

## DE LAS MIGRACIONES POR EL EMPLEO A LAS MIGRACIONES EN EL EMPLEO: LAS NORMAS COMO VENTAJA COMPETITIVA ENTRE ESTADOS Y EL RIESGO DE DUMPING SOCIAL

**Francisco Javier Calvo Gallego**

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

---

### EXTRACTO

El trabajo analiza el marco normativo español y europeo de los distintos tipos de desplazamientos transnacionales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Se presta especial atención al polémico tratamiento de la cuestión por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a las reformas incorporadas por la Directiva 2014/67, frente a los múltiples problemas aplicativos que ha suscitado la Directiva 96/71. Finalmente, se ofrece un mínimo repaso de la situación actual de la propuesta de directiva que pretende modificar la Directiva 96/71 desde la óptica de igual remuneración para el mismo trabajo en el mismo país, así como el tratamiento de los desplazamientos de larga duración.

**Palabras clave:** desplazamientos temporales transnacionales de trabajadores; *dumping* social.

---

*Fecha de entrada:* 18-10-2017 / *Fecha de aceptación:* 20-10-2017

# FROM MIGRATIONS BECAUSE OF EMPLOYMENT TO MIGRATIONS WITHIN EMPLOYMENT. THE RULES AS A COMPETITIVE ADVANTAGE BETWEEN STATES AND THE RISK OF SOCIAL DUMPING

Francisco Javier Calvo Gallego

---

## ABSTRACT

This paper analyses the Spanish and European regulation for the different types of transnational posting of workers in the framework of the provision of services. Particular attention is paid to the controversial treatment of this issue by the Court of Justice and to the reforms incorporated by Directive 2014/67 in order to enforce the Directive 96/71. Finally, this document incorporates a minimum overview of the current situation of the Proposal for a directive amending Directive 96/71 paying special attention to the principle of equal pay for equal work in the same country, as well as the treatment of long-duration travel.

**Keywords:** posting of workers in the framework of the provision of services; social dumping.

---

---

## Sumario

1. Introducción: de la migración para el empleo a la migración en el empleo
2. Algunas notas sobre el régimen jurídico laboral en los distintos supuestos de desplazamientos en el marco de prestaciones transnacionales de servicios
  - 2.1. Desplazamientos transnacionales a España de empresas no establecidas en países de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo
  - 2.2. Desplazamientos transnacionales desde empresas establecidas en España
  - 2.3. Desplazamientos temporales a España de empresas establecidas en países de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo
3. Los problemas aplicativos, pero también estructurales, que la regulación europea plantea: la Directiva 2014/67
  - 3.1. Problemas y «patologías» aplicativos: notas sobre algunos aspectos de la Directiva 2014/67, una norma necesaria pero quizás insuficiente
  - 3.2. Los problemas estructurales: la Directiva 96/71 como norma de máximos y su relación con las acciones colectivas de los trabajadores y con las cláusulas sociales en la contratación pública
4. Algunas notas sobre la propuesta de nueva directiva: su situación actual

**NOTA:** Este estudio desarrolla y profundiza, según las exigencias metodológicas y de cita propias de un estudio científico, la ponencia del mismo título expuesta oralmente en la «Jornada Globalización y nuevas formas de migraciones sociolaborales: desplazamientos temporales y expatriados», realizada en la Universidad Jaume I de Castellón, el 3 de noviembre de 2017, en el marco de los proyectos «OPI-UJI: migraciones e interculturalidad».

## 1. INTRODUCCIÓN: DE LA MIGRACIÓN PARA EL EMPLEO A LA MIGRACIÓN EN EL EMPLEO

Resulta evidente cómo a lo largo de estos últimos treinta años hemos asistido, por un lado, a una amplia intensificación y, por el otro, a una importante diversificación no solo de los fenómenos migratorios sino también de los problemas que estos plantean desde un punto de vista jurídico laboral. Por lo que se refiere a lo primero, es fácil comprender cómo la conversión del mundo en una auténtica aldea global, unida a las crecientes desigualdades entre zonas geográficas y a los problemas de violencia extrema en algunas de estas regiones, han incrementado la presión migratoria sobre determinadas zonas económicas; unas zonas estas en las que, además, y a diferencia de lo que sucediera durante buena parte del siglo anterior, el problema del desempleo estructural ha motivado un rechazo no solo de la inmigración económica –sobre todo la que no es de alta cualificación– sino incluso –y esto es lo más grave– de personas que, cada vez en mayor número, solicitan un derecho de asilo para cuya gestión muchos de estos países se encuentran «desbordados». Además, los problemas no solo se limitan a esta creciente «presión migratoria».

En algunos de estos países de destino, la diversificación étnica y religiosa que estos inmigrantes plantean –o los hijos de los que lo fueron, «inmigrantes» de «segunda generación»–, unida a la concentración en muchos de estos colectivos de fenómenos de pobreza y/o segregación, han suscitado nuevos problemas. Por ejemplo, de vestimenta, sobre todo femenina, en el trabajo, o relativos a los mayores riesgos de discriminación. Estos resultan novedosos para sociedades como la española, que, no debemos olvidarlo, durante siglos y como resultado de las expulsiones de 1492 y 1613 se construyeron sobre una inmanente unidad religiosa y, por tanto, étnica.

Pero esta novedad no se limita a la intensidad y tipología de los problemas derivados de este modelo «tradicional» de emigración. Seguramente lo más llamativo es cómo hemos asistido al progresivo desarrollo de otros modelos y tipos de emigración, entre los que destaca el que se ha dado en denominar «emigración temporal en el empleo»; esto es, la salida –o entrada, obviamente– por motivos laborales de un trabajador ya ocupado que se ve desplazado durante un periodo limitado de tiempo a otro país, ya sea para cubrir una contratación o subcontratación de su empresa, un puesto en otro establecimiento o empresa del mismo grupo o incluso para ser puesto a disposición de una empresa usuaria establecida en un país distinto de su empresa de trabajo temporal (ETT). Es, por tanto, la empresa la que primigeniamente se desplaza temporalmente en el desarrollo de su actividad, siendo el empleado el que de forma mediata lo sigue, de forma más o menos voluntaria.

Aunque estos supuestos –cada vez más frecuentes ante la progresiva internacionalización de nuestras empresas, la descentralización productiva y el desarrollo del mercado interior europeo<sup>1</sup>– pudieran encajar en un concepto amplio de emigración, es evidente que los mismos suscitan una problemática laboral ciertamente distinta a la de la emigración clásica. En primer lugar, porque en estos casos no son los trabajadores los que toman la decisión de circular entre los Estados, sino las propias empresas que en ejercicio de sus derechos –en el caso de la Unión Europea (UE), la libertad de prestación de servicios– provocan una movilidad temporal y con retorno al país de origen de sus empleados. En este sentido, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como la propia normativa europea han ido centrando la base jurídica de esta regulación no ya tanto en la libre circulación de trabajadores –movilidad para el empleo– sino en la propia libertad de prestación de servicios –movilidad en el empleo–, que incluiría, como contenido, la posibilidad de desplazar también temporalmente los recursos humanos necesarios desde el país de origen al de destino para el desarrollo de dicha actividad<sup>2</sup>.

Desde esta perspectiva el derecho de los trabajadores a circular libremente sería solo un derecho indirecto, con todo lo que ello supone en relación con la naturaleza de las normas de desarrollo<sup>3</sup> –básicamente la [Directiva 96/71](#)– y de focalización de la atención –especialmente en un muy activista tribunal de justicia– en el impacto que su teórica protección podría tener al constituirse en barrera para el desarrollo de esta libertad fundamental. Además, este carácter temporal, la presencia de un retorno y el hecho de que nos encontremos ante un simple servicio y no ante el ejercicio de la más estable libertad de establecimiento harán que, por un lado, y desde una perspectiva comunitaria, se limiten las exigencias que pudiera imponer el Estado de destino al empleador<sup>4</sup>, y que, además, y desde una perspectiva centrada en la determinación de

<sup>1</sup> De acuerdo con el informe de PACOLET, J. y DE WISPELAERE, F.: *Posting of workers. Report on AI portable documents issued in 2015*, European Commission, 2016, págs. 9 y ss., y en relación solo con los desplazamientos transnacionales europeos que habrían generado este tipo de documentos, en 2015 se habrían producido más de dos millones de estos desplazamientos, lo que supondría un incremento del 7% respecto al año anterior. De media, solo en un 8% de los casos se trataría de autónomos. La duración media de estos desplazamientos sería de 98 días por individuo desplazado –más alta para activos en dos o más Estados miembros–. El sector más afectado sería el de la construcción. No obstante, el impacto sobre el total del empleo de la UE no alcanzaría aún el 1%. Por otra parte, y de acuerdo con la *Country factsheet-posted workers in Spain* (2015), disponible el 5 de octubre de 2017 en <<http://bit.ly/2gLU5hr>>, España era en el 2015 el quinto país de la UE por número de trabajadores enviados (125.711) y el octavo por recibidos (54.037). Los países de origen más frecuentes eran Francia, Alemania, Portugal y Rumanía, mientras que los destinos nuevamente más frecuentes serían Francia, Alemania, el Reino Unido y Portugal. Por sectores, la mayoría de los trabajadores desplazados a España lo fueron a la industria (32,5%), seguida de la construcción (28,1%).

<sup>2</sup> [STJ \(Sala Sexta\) de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa, asunto C-113/89](#), apartado 12.

<sup>3</sup> Sobre la exclusión de su posible carácter de disposición mínima o de armonización mínima, CASAS BAAMONDE, M. E.: «Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en la Europa de la era global: objetivos y significación de la Ley», en VV. AA.: *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Madrid: CES, 2002, pág. 7.

<sup>4</sup> No debe olvidarse que como recordaba la [STJ \(Sala Quinta\) de 24 de enero de 2002 Portugaia, asunto C-164/99](#), apartado 17: «En concreto, un Estado miembro no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observan-

la normativa aplicable al contrato de trabajo, durante este desplazamiento el principio de continuidad tienda a no alterar dicha normativa, con los posibles problemas de competencia desleal o *dumping* social rápidamente imaginables.

A todo ello hay que sumar las distintas posibilidades abiertas en relación con la nacionalidad del trabajador y del establecimiento de la empresa –europea o extracomunitaria– y la dirección del flujo –esto es, de España hacia el exterior o del exterior hacia España–. El resultado es una diversidad de posibilidades que conviene clarificar antes de abordar el núcleo de este trabajo, situado, obviamente, en los desplazamientos transnacionales en el seno de la UE y el singular riesgo de *dumping* social que pudieran provocar.

