembro de destino incluirá tanto las disposiciones legales como las reglamentarias o administrativas y las condiciones reguladas por los convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación «universal» (antes de la reforma se hablaba de aplicación «general» en referencia a esos convenios).

A este respecto resulta necesario mencionar la problemática derivada de aquellos supuestos en los que, como en la STJCE de 3 de abril de 2008 (asunto C-326/06, caso Ruffert), un convenio colectivo cuya aplicación se exigía no haya sido declarado de aplicación general en el sector en el que la empresa desarrolle su actividad. Esto conllevaría el peligro de que, ante la posibilidad de la inexistencia de un salario mínimo (como ocurre en Alemania), la empresa contratista no se encontrase obligada a retribuir a los trabajadores según lo establecido en las normas del Estado miembro de destino. En la nueva normativa, el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE se modifica en el apartado ocho (concretamente en sus párrafos segundo y tercero), siendo sustituido por el texto siguiente:

A falta de, o además de, un sistema de declaración de aplicación universal de convenios colectivos o laudos arbitrales en el sentido de lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en:

- Los convenios colectivos o laudos arbitrales que sean de aplicación universal en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos, o
- Los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional.

Esta cuestión resulta de importancia, sobre todo, por lo que hace a la sustitución de la equiparación de las cuantías mínimas salariales (es decir, del SMI) entre los Estados miembros por la referencia a la necesidad de que los trabajadores desplazados al territorio de otro Estado miembro perciban la misma remuneración que un trabajador nacional de dicho Estado miembro en dicho sector o puesto de trabajo equivalente.

En efecto, el apartado 1 bis de la Directiva (UE) 2018/957 establece que, cuando la duración efectiva de un desplazamiento sea superior a 12 meses, la igualdad de trato (in-

cluyéndose aquí la remuneración) establece la necesidad de que se garanticen todas las condiciones de trabajo aplicables que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo y de conformidad, en primer lugar, con las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o, en su lugar, con los convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado ocho anteriormente mencionado.

Lo anteriormente expuesto permite plantear una hipótesis que abriría la puerta a posibles intentos de elusión de esa equiparación de trato retributivo cuando se dé el caso de que los convenios colectivos o laudos arbitrales del Estado miembro de destino o acogida presenten esquemas de negociación colectiva que no se basen en la aplicación universal de sus disposiciones. Es decir, si las condiciones retributivas están basadas en convenios de aplicación limitada (y, por lo tanto, solamente aplicables a aquellos trabajadores afiliados a los sindicatos que firmaron dichos convenios de aplicación limitada), se estaría desprotegiendo a todos aquellos trabajadores no comprendidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de dichos convenios.

No obstante, habida cuenta de que los (generalmente considerados) países de destino (en su mayoría, países nórdicos) suelen tener altas tasas de afiliación sindical, el problema de la posible inaplicación de las exigencias de equiparación retributiva de la nueva Directiva (UE) 2018/927, por no existir convenios colectivos de aplicación universal, podría resolverse a través del segundo epígrafe que se establece en el apartado ocho, es decir, el que establece que la igualdad de trato también podrá devenir de los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional.

En noveno lugar, otro de los aspectos esenciales en los que se centra la reforma es el relacionado con la necesidad de reforzar las medidas de cooperación administrativa entre las autoridades y organismos competentes entre los Estados miembros a fin de combatir situaciones de fraude o abusos en el desplazamiento de trabajadores cuando estos presentan un carácter transnacional.

Así, la mejora en términos de funcionamiento, eficiencia e intercambios de información ante este tipo de situaciones, así como el establecimiento de medidas de vigilancia, control y ejecución de sanciones, aparecen reflejadas en la nueva normativa a través de distintas vías.

En este sentido, los Estados miembros han de publicar la información, los términos y las condiciones de trabajo, incluyendo las referidas a la remuneración, de conformidad con la legislación y/o prácticas nacionales sin demoras indebidas y de forma transparente en un portal web único de carácter oficial, conforme a lo establecido en la Directiva 2014/67/UE de 15 de mayo.

Asimismo, la información contenida en dicho sitio web ha de venir avalada por garantías de cada uno de los Estados miembros, de tal forma que la información facilitada sea reflejada con exactitud y actualizada periódicamente. Junto a ello, la cooperación con las instituciones comunitarias ha de servir de refuerzo para que dicha interacción entre los distintos países integrantes de la Unión se lleve a cabo eficazmente. En este sentido, la Comisión deberá publicar en su web oficial todas las direcciones de los sitios web nacionales oficiales y únicos anteriormente referenciados. A su vez, el incumplimiento de dichas obligaciones informativas por parte de los Estados miembros podrá comportar la imposición de sanciones.

En este sentido, la nueva Directiva (UE) 2018/957 modifica la redacción del artículo 4, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 96/71/CE y ofrece una nueva redacción al artículo 5, dedicado a la vigilancia, control y ejecución de las obligaciones contempladas por la normativa comunitaria al respecto.