## 2. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL EN LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE DESPLAZAMIENTOS EN EL MARCO DE PRESTACIONES TRANSNACIONALES DE SERVICIOS

### 2.1. DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES A ESPAÑA DE EMPRESAS NO ESTABLECIDAS EN PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA O DEL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

Desde esta perspectiva, y aunque seguramente es el caso menos frecuente, parece conveniente comenzar esta exposición analizando los aspectos laborales –ya que los de Seguridad Social serán abordados en otro trabajo de este monográfico– de los desplazamientos temporales a España de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios de una empresa que no está establecida ni en la UE ni en el Espacio Económico Europeo (EEE) cuando tales empresas puedan prestar tales servicios en virtud de lo establecido en los convenios internacionales que sean de aplicación. En estos casos, el ordenamiento español ha abordado tradicionalmente la cuestión desde una perspectiva centrada básicamente tanto en el Derecho de la inmigración –autorizaciones de residencia y trabajo– como en la determinación de las condiciones de trabajo que han de ser aplicadas en y durante el desplazamiento.

Pues bien, en primer lugar, y por lo que se refiere a las exigencias de autorizaciones de residencia y trabajo, es obvio que cuando el trabajador sea español o nacional de un país de la UE nada cabrá objetar a su entrada y actividad laboral en España. La cuestión, por tanto, parece limitarse a aquellos casos, aparéntemente los más frecuentes, en los que la empresa establecida fuera de la UE traslada temporalmente a empleados extracomunitarios para una prestación transnacional de servicios.

---

cia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento, so pena de privar de eficacia a las disposiciones del tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios (Sentencia Säger, antes citada, apartado 13)».

En estos casos, el artículo 43.2 de [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), en la redacción dada por el artículo 1.36 de la [Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre](#), ya reguló expresamente la posibilidad de que reglamentariamente se establecieran las condiciones para conceder el permiso de trabajo en el marco de estas prestaciones transnacionales de servicios; una remisión esta que actualmente se encuentra desarrollada por los artículos 110 a 116 del Reglamento de Ejecución aprobado por el [Real Decreto 557/2011, de 20 de abril](#) (RLEX). Sin poder detenernos aquí en el estudio del régimen jurídico de esta concreta autorización, sí nos interesa destacar al menos tres cuestiones. La primera es que el artículo 110 del RLEX sigue contemplando tan solo las dos situaciones ya previstas en el antiguo artículo 77 del [Real Decreto 864/2001](#) –esto es, la ejecución de una contrata en España por empresa establecida en el extranjero o, en segundo lugar, el desplazamiento temporal a centros de trabajo en España de la misma empresa o grupo de empresas<sup>5</sup>– a las que ahora se une de forma novedosa el desplazamiento de trabajadores altamente cualificados para la supervisión o asesoramiento de obras y servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el extranjero<sup>6</sup>. En segundo lugar, esta misma normativa establece igualmente, y junto a otros requisitos, condiciones específicas de residencia y actividad previa en el país de origen y con dicha empresa, destinadas, al menos en apariencia, a evitar posibles fraudes. Y, en tercer lugar, que una vez concedida, esta autorización de residencia y trabajo no solo se limita a una ocupación y ámbito territorial concretos, sino que además, su duración coincidirá con el tiempo del desplazamiento del trabajador con el límite de un año –art. 110.3 RLEX–, siendo prorrogable por el periodo previsto de continuidad de la actividad que motivó el desplazamiento temporal, con el límite máximo de un año o el previsto en convenios internacionales firmados por España.

Sea como fuere, lo que sí es importante recordar es cómo junto con todo lo anterior y anticipándose incluso a la posterior aprobación de la [Directiva 2014/66/UE, de 15 de mayo](#), los artículos 73 y 74 de la [Ley 14/2013, de 27 de septiembre](#), de apoyo a los emprendedores y su internacionalización –posteriormente modificados por la [Ley 25/2015, de 28 de julio](#), que transpuso oficialmente la mencionada directiva (disp. final 17.<sup>a</sup>)–, preveían ya dos tipos de autorizaciones de residencia por traslado intraempresarial válidas para todo el territorio nacional, siempre, claro está, que junto con otros requisitos se acreditase una relación laboral o profesional previa y continuada de 3 meses con una o varias empresas del grupo. La primera autorización, la ICT UE, se establecía específicamente para directivos, especialistas y trabajadores en formación, con una duración máxima de 3 años en los dos primeros supuestos y 1 para el último, permitiendo como peculiaridad la posible movilidad dentro de la UE. La segunda, en cambio, se utilizaba para los supuestos no previstos en la primera o cuando hubiera transcurrido su duración máxima, mientras que el artículo 74 contemplaba la posibilidad de un procedimiento colectivo y simplificado para las grandes empresas inscritas en la correspondiente unidad del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. En cualquier caso,

<sup>5</sup> Véase, no obstante, lo que se comentará más adelante en relación con los artículos 73 y 74 de la [Ley 14/2013, de 27 de septiembre](#), posteriormente modificados por la [Ley 25/2015, de 28 de julio](#).

<sup>6</sup> No hay mención a la cesión por ETT –a diferencia de lo que ocurre con la [Directiva 96/71](#) o la [Ley 45/1999](#)–, manteniéndose la exclusión de las actividades formativas y el personal navegante de las empresas de marina mercante.

de las propias estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social parece deducirse que no nos encontramos ante una clase de autorizaciones de trabajo utilizadas de una forma muy intensa<sup>7</sup>.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a las condiciones de empleo, debemos partir de la premisa de acuerdo con la cual, y en principio, este mero traslado temporal no debiera afectar al Derecho aplicable de manera estable a las obligaciones contractuales derivadas del contrato de trabajo que, obviamente, no será el español. En este sentido, cabe recordarse que el [Reglamento \(CE\) 593/2008, de 17 de junio de 2008](#), sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), constituye una normativa universal –art. 2– para todos los operadores jurídicos, aplicable de oficio por los jueces de los Estados de la Unión Europea con independencia incluso de que la ley «designada» no sea la de un Estado miembro<sup>8</sup>. Pues bien, más allá de las concretas reglas de determinación de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo (art. 8 [Reglamento Roma I](#)), lo que nos interesa destacar aquí es que dichas reglas están pensadas para la fijación de un marco regulador estable. De ahí que, como señala el propio artículo 8.2 del [Reglamento Roma I](#), no se considere cambio del país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país, como por ejemplo España. Por eso este traslado temporal no debiera afectar de forma general a la legislación aplicable a estos contratos de trabajo<sup>9</sup>.

Sin embargo, la necesidad de respetar el principio –recogido tanto en el art. 1.4 como en el considerando 18 de la [Directiva 96/71](#)– de acuerdo con el cual las empresas establecidas fuera de la UE no deben obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en el territorio de un Estado miembro ha llevado a que, tanto la normativa de inmigración –como requisito de esta autorización, art. 111.1 b) 4.º [RLEX](#)–, como la normativa laboral sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional –disp. adic. 4.ª [Ley 45/1999, de 29 de noviembre](#)– exijan que la empresa garantice a sus trabajadores desplazados temporalmente a España –ya sean estos, obviamente extranjeros, españoles o comunitarios– los requisi-

<sup>7</sup> Las estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no parecen dar datos desagregados de este tipo de autorizaciones. En todo caso, parece suponer tan solo un 0,65% de los 2.076.037 totales. Por su parte, un análisis del aparentemente reducido impacto de la [Ley 14/2013](#) en este punto en el [Informe sobre la aplicación de la Sección de Movilidad Internacional de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización](#), págs. 63-66. Para un estudio muy detenido y crítico sobre todo ello *vid.*, por todos, MIÑARRO YANINI, M.: «La inmigración codiciada: el cauce de entrada y permanencia por interés económico», [Trabajo y Derecho](#), núm. 31/32, julio-agosto de 2017, págs. 52-73.

<sup>8</sup> Véase, desde una perspectiva más general, el excelente trabajo de VILLA FOMBUENA, M.: *La prestación de servicios transnacional. Una nueva perspectiva de análisis*, tesis doctoral en proceso de publicación, Sevilla, 2015, págs. 154 y ss. Por lo que se refiere a la previa competencia de los tribunales españoles, recuérdese la posible aplicación del artículo 16 de la [Ley 45/1999](#) en relación con su disposición adicional 4.ª.

<sup>9</sup> Sobre qué debe entenderse por temporal, el considerando 36 de Roma I recuerda cómo «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. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas... no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal».

tos y condiciones de trabajo aplicables en el caso de desplazamiento de empresas comunitarias –básicamente la aplicación de las condiciones de trabajo españolas contempladas en los arts. 3 y 4 [Ley 45/1999](#)–, sin perjuicio, claro está, de la aplicación a los trabajadores desplazados de las condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable, sus convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo.

De hecho, y si se observa con detenimiento, la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la [Ley 45/1999](#) no se limita a estos dos concretos artículos, sino que extiende a estas empresas –o, seguramente de forma más correcta, a los desplazamientos realizados por dichas empresas– la aplicación de las disposiciones de la mencionada ley<sup>10</sup>. De ahí que quepa sostener la posibilidad de actuación, también en estos casos, de la Inspección de Trabajo –art. 8 [Ley 45/1999](#)– imputando las sanciones previstas en el artículo 10 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social en relación con el artículo 2.11 del mismo cuerpo legal, aprobada por el [Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto](#); o la atribución específica de un nuevo foro de competencia a los órganos jurisdiccionales españoles establecida para las cuestiones litigiosas que se susciten en la aplicación de dicha ley, en el artículo 16 de la [Ley 45/1999](#)<sup>11</sup>.

## 2.2. DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DESDE EMPRESAS ESTABLECIDAS EN ESPAÑA

Cuando, en segundo lugar, sean las empresas establecidas en España las que desplacen temporalmente a sus trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, cabe hablar seguramente de un régimen común y de un régimen especial aplicable solo cuando el desplazamiento sea a países de la UE o del EEE. Intentaremos explicarnos.

Por lo que se refiere al primero, debemos partir de la aplicación de las antes mencionadas reglas del [Reglamento Roma I](#) –en la medida en la que, además, las demandas frente a estas empresas domiciliadas o con establecimiento en España ([Reglamento Bruselas I](#)) serán competencia usualmente de los órganos jurisdiccionales españoles–. Ello conducirá normalmente al sometimiento de estas relaciones laborales, salvo acuerdo expreso en contrario, y al menos como «suelo» de regulación, a la normativa laboral española, no solo por el domicilio de la entidad normalmente demandada, sino también al ser este el Estado en el que se desarrolla habitualmente la actividad

<sup>10</sup> En un sentido similar, GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A.: «[La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento \(temporal y no permanente\) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional](#)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2000, núm. 27, pág. 16, se refieren «a todas y cada una de las disposiciones».

<sup>11</sup> Véase FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Mecanismos de tutela judicial», en VV. AA.: *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones...*, cit., págs. 240 y ss. Sobre el ámbito de esta regla, limitado a las cuestiones relacionadas con el desplazamiento, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Valladolid: Lex Nova, pág. 150.

laboral y del que es «desplazado» temporalmente el asalariado. En cualquier caso, el segundo dato que debe tenerse necesariamente en cuenta es el amplio abanico de mecanismos jurídicos que pueden dar lugar a este cambio temporal y transnacional de lugar de trabajo<sup>12</sup>.

Dejando a un lado el supuesto singular de los trabajadores en misión –sobre el que más tarde volveremos aún de forma puntual–, esta movilidad podría derivarse:

- de una decisión unilateral del empresario;
- de un acuerdo novatorio de la relación laboral;
- o incluso de otro suspensivo o teóricamente extintivo de la primera relación y constitutivo de una nueva con el mismo empresario o con empresas del mismo grupo<sup>13</sup>, siempre, claro está, que el centro de trabajo de origen y al que se retornará siga radicando en España.

Pues bien, comenzando por la primera posibilidad, parece razonable considerar que cuando nos encontremos ante una mera y simple modificación unilateral del lugar de trabajo como consecuencia de una decisión empresarial –y no se altere sustancialmente ninguna otra condición laboral–, el régimen jurídico al que se somete el control de este acto será básicamente el deducido del [artículo 40 del ET](#) con, en su caso, las posibles singularidades derivadas de las previsiones a este respecto de los convenios colectivos o, en su caso –aunque con mayores prevenciones– de los contratos individuales. Aunque es cierto que este precepto estaba pensado para otra realidad, básicamente nacional –debe recordarse que en 1980 España aún no formaba parte ni tan siquiera de las Comunidades Europeas–, y que seguramente hubiera sido deseable una adaptación de esta vieja regulación a estas nuevas realidades, lo único indudable es, como decimos, que el tenor literal del [artículo 40 del ET](#) sigue sin distinguir en la actualidad en función del Estado en el que se encuentre el centro de trabajo de destino<sup>14</sup>, siendo por tanto plenamente aplicable su regulación a las diversas posibilidades de movilidad geográfica transnacional de carácter temporal.

Desde esta perspectiva, solo la movilidad geográfica definitiva o con visos de permanencia indefinida –los «traslados permanentes» del [artículo 40 ET](#)– quedaría excluida de nuestra atención. Y ello ya que en estos supuestos, al no existir, a diferencia de la hipótesis anterior, y por utilizar la terminología del [Reglamento Roma I](#), una expectativa de «reanudar su trabajo en el país

<sup>12</sup> Para un amplio estudio de las mismas nos remitimos al estudio de MOLINA MARTÍN, A.: *La movilidad geográfica internacional de trabajadores*, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2010, págs. 273 y ss.

<sup>13</sup> Véase el considerando 36 del [Reglamento \(CE\) 593/2008, de 17 de junio de 2008 \(Roma I\)](#), que recuerda cómo: «La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal».

<sup>14</sup> Nos remitimos por brevedad a la doctrina y jurisprudencia mencionada por SERRANO OLVARES, R.: *La movilidad geográfica transnacional*, Madrid: La Ley, 2000, págs. 5 y ss.

de origen tras realizar su tarea en el extranjero», parecería razonable que el contrato soportase un cambio en la legislación laboral de referencia, por aplicación del mismo [Reglamento Roma I](#)<sup>15</sup>, lo que, obsérvese, haría innecesarias no solo las reglas establecidas en el artículo 3 de la [Directiva 96/71](#) sino, indirectamente, las normas destinadas a garantizar su aplicación. Y ello, claro está, con independencia de lo que de forma más beneficiosa pudieran ambas partes pactar en el marco del mencionado artículo 8.1 del [Reglamento Roma I](#).

En cualquier caso, y sin poder detenernos aquí a realizar un análisis en profundidad del régimen legal de este precepto, nos limitaremos a señalar cómo, en primer lugar, para nuestra jurisprudencia la existencia de un elemento de internacionalidad en nada altera la naturaleza de este poder: el hecho de que el centro de destino se encuentre en el extranjero en nada obsta a que nos encontremos ante una «facultad» que puede ejercer el empresario de forma perfectamente unilateral, sin necesidad alguna de obtener el consentimiento del trabajador. Muy al contrario, lo que sí ha reiterado nuestra jurisprudencia en estos casos es que la violación por el trabajador de la orden empresarial puede ser considerada como un incumplimiento grave y culpable que justificaría su posible despido disciplinario.

Por otra parte, y en relación con los posibles acuerdos novatorios del lugar de trabajo, o suspensivos e incluso extintivos de la primera relación para la constitución de una segunda en España que deba prestarse en el extranjero, nos limitaremos aquí a señalar cómo más allá de su frecuencia en el ámbito de los grupos de empresa y de su primigenia legalidad –siempre, claro está, que no exista renuncia de derechos–, este tipo de acuerdos solo serán relevantes a los efectos que aquí nos ocupan cuando sirvan de articulación a un supuesto de movilidad temporal transnacional y no, obviamente, cuando los mismos se utilicen como formalización jurídica de otras posibles prácticas o estrategias que supongan, en definitiva, una prestación definitiva de servicios en el extranjero. En todo caso, lo que sí parece razonable es exigir que tales acuerdos deban ser necesariamente formalizados por escrito al tratarse de contratos –o al menos novaciones de aquellos que se integran en los mismos– realizados en España, al servicio de empresas españolas para prestar servicios en el extranjero –[art. 8.2 ET](#)–. Cuestión distinta y más compleja es si en estos casos de desplazamientos temporales transnacionales es exigible la información adicional establecida en el artículo 4 del [Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio](#). Y ello ya que si bien es cierto que el supuesto de hecho se refiere al trabajador que preste «normalmente» sus servicios en el extranjero –lo que parecería situar su epicentro en el expatriado de larga duración–, la exclusión de dicha obligación –[art. 3.3](#)– en los supuestos en los que la duración del trabajo en el extranjero no rebase las 4 semanas da pie al menos para una interpretación expansiva que exija esta obligación, en los plazos marcados en el artículo 6, siempre que se rebase dicho umbral<sup>16</sup>. De hecho, la referencia

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, SABIRAU-PÉREZ, M. A., «Cambio de la ley rectora del contrato de trabajo internacional», *Revista Internacional del Trabajo*, 2000, vol. 119, núm. 3, pág. 379, con amplia referencia a la experiencia nacional francesa.

<sup>16</sup> Sobre el tema, MOLINA MARTÍN, A.: *La movilidad geográfica internacional...*, cit., págs. 309 y ss. con referencia a las diferentes posiciones doctrinales.

al mismo entre los documentos que según el artículo 9.1 b) de la [Directiva 2014/67](#) los Estados miembros podrían obligar a conservar al empresario –cuando sea adecuado o pertinente– parece apoyar esta posible interpretación. En cualquier caso, y en cuarto lugar, no debemos olvidar la creciente presencia en nuestra negociación colectiva de normas relativas a estos mismos desplazamientos temporales transnacionales, a nuestro juicio plenamente aplicable a tales supuestos<sup>17</sup>.

Intentando sintetizar su contenido, podríamos comenzar señalando que la primera conclusión que se obtiene de su lectura es que, en su mayor parte, tales acuerdos no parecen poner en duda la capacidad unilateral del empresario para ordenar tales desplazamientos al limitarse a regular las consecuencias o derechos ligados a los mismos. Solo en algunos de estos convenios se exige implícitamente el acuerdo con el trabajador afectado o se establece el carácter subsidiario de este tipo de desplazamientos frente a la prioritaria cobertura de tales tareas por personal de la zona<sup>18</sup>. Pero, como decimos, estos supuestos son, al menos en nuestra muestra, claramente excepcionales.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la regulación de sus condiciones, resulta llamativo comprobar cómo en alguno de estos acuerdos se llega incluso a establecer el marco normativo aplicable a los mismos. Así ocurre, por ejemplo, cuando se señala la obligación «para las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores a territorio extranjero» de garantizarles «las condiciones de trabajo establecidas en el lugar al que se le desplace» –obsérvese, sin distinguir entre las concretas condiciones, ni si dicho país forma parte o no de la UE o del EEE– «sin perjuicio», claro está, «de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de la legislación aplicable a su contrato de trabajo o a su convenio colectivo»<sup>19</sup>; o cuando, de forma simétrica, y con un tenor que evidentemente

<sup>17</sup> Caso paradigmático sería, por mencionar alguno, el del Convenio Sectorial Estatal de la Banca Privada –[Resolución de 1 de junio de 2016, BOE de 15 de junio de 2016](#)–, que en el mismo artículo 2, ámbito de aplicación, justo tras señalar que «su ámbito territorial se circunscribirá a todo el Estado», establece que «el trabajo que preste el personal contratado en España al servicio de empresas bancarias españolas en el extranjero se regulará por el contrato celebrado al efecto con sumisión estricta a la legislación española. Dicho personal tendrá como mínimo los derechos económicos que le corresponderían de trabajar en territorio español. Los trabajadores o trabajadoras y el empresario pueden someter sus litigios a la jurisdicción española». Otros casos menos llamativos son el del [XX Convenio Colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España](#), artículo 1, y, por señalar otro ejemplo, artículo 139 o, aún más claro, artículo 191, que expresamente hace mención, como destinatario concreto de la norma, al «personal que se encuentre destinado en el extranjero»; Acuerdo marco del Grupo Endesa, [Resolución de 27 de enero de 2014, BOE de 13 de febrero de 2014](#), o el artículo 25 del VI Convenio Colectivo de la empresa Repsol, SA, [Resolución de 18 de octubre de 2016, BOE de 4 de noviembre de 2016](#).

<sup>18</sup> Reconociendo, por ejemplo –art. 50 [Convenio Colectivo de la Agencia Efe, SA](#), para el periodo 2009-2011 (BOE de 15 de octubre de 2010)–, el derecho de que «en cualquier caso, ningún trabajador podrá ser obligado a trasladarse a cualquiera de los centros que la empresa tiene en el extranjero». De una manera más tenue el [VI Convenio Colectivo de Amper Soluciones, SA](#), de 21 de noviembre de 2008.