Con respecto a las obligaciones de cooperación entre las autoridades y organismos competentes, incluidas las Administraciones públicas de ámbito nacional, destacan, de un lado, la de responder a las peticiones de información motivadas cursadas por dichas autoridades u organismos relativas al desplazamiento transnacional de trabajadores y, de otro lado, la de abordar los casos de abuso manifiesto o de actividades presuntamente ilegales como los supuestos transnacionales de trabajo no declarado o trabajo autónomo ficticio que se relacionen con el departamento transnacional. Ante supuestos en los que la autoridad u organismo competente del Estado de origen no posea la información solicitada por parte de la autoridad u organismo competente del Estado de destino, recabará esa información de otras autoridades u organismos de dicho Estado miembro. Si se diesen demoras constantes en el suministro de dicha información, el Estado miembro de destino del trabajador desplazado deberá informar a la Comisión, que a tales efectos adoptará las medidas adecuadas.

De las obligaciones de vigilancia, control y ejecución del desplazamiento en la normativa comunitaria se hace responsables tanto al Estado miembro de origen como al de destino, por lo que las Administraciones nacionales deberán adoptar las medidas adecuadas ante supuestos de incumplimiento mediante el establecimiento de un régimen de sanciones que, junto a la eficiencia y proporcionalidad, tenga un efecto disuasorio ante supuestos de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en la transposición de la Directiva (UE) 2018/957.

En definitiva, se pretende que los trabajadores desplazados puedan disponer de procedimientos adecuados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones relativas a los desplazamientos transnacionales en el marco de las prestaciones de servicios. Al respecto, la nueva redacción del artículo 5 de la Directiva (UE) 2018/957 establece que, cuando, tras

una evaluación global realizada por un Estado miembro de conformidad con el artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE, 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 (UE) 2018/957, dicho Estado miembro velará por que el trabajador se beneficie de la legislación y las prácticas aplicables. De este modo, los Estados miembros velarán por que el trabajador de que se trate se vea sometido a condiciones menos favorables que las aplicables a los trabajadores desplazados.

5. Reflexiones finales

Como posibles conclusiones de lo anteriormente señalado sobre la evolución y aspectos críticos del desplazamiento transnacional de trabajadores en el ámbito de la UE, resulta conveniente plantear diversas cuestiones.

En primer lugar, que pese a que las previsiones de la normativa comunitaria, que regula este tipo de desplazamientos a través de la Directiva 96/71/CE, se hayan visto afectadas por la publicación de la nueva Directiva (UE) 2018/957, de 28 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, los Estados miembros disponen de un plazo que finaliza el 30 de julio de 2020 para la transposición de los mandatos de la nueva Directiva (UE) 2018/957 a sus ordenamientos internos, y hasta dicho momento la Directiva 96/71/CE seguirá siendo aplicable. Por tanto, hasta dicha fecha no podrán evaluarse con total objetividad la incidencia y repercusión que las posibles disfunciones de una obligada armonización de lo contenido en la nueva Directiva (UE) 2018/957 entre distintos Estados europeos con intereses económicos contrapuestos –concretamente entre los anteriormente referidos bloques de países emisores y receptores de trabajadores desplazados– puedan presentar. No obstante, no cabe duda de que, tras la voluntad comunitaria para la progresiva mejora de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados, seguirán apareciendo factores geopolíticos y económicos que podrían llegar a distorsionar los mandatos jurídicos de cooperación administrativa e intercambio de información sobre los desplazamientos transnacionales efectuados entre el conjunto de los países de espacio UE.

Por otro lado, tras haber procedido al examen de las disposiciones existentes en materia de desplazamiento transnacional de trabajadores, conviene recordar que, pese al reconocimiento de los principios de libre circulación de trabajadores y libertad de establecimiento, como principios fundamentales del mercado interior consagrados en el TFUE, tanto la Directiva 96/71/CE –y su norma de acompañamiento, la Directiva 2014/67/UE–, como la reciente Directiva (UE) 2018/957, se consagran en esencia al fomento de la libertad de prestación de servicios en el marco de la UE. Por tanto, no debe perderse de vista el hecho de que, pese a la evidente necesidad de una actualización de la normativa sobre desplazamientos, y a la aspiración comunitaria de alcanzar un equilibrio entre la necesaria protección de los

derechos de los trabajadores desplazados y la antedicha libertad de prestación de servicios, las nuevas modificaciones introducidas por la nueva Directiva (UE) 2018/957 –para garantizar la equidad en materias tales como la remuneración, la protección de las condiciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores desplazados, la regulación de la subcontratación ante dichas circunstancias de movilidad laboral, la vigilancia y control de las situaciones de fraude y abuso transnacional y la creación de mecanismos para la cooperación e interacción administrativa y sancionadora entre los Estados miembros– parecen seguir en realidad una línea continuista por parte del legislador comunitario, en el sentido de que las mejoras vinculadas a la protección de los trabajadores desplazados siguen quedando supeditadas (también en la nueva Directiva 2018/957) a ese principio de libre prestación de servicios.