<sup>19</sup> Artículo 35.2 del [II Convenio Colectivo Estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal \(CEM\)](#), BOE de 19 de junio de 2017. Véase igualmente el artículo 21 del [Convenio Colectivo Autonómico para el Sector de Industria Siderometalúrgica de la Comunidad Foral de Navarra](#) –Boletín Oficial de Navarra de 17 de junio de 2016–.

recuerda a lo establecido en el [artículo 1.4 del ET](#), se destaca que «el trabajo que preste el personal contratado en España al servicio de empresas bancarias españolas en el extranjero se regulará por el contrato celebrado al efecto con sumisión estricta a la legislación española. Dicho personal tendrá como mínimo los derechos económicos que le corresponderían de trabajar en territorio español. Los trabajadores o trabajadoras y el empresario pueden someter sus litigios a la jurisdicción española»<sup>20</sup>.

Resulta indudable que la regulación convencional más frecuente se concentra en cuestiones específicas como los efectos retributivos y en relación con los permisos de este tipo de desplazamientos, la cobertura médica frente a enfermedades o accidentes, la repatriación de estos mismos trabajadores ya sea por enfermedad, por despido o incluso en caso de muerte, la obligación de comunicación escrita, previa e individual de las condiciones de tales desplazamientos –al menos para los dotados de una cierta duración<sup>21</sup>–, el reconocimiento de ciertos derechos de información para los representantes de los trabajadores o la preferencia absoluta para los traslados que solicite el personal que hubiera sido destinado al extranjero, permaneciendo en aquel más de 5 años –supuesto este por lo demás más cercano al traslado definitivo que al mero desplazamiento temporal que, como se recordará, es el objeto de nuestra atención–.

En realidad, solo en algún caso, y por motivos evidentes, el tema es objeto de una muy amplia regulación convencional. Este sería el supuesto, por ejemplo, del Convenio Colectivo de la Agencia EFE, que establece todo un «estatuto» convencional para los trabajadores que de manera «estable» con un mínimo de 2 años y un máximo de 5 por destino deban permanecer en el extranjero<sup>22</sup>. Pero como decimos, este parece ser un supuesto ciertamente singular, siendo por lo demás una percepción casi generalizada entre los estudiosos que se aproximan a este tema destacar la importancia que en relación con estas cuestiones adquiere el acuerdo individual articulado a través de acuerdos complementarios o «cartas de asignación»<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> [Convenio Colectivo de Banca Privada, Resolución de 1 de junio de 2016, BOE de 15 de junio de 2016](#). Un tenor similar en el artículo 37.7 del [XVIII Convenio Colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos](#) –BOE de 18 de enero de 2017–.

<sup>21</sup> Véase por ejemplo el artículo 32 del [V Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Servicios Audiovisuales, SAU](#) –Resolución de 3 de febrero de 2016, BOE de 16 de febrero de 2016–, que incluso reconoce un derecho de retorno.

<sup>22</sup> Si bien el mencionado convenio, en su artículo 3, excluye al personal contratado en el extranjero para prestar sus servicios fuera del estado español, dedica posteriormente todo un capítulo IX a los que «habiendo sido contratados en España, prestan sus servicios en el extranjero, por causas no derivadas de necesidades itinerantes propias de su puesto de trabajo, y que en consecuencia presuponga una cierta estabilidad de adscripción a un centro de trabajo». Este «estatuto», con una vigencia, por lo demás, diferente al resto del convenio, incluye, además de la formalización de un acuerdo escrito «complementario a su contrato laboral», las condiciones de viaje y compensaciones, el seguro de cambio, las condiciones económicas, la ayuda escolar, la compensación por vivienda y por peligrosidad o penosidad o la cobertura de seguros de salud, vida y accidentes.

<sup>23</sup> Véase, por todos, MOLINA MARTÍN, A.: *La movilidad geográfica internacional...*, cit., pág. 317.

Sea como fuere, lo que también resulta llamativo es que nuestra negociación colectiva no suele distinguir en función de si el país de destino pertenece o no a la UE o al EEE más allá de la cuantificación de posibles aspectos económicos. En cambio, y como ya avanzábamos al principio de este apartado, esta distinción sí ha sido relevante para nuestro legislador. Y ello ya que, en primer lugar, y a pesar de que la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la [Ley 45/1999](#) parece hacer referencia genéricamente a todos los desplazamientos temporales de trabajadores por parte de empresas establecidas en España, lo cierto es que basta leer su primer apartado para detectar cómo la misma solo se refiere a aquellos desplazamientos que se realicen al territorio de Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el EEE. Solo para estos casos se prevé la posibilidad de solicitar información pertinente. Y algo similar ocurre en el caso de las ETT. También en este supuesto los artículos 26 y 27 de la [Ley 14/1994, de 1 de junio \(LETT\)](#) solo regulan la actividad de ETT que dispongan de autorización española para prestar servicio en estos mismos países de la UE o del EEE<sup>24</sup>. Por ello, también en este caso se exige a tales empresas que garanticen a sus trabajadores las condiciones de trabajo previstas en el país de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la [Directiva 96/71/CE](#) –de forma similar a lo que hace la disp. adic. 1.<sup>a</sup> [Ley 45/1999](#)–, incorporando eso sí como novedad que el contrato de puesta a disposición se regirá igualmente por las normas españolas, salvo dos excepciones. Una, la prohibición de estipulación en caso de despido improcedente, por causas empresariales o por incumplimientos graves del empleador en los 12 meses inmediatamente anteriores. Otra, los deberes de información a los representantes legales de los trabajadores por parte de la empresa usuaria; una exclusión esta última que, por lo demás, es coherente con la omisión de cualquier referencia a esta relación entre la empresa usuaria y el trabajador en misión y que, por tanto, quedará sometida a las reglas que, en su caso, haya establecido el país de destino. De ahí que el artículo 27 de la [LETT](#), dedicado a las infracciones y sanciones de la ETT, no haga referencia alguna a ellas.

### 2.3. DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES A ESPAÑA DE EMPRESAS ESTABLECIDAS EN PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA O DEL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

Llegados a este punto, quedaría tan solo por abordar el último de los supuestos, que es, además, el que ha recibido un tratamiento normativo sin duda más amplio por parte de la legislación laboral española como consecuencia de la necesaria transposición de la [Directiva 96/71](#) y, recientemente, de la [Directiva 2014/67, de 15 de mayo de 2014](#).

El supuesto de hecho de la normativa española, establecida básicamente en la [Ley 45/1999](#) y en los artículos 22 a 25 de la [LETT](#), viene caracterizado por la presencia de los tres rasgos acu-

<sup>24</sup> Lo que obviamente no significa una prohibición de prestar servicios en otros países. Véase GARCÍA QUIÑONES, J. C.: «Régimen de actividad de las ETT españolas en la UE o en el Espacio Económico Europeo», en AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal* (dirs. Molero Marañón, M. L. y Valdés Dal-Ré, F.), La Ley, 2009, pág. 702.

mulativos que ya hemos señalado anteriormente<sup>25</sup>. En primer lugar, un desplazamiento temporal transnacional –ya sea por subcontratación (STJUE 18 de junio de 2015, *Martin Meat*, asunto C-586/13), por movilidad dentro de la empresa o grupo o por cesión a una empresa usuaria– cuya duración temporal máxima no se establece expresamente; en segundo lugar, dicho desplazamiento a España debe ser realizado por parte de una empresa –excluidas únicamente las de marina mercante respecto de su personal navegante– establecida en un país de la UE o del EEE, y, en tercer lugar, la ejecución de ese servicio va a requerir la presencia en nuestro territorio de al menos un trabajador asalariado –quedando excluidas, eso sí, las meras actividades formativas que no respondan a una prestación de servicios de carácter transnacional<sup>26</sup>– que, trabajando habitualmente fuera de nuestras fronteras, y sea cual sea su nacionalidad, debe conservar durante todo el desplazamiento la relación laboral con su empresa, siendo por lo demás la legislación española la que debe utilizarse para delimitar el concepto jurídico de trabajador.

En estos supuestos, la redacción originaria de la [Ley 45/1999](#) ya establecía la obligación de estos empresarios de garantizar al menos –esto es, sin perjuicio de la aplicación a los trabajadores desplazados de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo (art. 3.5 [Ley 45/1999](#))– las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española relativas a tiempo de trabajo y contempladas en los artículos 34 a 38 del ET; la igualdad de trato y la no discriminación también en relación con los trabajadores temporales y a tiempo parcial; la prevención de riesgos laborales incluida la regulación del trabajo de menores y el respeto a la intimidad y la dignidad de los trabajadores, así como la sindicación y los derechos de huelga y reunión. Es cierto que algunas de ellas no estaban contempladas expresamente en la redacción del artículo 3.1 de la [Directiva](#), pero resulta evidente que en muchos de estos casos podrían encajar sin problemas entre las disposiciones de orden público.

Por otra parte, debe destacarse cómo, de las diversas posibilidades de excepción a algunas de estas reglas contempladas en el artículo 3 de la [Directiva 96/71](#), nuestra legislación solo parece haber acogido aparentemente la de los trabajos de escasa importancia –art. 3.3–, identificándolos genéricamente por el mero hecho de no superar los 8 días, típicos, como se recordará,

<sup>25</sup> Sobre la misma, y junto al resto de estudios ya mencionados, pueden contemplarse los excelentes trabajos de ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Granada: Comares, 2002; VV. AA.: *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96771/CE)* (coord. Gárate Castro, J.), Aranzadi, Thomson Reuters, 2011; LLOVERÁ VILA, M.: *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>26</sup> Coincidimos con GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A.: «La Ley 45/1999...», cit., pág. 19, en la que obviamente dicha exclusión no abarca a los contratos formativos cuando se desarrolle actividad laboral. Sobre la posibilidad de incluir en este concepto a los estudiantes en prácticas «siempre y cuando las prácticas se lleven a cabo con condiciones de actividad real y efectiva por cuenta ajena», véase la [STJ \(Sala Tercera\) de 3 de diciembre de 2014, De Clercq](#), asunto C-315/13, apartado 36.

de la exclusión obligatoria prevista en el artículo 3.2 de la [Directiva 96/71](#)<sup>27</sup>. En estos casos los libera, salvo en el caso de las ETT, de la exigencia de respeto a las normas españolas sobre vacaciones y cuantía de salario.

En cualquier caso, y más allá de las reglas para determinar en concreto la cuantía mínima del salario de los trabajadores desplazados –art. 4 [Ley 45/1999](#)–, me interesa destacar ahora que la tradicional eficacia normativa y *erga omnes* de los convenios colectivos estatutarios españoles, así como la amplia cobertura de casi todos los sectores de actividad mediante convenios colectivos sectoriales, sobre todo provinciales y cada vez más nacionales, va normalmente a evitar, al menos en el caso de España, uno de los principales problemas estructurales que, como veremos, la normativa europea y el activismo del tribunal de justicia han ido generando en países con otra cultura o modelos de negociación colectiva. En efecto, y como se recordará el juego conjunto de los puntos 1, 8 y 10 del artículo 3 de la [Directiva 96/71](#), permite la imposición por parte del Estado de destino de las condiciones de trabajo y empleo –sean o no para las actividades contempladas en el anexo– contempladas en el punto primero, siempre que se trate de convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general, entendiéndose por estos aquellos convenios que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesional. Como decimos, dada la eficacia personal establecida en el [artículo 82.3 del ET](#) para estos convenios, nada cabe objetar por tanto a lo establecido en el artículo 3.4 de la [Ley 45/1999](#), en el buen entendimiento de que esta somera referencia a los convenios colectivos se hace exclusivamente a los estatutarios y no a los extraestatutarios, de eficacia personal en principio limitada, y cuya aplicación parece que necesariamente debe negarse al existir ya este sistema de declaración general –y en nuestro caso previa por el simple cumplimiento de los requisitos subjetivos, procedimentales, formales y materiales recogidos en el [título III ET](#)–<sup>28</sup>.

La segunda parte de [Ley 45/1999](#) estaba destinada a implementar los instrumentos que, al menos teóricamente, debían garantizar el cumplimiento de tales reglas y que, repárese, apenas se encontraban desarrollados en la [Directiva 96/71](#). Sin perjuicio de retomar algunas de estas cuestiones en otro apartado de este trabajo al hilo de la [Directiva 2014/67](#) y su norma de transposición española, nos limitaremos por ahora a recordar cómo, en su versión original, estas empresas debían comunicar, en primer lugar, el desplazamiento –y una amplia serie de elementos del mismo– a la autoridad laboral competente por razón del territorio, antes del inicio del mismo, siempre que la duración fuera nuevamente superior a 8 días y no se tratara de trabajadores en misión.

Esta comunicación tendría además, en el caso de empresas contratistas y subcontratistas de la construcción, el carácter de solicitud de inscripción en el correspondiente registro –disp. adic. 1.<sup>a</sup> [RD 1109/2007, de 24 de agosto](#), por el que se desarrolla la [Ley 32/2006, de 18 de octubre](#), reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción–. Además, se establecía un dere-

<sup>27</sup> Calculados en un periodo de referencia de un año a contar desde su comienzo e incluyendo en su caso el desplazamiento de otro trabajador anterior al que se hubiera sustituido (art. 3.6 [Ley 45/1999](#)). La identificación de esta exclusión parcial con los trabajos de escasa importancia en GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A.: «La Ley 45/1999...», cit., pág. 21.

<sup>28</sup> Aunque de forma menos concluyente GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A., «La Ley 45/1999...», cit., pág. 24.

cho de información, con una titularidad muy amplia, sobre las condiciones de trabajo que debían respetar las empresas y disfrutar los trabajadores a cargo de esta misma autoridad laboral. En cualquier caso, era esta comunicación inicial la pieza fundamental de todo este proceso –de ahí que su inexistencia, falsedad u ocultación de datos en la misma fuese considerada infracción administrativa muy grave–, ya que la norma –repetimos, ya en su versión original– preveía igualmente que la misma fuera puesta en conocimiento tanto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) como de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, pudiendo la primera obligar a la empresa a comparecer y a aportar la documentación necesaria para justificar el cumplimiento de aquella ley (art. 6 [Ley 45/1999](#)). Y ello, obviamente, ya que era la ITSS la encargada de vigilar y exigir el cumplimiento de la esta ley pudiendo recabar para ello –al igual que la autoridad laboral–, o aportar en dirección opuesta, la necesaria cooperación en materia de información e inspección con las Administraciones de los otros Estados miembros<sup>29</sup>.

Finalmente, y para cerrar el círculo, la norma establecía –en desarrollo, aquí sí, del art. 6 [Directiva 96/71](#)– la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles, y en concreto de los del orden social, para conocer de cuantas cuestiones litigiosas se suscitasen en aplicación de aquella cuando el trabajador hubiese estado desplazado temporalmente en España, competencia esta que, como ya hemos señalado previamente, venía a facilitar este tipo de reclamaciones centradas exclusivamente en aspectos derivados de la aplicación de esta ley y que solventaba las carencias de las reglas generales establecidas a nivel europeo<sup>30</sup>.

### 3. LOS PROBLEMAS APPLICATIVOS, PERO TAMBIÉN ESTRUCTURALES, QUE LA REGULACIÓN EUROPEA PLANTEA: LA DIRECTIVA 2014/67

En cualquier caso, resulta evidente cómo la aparición y la progresiva transposición de la [Directiva 96/71](#) a los distintos ordenamientos nacionales ni pacificó ni evitó la aparición no solo de múltiples problemas en su aplicación –problemas estos que en buena parte han dado lugar a la [Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014](#), transpuesta en España, como ya hemos señalado, por los artículos 6 y 7 del [Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo](#)<sup>31</sup>, sino también de cuestiones de mayor calado, objeto aún hoy de viva polémica dentro de la propia UE y que seguramente entroncan con aspectos más estructurales, centrados en el propio diseño de elementos clave de esta misma regulación. Pero no adelantemos acontecimientos y vayamos por partes.

<sup>29</sup> Véase el [Criterio Técnico 97/2016 de la ITSS](#) sobre esta cuestión.

<sup>30</sup> Un caso paradigmático, en relación con una sanción en el ámbito de la construcción por condiciones laborales inferiores a las fijadas en el convenio colectivo de aplicación en la SJS de Vitoria 105/2005, de 9 de mayo.

<sup>31</sup> Sobre esta transposición véase FOTINOPOULOU BASURKO, O., «La transposición de la Directiva 2014/67/UE al Derecho español: las modificaciones de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores», *Trabajo y Derecho*, núm. 33, 2017, págs. 60 y ss.

### 3.1. PROBLEMAS Y «PATOLOGÍAS» APLICATIVAS: NOTAS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA DIRECTIVA 2014/67, UNA NORMA NECESARIA PERO QUIZÁS INSUFICIENTE

Respecto de los problemas «aplicativos»<sup>32</sup>, el propio elenco de normas contempladas en la [Directiva 2014/67](#) es, sin duda, una buena enumeración de algunos –que no de todos– de estos problemas. Así, la primera de estas cuestiones se centraba, evidentemente, en la propia identificación de los desplazamientos reales frente a los abusivos, ficticios o simplemente fraudulentos. Y aunque el artículo 4 de la [Directiva 2014/67](#) va a ofrecer un listado de elementos que pueden utilizarse para una evaluación global de los mismos –art. 4.5–, no es menos cierto que de su propia estructura cabe deducir un tratamiento específico para los tres grandes problemas que solían identificarse en este campo. Uno de los más destacados y reiterados era y es el de las denominadas «empresas buzón» o «pantalla»; esto es, empresas que, en esencia, buscan eludir total o parcialmente la aplicación de las normas laborales, de Seguridad Social y fiscales del país en el que desarrollarán estas prestaciones, amparándose en un establecimiento meramente ficticio o formal –un buzón de correos, por ejemplo– en otro país de la UE que, obviamente, ostenta una carga impositiva, de previsión social o de condiciones laborales ciertamente inferior. El problema en este punto surge seguramente por la extrema parquedad o incluso silencio que en este, como en tantos otros puntos, guardaba la [Directiva 96/71](#). Como se recordará, esta directiva se limitaba a exigir, sin mayor concreción ni desarrollo, que la empresa que realizase el desplazamiento transnacional estuviera simplemente «establecida» en el Estado de origen o envío. Ello parecía presuponer y exigir la existencia de una conexión o un lazo genuino entre la organización productiva y el Estado miembro. Pero, en cambio, lo que la norma no establecía eran criterios o elementos que permitieran clarificar esta cuestión<sup>33</sup>.

Pues bien, en este ámbito, el artículo 4.2 de la [Directiva 2014/67](#) –transpuesto a nuestro ordenamiento mediante el nuevo art. 8 bis [Ley 45/1999](#) conforme a la redacción dada por el [RDL 9/2017](#)– no es solo mucho más explícito, claro y extenso que la norma precedente, sino que, además, intenta iniciar un cierto proceso de aproximación con la regulación, en este caso, de Seguridad Social; básicamente lo establecido en el artículo 14 del [Reglamento \(CE\) 987/2009, de 16 de septiembre de 2009](#), por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social; pero también con lo que a estos mismos efectos había señalado en su momento la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, en su Decisión A2, de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) 883/2004<sup>34</sup>. Obviamente esta confirmaba

<sup>32</sup> Por seguir la terminología de FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Panorámica general de la Directiva 2014/67 de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Revista de Derecho Social*, núm. 70, 2015, pág. 125.

<sup>33</sup> Por todos puede acudir a VOSS, E.; FAIOLI, M.; LHERNOULD, J. P. e IUDICONE, F.: *Posting of Workers Directive - current situation and challenges*, IP/A/EMPL/2016-07, pág. 29.

<sup>34</sup> En este sentido, PÁRAMO MONTERO, P.: «La nueva Directiva 2014/67/UE sobre desplazamiento de trabajadores», *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2015, pág. 61.

lo que previamente había señalado la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes en su Decisión 181, de 13 de diciembre de 2000, sobre la base, seguramente, de los criterios señalados previamente por el tribunal de justicia en su conocida [Sentencia FTS \(C-202/97\)](#) y que posteriormente extendió también a las empresas subcontratistas en el [asunto Plum, C-404/98](#).

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

En cualquier caso, también existen notables similitudes, que no nuevamente identidad absoluta, entre los indicios o elementos que a título ejemplificativo establecen para la realización de esta evaluación global las letras a) a e) del artículo 4.2 de la [Directiva 2014/67](#) con los criterios igualmente incorporados en la ya mencionada Decisión de la Comisión Administrativa de 2009; una Decisión esta que, por cierto, incorporaba casi literalmente lo que ya establecía –si bien, obsérvese, para el caso de las ETT<sup>35</sup>– la previa Decisión 181. En cualquier caso, tampoco está de más recordar cómo en estas dos Decisiones tales indicios o elementos debían servir para detectar en particular cuándo la empresa ejercía o no «habitualmente actividades significativas» en el primer Estado miembro –el requisito general destacado por ambas decisiones–. De ahí que algunos de estos criterios, volvemos a repetir meramente orientativos de lo que a nuestro juicio es el requisito básico –la realización habitual de actividades que vayan más allá de las administrativas o de gestión interna en el Estado de envío–, puedan resultar extraños –por ejemplo, el domicilio social y la sede administrativa– mientras que otros –el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental– seguramente debieran cobrar una mayor importancia, aunque desde luego, y por expresa imposición del artículo 4.1 *in fine* de la [Directiva 2014/67](#), no pueden considerarse nunca de manera aislada, lo que seguramente será importante en empresas pequeñas o de nueva creación. Además, parece razonable considerar que, como hace el artículo 14.2 del [Reglamento 987/2009](#), estos criterios «deberán adecuarse a las características específicas de cada empresa y a la naturaleza real de las actividades que realiza».