Asimismo, que la nueva Directiva (UE) 2018/957, lejos de tratar de armonizar los costes de la mano de obra en el seno de la UE, se limita, en esencia, a establecer las medidas necesarias para garantizar las condiciones laborales que se adapten a los costes y nivel de vida del Estado miembro de acogida o destino, y solo mientras se desarrolla la prestación de servicios del trabajador desplazado. Sin embargo, también resulta cierto que la nueva Directiva de 2018 presenta una novedosa particularidad de notable relevancia jurídica que mejora el estatuto jurídico-laboral del trabajador desplazado frente a la normativa anterior. En efecto, mientras la Directiva 96/71/CE exclusivamente hace referencia a que entre las condiciones de trabajo mínimas que deben respetarse en todo desplazamiento internacional se encuentran las «cuantías de salario mínimas», la nueva Directiva (UE) 2018/957 establece una obligación que amplía dicho umbral mínimo protector al sustituir dicha obligación de respeto en el pago de las cuantías mínimas salariales para el trabajador desplazado por la obligación de respetar las condiciones del trabajo del país de destino en materia de «remuneración». De este modo, a través de la incorporación del término «remuneración» en el texto comunitario, se sustituye la obligación de pago al trabajador de las cuantías de salario mínimas por el establecimiento de un principio de igualdad de remuneración («la misma remuneración para el mismo trabajo en el mismo lugar»), omnicompreensivo de todos los elementos obligatorios que integren la contraprestación salarial del trabajador en el Estado miembro de acogida (bonificaciones, antigüedad, rendimiento, etc.).

Junto a lo anterior, que entre las cuestiones capitales en las que ha incidido la nueva Directiva de 2018 se encuentra la relativa a los supuestos en los que la duración efectiva del desplazamiento supere los 12 meses. En este sentido, a partir del momento de su aplicación a los ordenamientos internos de los Estados miembros, las empresas deberán garantizar a sus empleados, junto a un listado de condiciones mínimas vigentes hasta la fecha, todas aquellas condiciones de trabajo aplicables en el Estado de destino (excluyéndose las formalidades de condiciones de celebración y resolución de contratos, las cláusulas de no competencia y los regímenes complementarios de jubilación)



para todos esos desplazamientos que cuenten con una duración superior a 12 meses. En este sentido, conviene llamar la atención sobre dos aspectos. Por un lado, que el plazo máximo de 12 meses puede ampliarse hasta los 18 meses y que dicha ampliación temporal queda condicionada a la presentación por parte del prestador de los servicios de una notificación motivada a la Administración del país de destino. Por otro lado, que ante la circunstancia de que se sustituya a un trabajador desplazado por otro que realice el mismo trabajo en el mismo lugar, considerándose a estos efectos aspectos tales como la naturaleza del servicio, el trabajo que se realice y la dirección o direcciones de lugar de trabajo, el anteriormente referido cómputo de los 12 meses incluirá los periodos de prestación de ambos trabajadores.

Por último, resulta necesario destacar que la nueva Directiva (UE) 2018/957 integra otros aspectos de ámbito material diverso dirigidos a reforzar y mejorar el cumplimiento y aplicación uniforme de la normativa para los trabajadores desplazados y garantizar el principio de igualdad de trato, tales como el establecimiento de una responsabilidad solidaria en el caso de contratas y subcontratas, la posibilidad de acceso a los tribunales y a la representación colectiva de los trabajadores desplazados conforme a las previsiones del país de destino o la posibilidad de ejecutar las acciones en el país de origen del trabajador desplazado, así como clarificar las disposiciones precedentes relativas a la aplicación de las normas sobre desplazamiento en el marco de una prestación de servicios a las ETT y agencias de colocación, considerándolas empresas que desplazan cuando exista una relación laboral con el trabajador. Junto a lo anterior, la nueva Directiva de 2018 pretende, asimismo, reforzar la coordinación entre las autoridades y organismos competentes de los Estados miembros y la cooperación contra el fraude relacionado con el desplazamiento de trabajadores mediante la colaboración en inspecciones, investigaciones, intercambios de información entre las autoridades y organismos competentes de cada uno de los Estados miembros implicados.

Referencias bibliográficas

- Bartolomei de la Cruz, H. G. (1998). La mundialización de la economía y el derecho internacional del trabajo: realidades y desafíos. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 88, 7-14.
- Casas Baamonde, M.^a E. (2001). *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y el espacio económico europeo*. Madrid: Civitas.
- Colina, M., Ramírez, J. M. y Sala, T. (1995). *Derecho social comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Comisión Europea. (2016). Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. COM/2016/0128 final-2016/070 (COD). Recuperado de <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2016%3A128%3AFIN>>.
- Cummins, E. (2017). *Reform of the Posting of Workers Directive*. Employment & Welfare European Experts.
- Fotinoupolou Basurko, O. (2015). 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. *Revista de Derecho Social*, 70, 123-147.
- Fotinoupolou Basurko, O. (2017). *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*. Barcelona: Atelier.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B. (2000). Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio. *Actualidad Laboral*, 1, 13-37.
- Llobera Vila, M. (2017). Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores. En O. Fotinoupolou Basurko (Coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro* (pp. 39-56). Barcelona: Atelier.
- Romagnoli, U. (1999). Globalización y Derecho del Trabajo. *Revista de Derecho Social*, 5, 9-20.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0