<sup>35</sup> Quizás porque como recuerdan VOS, E.; FAIOLI, M.; LHERNOULD, J. P. e IUDICONE, F.: *Posting of Workers...*, cit., pág. 30, es este uno de los sectores donde con mayor frecuencia se observa el fenómeno del *regime shopping* y por ser este el tipo de empresa enjuiciado en la [STJCE de 10 de febrero de 2000, FTS, asunto C-202/97](#).

Por otra parte, un segundo riesgo o disfunción habitualmente destacado era y es, en primer lugar, la posibilidad de que estos desplazamientos se prolonguen de tal forma que «desnaturalicen» su carácter temporal –lo que pondría en riesgo su necesaria conexión con la libertad de prestación de servicios y lo acercaría a la libertad de establecimiento–, del mismo modo que, obsérvese, pondría en duda la conservación de la ley laboral del estado de envío –la piedra básica en toda esta construcción–, o, en segundo lugar, que realmente el trabajador y el contrato de trabajo carecieran incluso originariamente de la necesaria conexión con este Estado de envío y que es, recuérdese, la que debe justificar nuevamente la aplicación de su normativa y la prolongación de aquella en estas situaciones de desplazamiento. En realidad, se trata de problemas igualmente planteados en el campo de la Seguridad Social y para cuya solución, por cierto, seguramente hubieran debido ser de utilidad las Decisiones de la Comisión Administrativa antes reseñadas.

Sin embargo, y en relación con estos aspectos, lo primero que debe destacarse es que el artículo 4.3 de la [Directiva 2014/67](#) –igualmente transpuesto mediante el nuevo art. 8.bis [Ley 45/1999](#) incorporado por el [RDL 9/2017](#)– renunció, en primer lugar, a fijar una duración máxima a estos desplazamientos –o al menos a separar su regulación de otra, más incisiva y específica, para estos desplazamientos de «larga duración»<sup>36</sup>–, limitándose en cambio a señalar la necesidad de examinar «todos los elementos fácticos que caracterizan esa labor y la situación del trabajador» para determinar –y esto parece ser lo importante– «si un trabajador desplazado realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja». En realidad, la directiva se limita nuevamente a señalar en este punto un elenco de elementos que podrían utilizarse para dicha valoración y que no solo se alejan de lo ya establecido en el ámbito de la Seguridad Social, y seguramente se acercan a los criterios indiciarios utilizados a efectos de determinar el fuero y la legislación aplicable en supuestos de itinerancia<sup>37</sup>, sino que además, y especialmente en algunas ocasiones, no dejan de ser llamativos, ya que determinados criterios parecen, al menos a primera vista, no ya meros indicios, sino auténticos requisitos sustanciales para que, en su interpretación natural o más frecuente, nos encontremos ante esta situación de desplazamiento. A pesar de ello, el artículo 4.4 de la [Directiva 2014/67](#) es meridianamente claro al señalar cómo: «la ausencia de alguno o varios de los elementos fácticos establecidos en los apartados 2 y 3 no excluye automáticamente la posibilidad de que la situación sea considerada desplazamiento»; una lógica esta que refuerza la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión que incorpora igualmente esta directiva y de acuerdo con la cual «el hecho de que el puesto al que el trabajador desplazado sea temporalmente asignado para desem-

<sup>36</sup> Sin perjuicio de que volveremos sobre esta cuestión en el último apartado de este trabajo, el problema quizás radique en la conexión que desde un principio se hace de estas situaciones con la libertad de prestación de servicios, un concepto este que, sobre todo en su relación con la libertad de establecimiento, se resiste a concretarse o limitarse temporalmente de forma general y predeterminada en la jurisprudencia del tribunal de justicia. Baste de hecho recordar, por mencionar un ejemplo, la [STJCE de 11 de diciembre de 2003, Schnitzer, asunto C-215/01](#), apartados 30 y ss.

<sup>37</sup> En este sentido, FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Panorámica general...», cit., pág. 132 y ss. En relación con estos temas, véase [STJUE de 14 de septiembre de 2017, Nogueira, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16](#).

pañar su labor en el marco de una prestación de servicios hubiera estado ocupado por ese mismo u otro trabajador desplazado durante periodos anteriores constituye solo uno de los posibles elementos que deberán tenerse en cuenta cuando se realice una evaluación global de la situación de hecho en caso de duda». Y de ahí que «la mera circunstancia de que pudiera constituir uno de los elementos no debería interpretarse en modo alguno como la imposición de una prohibición de la posible sustitución de un trabajador desplazado por otro trabajador...»<sup>38</sup>.

En cualquier caso, lo que sí se echa en falta es la incorporación, por ejemplo, de reglas generales –con sus lógicas matizaciones– algo más claras y eficientes en la lucha contra el fraude, como, por ejemplo, las asumidas por el [Criterio Técnico 97/2016, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, de 15 de junio de 2016](#)<sup>39</sup>.

La tercera cuestión que aborda igualmente el artículo 4 de la [Directiva 2014/67](#) –y con ella, nuevamente, el nuevo art. 8.bis [Ley 45/1999](#)– son los problemas derivados de los posibles intentos de elusión de esta normativa mediante el encubrimiento de la relación laboral, normalmente bajo la apariencia de un falso autónomo. Como se recordará, el artículo 2.2 de la [Directiva 96/71](#) remitía este concepto a la legislación del país de origen. Pues bien, sin alterar dicho precepto, lo cierto es que el artículo 4.5 de la directiva señala que a tales efectos, «los Estados miembros deben guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador, independientemente de cómo se caracterice la relación en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado las partes», pudiendo además evaluar de manera global los distintos elementos a los que hemos hecho referencia anteriormente y que se encuentran contemplados en los puntos 2 y 3 del mismo artículo. En definitiva, y como se observará, un delicado punto de equilibrio ya que, sin alterar teóricamente la regla inicial de delimitación nacional, introduce elementos de comunitarización en su definición. Y si bien es cierto que estos criterios, por su carácter genérico y no excluyente, parecen destinados a alterar muy poco la tradicional perspectiva nacional, no lo es menos que su inclusión y la forma en la que se hace –«deberán guiarse»– abre la vía a una posible penetración de la jurisprudencia comunitaria, también en este ámbito.

<sup>38</sup> Esta aclaración seguramente es necesaria si recordamos cómo el artículo 12 del [Reglamento \(CE\) 883/2004, de 29 de abril](#), señala que: «La persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y *de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona*» (la cursiva es nuestra).

<sup>39</sup> Véase, en especial, la página 6 de acuerdo con la cual «ha de existir un contrato de trabajo previo al desplazamiento y dicho contrato necesariamente se ha de concertar en Estado distinto del destinatario de la prestación». Recuérdese, además, que, como criterio indicativo, la Decisión A2 de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) 883/2004, señala cómo este trabajador deberá haber estado sujeto a la legislación del Estado miembro en el que está establecido el empleador un mes. Para periodos más cortos sería preciso hacer una evaluación en cada caso.

En cualquier caso, y aunque la norma comunitaria nada diga al respecto, parece igualmente lógico considerar que, para que podamos seguir hablando en puridad de un desplazamiento transnacional, la empresa del país de envío debe seguir manteniendo su posición contractual «directa» de empleador, lo que sin duda no sucedería si –dejando a un lado el siempre distorsionante caso de las ETT y centrándonos por ahora en el de las «subcontrataciones»– el ejercicio del poder de dirección real e inmediato, la subordinación técnico jurídica a la que sin duda hace referencia el precepto antes mencionado, fuera ejercitada por la empresa que teóricamente disfruta del servicio y que formalmente no es, por tanto, el empleador. Si esto acontece, nos encontraríamos ante una cesión que, repetimos, salvo que fuese realizada por una ETT, debe considerarse ilegal, aplicando, como norma de policía –sea cual sea por tanto la nacionalidad de las partes– el [artículo 43 del ET](#) y excluyendo, por consiguiente, la aplicación de la [Ley 45/1999](#), al no existir en este caso una libertad comunitaria de prestación de servicios. Cuestión distinta serían las consecuencias de estas indagaciones sobre la relación de Seguridad Social, más aún si recordamos, por un lado lo que a estos efectos contempla el tantas veces mencionado [Reglamento \(CE\) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril](#) y, del otro, la reiterada doctrina del TJUE en relación con el certificado E 101 de acuerdo con la cual ni los órganos judiciales ni, obviamente, los órganos administrativos del Estado de empleo están habilitados para comprobar la validez de dicho certificado, en particular en lo relativo a la existencia del vínculo orgánico con el pretendido empleador<sup>40</sup>. Pero como se comprenderá está cuestión desborda el campo del presente trabajo.

Finalmente, y en relación con estos tres aspectos que, en definitiva, se coordinan en analizar, aún desde distintas perspectivas, la existencia o no de un auténtico desplazamiento temporal transnacional, parece necesario destacar la permanente necesidad de una valoración global que deberá adaptarse a cada caso particular y tener en cuenta las peculiaridades de la situación –art. 4.4 [Directiva 2014/67](#)–. Cuestión distinta es que esta caracterización tipológica y por indicios, aunque atenta a las singularidades de cada caso y situación, debería igualmente garantizar –como sí exige expresamente la tantas veces mencionada Decisión de 2009– que «en situaciones iguales o similares, deberán aplicarse de manera constante y uniforme los criterios utilizados para determinar si un empleador ejerce normalmente sus actividades en el territorio de un Estado» y «si existe una relación directa entre la empresa y el trabajador».

Por otro lado, y más allá de otros problemas que cabría igualmente considerar como aplicativos y que no fueron abordados por la [Directiva 2014/67](#) –como las dudas sobre la interpretación de la confusa expresión «cuantías de salario mínimo»<sup>41</sup> o la necesidad de adecuar la referencia establecida en el art. 3.9 [Directiva 96/71](#) a lo establecido posteriormente, a nivel comunitario, por el art. 5 [Directiva 2008/104/CE](#)–, lo cierto es, como decimos, que lo que sí estableció esta nueva directiva fue un amplio elenco de medidas destinadas, en primer lugar, a mejorar la información

<sup>40</sup> Véanse las SSTJUE de [10 de febrero de 2000, FTS, asunto C-202/97](#), y [26 de enero de 2006, Herbosch Kiere, asunto C-2/05](#). Véase el [Criterio Técnico de la ITSS 97/2016](#), pág. 5.

<sup>41</sup> Véanse las sentencias del tribunal de justicia mencionadas y las referencias a este tema que se realizarán en el último apartado de este trabajo.

sobre estas condiciones de trabajo legales y convencionales<sup>42</sup>. De hecho, el artículo 5 exigía ahora a los Estados esta información gratuita, actualizada, publicada por medios electrónicos «de una manera clara, transparente, inteligible y fácilmente accesible, a distancia» en un único sitio web a escala nacional y «en las lenguas que el Estado miembro de acogida considere más pertinentes teniendo en cuenta las demandas en su mercado de trabajo»<sup>43</sup>.

Esta novedad –que, por cierto, no parece haber provocado alteración alguna en la redacción original del art. 7 [Ley 45/1999](#) y que en la directiva se conectaba con la posibilidad de que los Estados o incluso la Comisión apoyasen igualmente a las organizaciones que facilitasen esta información a los trabajadores desplazados (art. 8.3 [Directiva 2014/67](#))– estaba destinada no solo a facilitar el cumplimiento voluntario por parte de los empleadores, sino también a facilitar la exigencia de tales condiciones por parte de los trabajadores. De ahí que quizás hubiese sido más que deseable que esta regulación se completase con una modificación del artículo 4 de la [Directiva 91/533/CEE](#) que obligase a que el empresario informase igualmente a los trabajadores de la ubicación electrónica de este sitio web, máxime cuando dicha información debería incluir, en particular, la relativa a las diferentes cuantías de salario mínimo y sus conceptos constitutivos, al método utilizado para calcular la remuneración y, en su caso, a los criterios cualitativos de clasificación en las diferentes categorías salariales, así como los procedimientos de reclamación o las condiciones de seguridad y salud. La finalidad legítima de una medida de este tipo, adecuada a una razón de imperiosa necesidad pública, como es la tutela de los derechos de los trabajadores, unida a su mínimo coste, hubiera sin duda justificado la imposición de un contenido adicional a una obligación, al menos a nuestro juicio, ya preexistente y a cargo del empresario. Y todo ello, claro está, siempre que el Estado destinatario hubiera realmente adecuado dicho sitio web en relación, especialmente, con las capacidades lingüísticas de la mayor parte de los desplazados, algo que, al menos a mi juicio, no ocurre en el caso español. En suma, la directiva no se limita a exigir esta labor de información a cargo exclusivamente del Estado. En sus capítulos IV y V va a incorporar igualmente medidas destinadas al seguimiento y supervisión de este cumplimiento y a garantizar el mismo, desarrollando ampliamente las escasas referencias establecidas originariamente en los artículos 5 y 6 de la [Directiva 96/71](#).

Sin podernos detener aquí en los aspectos jurisdiccionales contemplados en el artículo 11 o en las referencias a mecanismos de responsabilidad en supuestos de subcontratación del artículo 12, ambos de la [Directiva 2014/67](#) –aspectos estos que no parecen haber tenido impacto por ahora en la [Ley 45/1999](#)–, nos centraremos en otro de los elementos más novedosos de esta regulación

<sup>42</sup> Recuérdese la importancia que tradicionalmente ha otorgado la jurisprudencia del tribunal de justicia a la posibilidad del empleador que ejercita su libertad de prestación de servicios de acceder y conocer tales normas. Véase, por señalar un último y reciente ejemplo, la [STJ \(Sala Primera\) de 12 de febrero de 2015, Sähköalojen ammattiliitto, C-396/13](#).

<sup>43</sup> En el caso de España, esta web: <[http://www.empleo.gob.es/es/sec\\_trabajo/debes\\_saber/index.htm](http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/debes_saber/index.htm)> solo está disponible, salvo error u omisión por mi parte (última visita el 5 de octubre) en inglés, lo que resulta llamativo pues parece ser esta la nacionalidad de la mayor parte de los trabajadores desplazados a nuestro país.

y que obviamente sí ha provocado importantes reformas; esto es, en los requisitos administrativos y medidas de control contemplados en el artículo 9 de la [Directiva 2014/67](#) y que han provocado las consiguientes modificaciones de los artículos 5 y 6 de la [Ley 45/1999](#) por el artículo 6 del [Real Decreto-Ley 9/2017](#)<sup>44</sup>. Como de todos es sabido, el punto de partida para comprender esta regulación es la importante doctrina que, ante el silencio en este punto de la [Directiva 96/71](#) tuvo que desarrollar –no sin cierta polémica– el TJUE. Esta doctrina partió de dos premisas fundamentales. La primera, genérica, se limitaba a recordar cómo el Derecho comunitario no se oponía a que los Estados garantizaran la aplicación a estos trabajadores de su legislación y convenios por los medios adecuados; esto es, siempre que dicha protección no se obtuviese mediante obligaciones esencialmente comparables con las impuestas en el Estado de envío y que dichos controles no convirtieran en ilusoria la libertad de prestación de servicios o se dejase a discreción de la Administración.

La segunda, mucho más compleja, se asentaba en la normal consideración por el tribunal de estas medidas u obligaciones –ya afectasen al prestatario o incluso al mero destinatario en el país de empleo<sup>45</sup>– como una posible carga empresarial que podía actuar como limitación de esta misma libertad de prestación de servicios interpretada en sentido amplio; esto es, como una libertad que no solo exigiría eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios por razón de su nacionalidad o por el hecho de estar establecido en otro Estado, sino también, y esto es lo importante, «suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando dicha restricción pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios»<sup>46</sup>.

Desde esta perspectiva –continuaba el tribunal– estas limitaciones solo podrían estar justificadas, en primer lugar, por razones imperiosas de interés general en la medida en que dicho interés no quedase salvaguardado «por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido»; y siempre, además, que dichas normas fuesen adecuadas para el objetivo legítimo que persiguiesen, sin ir más allá de lo necesario para su consecución. En definitiva, el principio de proporcionalidad aplicado, siempre, a cualquier medida que pudiera limitar esta acepción ciertamente amplia de la libertad de prestación de servicios.

Con estos presupuestos, es cierto que el tribunal no dudó en reconocer que la efectiva protección de los trabajadores constituye una razón imperiosa de interés general, del mismo modo que también lo sería la intención de evitar perturbaciones en el mercado de trabajo permitiendo así que un Estado miembro comprobase si una empresa utiliza la libre prestación de servicios con

<sup>44</sup> Para una perspectiva profesional, véase VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: «La transposición (tardía) de la Directiva sobre control de desplazamientos transnacionales en la UE/EEE en el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo», *RTSS. CEF*, núm. 412, 2017, págs. 95 y ss.

<sup>45</sup> Véase la *STJUE de 19 de junio de 2014, Prostějov, asuntos acumulados C-53/13 y C-80/13*, apartado 26.

<sup>46</sup> Por todas, *STJUE (Sala Cuarta) de 19 de diciembre de 2012, Comisión contra Bélgica, asunto C-577/10*.

finés distintos a la ejecución de la prestación que se trate. En cambio, no lo serían objetivos de carácter económico como la protección de las empresas nacionales, pero sí evitar la competencia desleal, claro está, de aquellas empresas que abonasen menos del salario mínimo.

El TJUE también exigió que estas medidas fueran adecuadas para dicho fin –lo que obligaba a analizar si realmente suponían una mayor garantía para los trabajadores o solo tenían como efecto desincentivar la libre prestación de servicios– y, sobre todo, que no existiesen otras medidas menos desproporcionadas. Es desde estas premisas, en definitiva, desde las que se rechaza, por ejemplo, la viabilidad de una legislación estatal que impusiese una autorización previa –o un «procedimiento de confirmación materialmente idéntico»<sup>47</sup>– para el empleo de nacionales de terceros países –y, evidentemente, la imposición de un periodo previo de contratación de 6 meses o de 1 año– en el marco de un desplazamiento transnacional europeo cuando, en cambio, una simple declaración previa acreditando que dichos trabajadores se encuentran en situación regular en el país de envío, unida a la obligación de notificar previamente a las autoridades locales el desplazamiento y duración prevista, resulta igualmente eficaz y menos restrictiva<sup>48</sup>.

Igualmente, el tribunal consideró que no superaba este test la necesidad de elaborar por duplicado una documentación, mientras que, en cambio, sí admitió la posibilidad de pedir en todo momento al prestador de servicios que informe de los datos que tenga en su poder, relativos a las obligaciones a las que esté sometido en el Estado de envío. Y, por señalar un último ejemplo, para el tribunal «las exigencias de un control efectivo por parte de las autoridades del Estado miembro de acogida pueden justificar la obligación de un empresario, establecido en otro Estado miembro y que preste servicios en el Estado miembro de acogida, de tener determinados documentos a disposición de dichas autoridades a pie de obra o, como mínimo, en un lugar accesible y claramente identificado del territorio del Estado miembro de acogida», incluso traducidos, pero no la de «conservar los documentos previstos en la legislación social en el territorio del Estado miembro de acogida durante cinco años en el domicilio de una persona física, excluyendo a las personas jurídicas»<sup>49</sup>. En cambio, nada cabría objetar a la obligación, menos restrictiva que la anterior, de enviar, al término del periodo de desplazamiento, los documentos que el empleador esté obligado a elaborar con arreglo a la legislación del Estado miembro de establecimiento, o la copia de tales documentos, a las autoridades nacionales del Estado miembro de acogida, que podrán revisarlos y, en su caso, conservarlos<sup>50</sup>.

Era este, en definitiva, el contexto en el que aparece finalmente el novedoso artículo 9 de la [Directiva 2014/67](#), que, obsérvese, respetando en general las demás obligaciones nacionales o europeas, aplicables igualmente a las empresas establecidas en nuestro territorio –siempre que,

<sup>47</sup> STJCE de 21 de septiembre de 2006, Comisión contra Austria, asunto C-168/04, apartados 39 a 53.

<sup>48</sup> STJCE de 19 de enero de 2006, Comisión contra RFA, asunto C-244/04, apartado 41.

<sup>49</sup> STJCE de 23 de noviembre de 1999, Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, apartado 77.

<sup>50</sup> Véase la STJUE de 7 de octubre de 2010, Dos Santos Palhota y otros, asunto C-515/08, apartado 59.

eso sí, estas se encuentren justificadas y sean proporcionales–, limita expresamente las medidas que pudieran establecerse para el efectivo cumplimiento de esta normativa sobre desplazamientos a aquellas «necesarias para garantizar» su «supervisión efectiva», siempre que, además, estén justificadas y sean proporcionales con el Derecho de la Unión Europea: en definitiva, una enunciación de lo que ya había estado exigiendo el propio TJUE ante la carga o barrera que estas medidas normalmente suponen para la libertad de prestación de servicios.

Por ello, lo que a mi juicio resulta más interesante es que el mismo precepto haya igualmente sintetizado en gran parte la misma doctrina del TJUE ofreciendo a los Estados miembros un elenco «seguro» aunque no exhaustivo<sup>51</sup> de estas posibles medidas de control que, en principio, podrían imponer y serían admisibles siempre, claro está, que cumplan realmente con las exigencias del principio de proporcionalidad. En este punto, el impacto de la nueva norma comunitaria sobre la regulación de la comunicación del desplazamiento –art. 5 Ley 45/1999– ha sido a mi juicio menor, limitándose a grandes rasgos a la incorporación de los medios electrónicos como vía para esta comunicación y a la aparición de unos nuevos contenidos de la misma centrados, en esencia, en la designación de un representante como enlace con las autoridades competentes españolas para el envío y recepción de documentos o notificaciones, así como de otro que pudiera actuar en su representación en los procedimientos de información, consulta y negociación que, desarrollados en España, afectasen a sus empleados desplazados.

En cambio, un impacto seguramente mayor ha tenido la posibilidad, prevista en las letras b) y c) del artículo 9.1 de la [Directiva 2014/67](#), de exigir a estos empleadores tener disponible durante todo el periodo de desplazamiento una amplia información en un lugar accesible y claramente identificado. De hecho, los nuevos puntos 2 a 5 del artículo 6 de la [Ley 45/1999](#) –incorporados por el [RDL 9/2017](#)– contemplan ahora esta obligación sobre el contrato de trabajo y sus elementos esenciales, los recibos de salario y comprobantes de pago, los registros horarios de la jornada diaria y, como novedad frente a la directiva, la autorización de trabajo de los nacionales de terceros países conforme a la legislación de establecimiento. Además, se establece la obligación de aportar estos mismos documentos a la ITSS cuando sean requeridos para ello en castellano o en las lenguas cooficiales de los territorios donde se vayan a prestar servicios, incorporándose además la obligación de notificar a la autoridad laboral los daños para la salud de los trabajadores desplazados que se hubieran producido con ocasión o por consecuencia del trabajo en España.

Finalmente, y ya para concluir, la [Directiva 2014/67](#) presta una especial atención al fortalecimiento de la cooperación administrativa –art. 6–, especialmente en el acceso a los registros, en la rápida respuesta a peticiones de información o en la inspección de las condiciones de empleo –art. 7– que, sin ser «discriminatoria ni desproporcionada» –art. 10– sí debía estar orientada por una «evaluación de riesgos»<sup>52</sup> que, junto a otros factores –por ejemplo, la vulnerabilidad de de-

<sup>51</sup> Véase PÁRAMO MONTERO, P.: «La nueva Directiva...», cit., pág. 91.

<sup>52</sup> Sobre la conexión de esta norma con el artículo 10 de la [Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio](#), PÁRAMO MONTERO, P.: «La nueva Directiva...», cit., pág. 64.

terminados grupos— detectase los sectores en los que se concentran tales peligros. Ya por último, la directiva contemplaba —art. 11— medidas destinadas a facilitar la defensa mediante mecanismos eficaces y seguros de estos derechos, así como la ejecución transfronteriza de las sanciones o multas —arts. 13 a 19—, un tema este ciertamente fundamental en la práctica pero que por cuestiones de espacio no abordaremos aquí, máxime ante la presencia de otro trabajo específico sobre este último tema en el presente monográfico.

### 3.2. LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES: LA DIRECTIVA 96/71 COMO NORMA DE MÁXIMOS Y SU RELACIÓN CON LAS ACCIONES COLECTIVAS DE LOS TRABAJADORES Y CON LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En cualquier caso, y más allá de todos estos problemas aplicativos y/o de interpretación, parece obvio que el conjunto de esta regulación plantea, ya desde su propia base, unos problemas que podríamos calificar de estructurales y que son los que en buena medida han provocado gran parte de la intensa polémica que ha acompañado a toda esta materia durante los últimos años; unos problemas que fueron puestos de manifiesto, con toda su crudeza, en el conocido «cuarteto» de sentencias del TJUE en los asuntos [Viking-Line](#), [Laval un Partneri](#), [Rüffert](#) y [Comisión contra Luxemburgo](#) y cuyo origen último se encuentra seguramente en una cuestión previa, ligada a la propia naturaleza y a la base jurídica de toda esta regulación<sup>53</sup>.

En efecto, y como ya hemos señalado en múltiples ocasiones, esta regulación pudo ser, y ciertamente fue percibida por muchos, al menos inicialmente, como un instrumento destinado a tutelar tanto la libre circulación de los trabajadores y el respeto de sus derechos como un clima de competencia leal al excluir, al menos en apariencia, estos aspectos sociales de la posible competencia entre prestadores de servicio. De hecho, estas finalidades e ideas se encontraban —y aún se encuentran— expresamente consagradas en los considerandos 1 y 5 de la [Directiva 96/71](#); una directiva esta que, tampoco cabe olvidarlo, en su propuesta inicial<sup>54</sup>, se enmarcaba en el capítulo sobre la libertad de circulación del programa de acción de la Comisión relativo a la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales. Desde esta perspectiva, la regulación contemplada en la [Directiva 96/71](#) podría, por tanto, haber sido comprendida e interpretada como un cuerpo normativo típicamente social y, consiguientemente, como una tradicional norma de mínimos que no impediría ulteriores desarrollos más protectores por parte del legislador nacional. Es

<sup>53</sup> Sobre este cuarteto nos remitimos por brevedad a las como siempre oportunas consideraciones de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Libre prestación de servicios y Derecho colectivo del trabajo», *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, págs. 517 y ss. Más recientemente, pero igualmente interesante, FERNÁNDEZ PROL, F.: «Desplazamientos temporales de trabajadores: orientaciones actuales», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 122, 2016, págs. 41 y ss.

<sup>54</sup> Véase <<http://bit.ly/2kRumbN>> —última visita octubre de 2017—.

más, esta misma lógica era la que seguramente mejor encajaría con la evolución que en este punto sufrió la propuesta de lo que, más tarde, sería la [Directiva 2006/123/CE](#). Esta, como se recordará, en su propuesta inicial partía –considerando 59– de una premisa básica de acuerdo con la cual «las condiciones de empleo y de trabajo distintas de las contempladas en la Directiva 96/71/CE y con arreglo al principio de la libre circulación de servicios establecido en la Directiva, el Estado miembro de desplazamiento no debe(ría) poder tomar medidas restrictivas contra un prestador establecido en otro Estado miembro». De ahí que el artículo 17.5 de esta misma propuesta señalase como excepción general al principio de país de origen a las materias que abarca la [Directiva 96/71/CE](#), limitando por tanto así la capacidad expansiva antes mencionada. Pues bien, y como decimos, la redacción final mucho más neutra del considerando 86, unida a la primacía otorgada en el artículo 3.1 a la [Directiva 96/71](#) en caso de conflicto con la mencionada [Directiva 2006/123/CE](#) parecieron dar un fuerte apoyo a esta pretendida interpretación ciertamente más cercana a la lógica que tradicionalmente ha impregnado al Derecho social, sea o no este comunitario.

Sin embargo, no fue esta, finalmente, la visión que acabó siendo asumida por el TJUE y que es, por tanto, la que subyace en el fondo de este controvertido cuarteto de sentencias. Para el tribunal, conviene decirlo ya desde un principio, esta regulación focalizada en torno a la [Directiva 96/71](#) no es ni ha sido nunca una regulación social al no ser desarrollo de la libertad de circulación de trabajadores. Muy al contrario, ya desde sus inicios, el tribunal, rechazando esta conexión, analizó todas estas cuestiones desde la óptica de la libre prestación de servicios. En realidad, fue esta libertad, fundamental en el Derecho de la Unión Europea, la que permitió que el tribunal reconociera al prestador un derecho al desplazamiento temporal transnacional de otro más de los factores de producción como eran sus empleados. Y aunque ciertamente el mismo tribunal reconoció explícitamente la posibilidad de que los Estados de empleo extendieran a estos empleados sus legislaciones y ciertas condiciones de sus convenios –pudiendo incluso comprobar su cumplimiento–, lo hizo siempre como un límite o barrera al pleno ejercicio y al desarrollo de esta libertad fundamental.

Por otra parte, era cierto que inicialmente la propuesta de lo que posteriormente fue la [Directiva 96/71](#) parecía articularse por la propia Comisión en el ámbito de la política social y de la libertad de circulación. Pero no lo es menos –o, incluso, es lo fundamental– que, a la hora de fijar definitivamente su base jurídica, motivos ciertamente singulares –al parecer, el deseo de eludir la regla de la unanimidad ante la oposición del Reino Unido y Polonia<sup>55</sup>– motivaron que se recurriese ya claramente a la libertad de prestación de servicios como base de la misma, entroncándola así con la jurisprudencia que previamente había fijado el tribunal de justicia y apoyando una visión de tales reglas, en especial las establecidas en el artículo 3, como una excepción, como un límite o como, en definitiva, un techo impuesto al Estado que marcaba las fronteras de la actuación nacional.

<sup>55</sup> Véase, en este sentido, MALMBERG, J.: *The impact of the ECJ judgements on Viking, Laval, Ruffert and Luxemburg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action*, IP/A/EMPL/ST/2009-11, 2010, pág. 4.

Finalmente, y aunque es cierto que la evolución de esta cuestión en el *iter* legislativo de la [Directiva 2006/123/CE](#) podría seguramente interpretarse como un apoyo a una perspectiva o lectura distinta de las mencionadas normas, lo cierto es que lo «neutro» de la redacción final de la misma, unida a los planteamientos de las posteriores cuestiones prejudiciales e incluso de los recursos por incumplimientos planteados por la propia Comisión, acabaron por cristalizar esta perspectiva de normas máximas, de techo de regulación estatal que, en definitiva, no vino sino a consagrar un poderoso límite a la capacidad regulatoria en el campo social, no solo del Estado, sino incluso de los propios agentes sociales. Pero no adelantemos acontecimientos.

Por ahora nos interesa destacar cómo seguramente la más clara expresión de la perspectiva que acabamos de mencionar se encuentra en la [Sentencia del Tribunal de Justicia \(Sala Primera\) de 19 de junio de 2008](#), Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo. Es en ella donde con meridiana claridad el tribunal asumirá que esta regulación europea, sus normas de transposición y la propia práctica administrativa de los distintos Estados miembros no constituye, una norma típicamente «social», de mínimos o de derecho necesario relativo, perfectamente ampliable en cuanto al grado de protección otorgado –material o procedimental– por cada uno de los Estados miembros a tales asalariados. Muy al contrario, y como decimos, para el tribunal nos encontraríamos ante un instrumento de «máximos» que, en cuanto supone una limitación de la expansiva y fundamental –en el ámbito de los tratados originarios– libertad de prestación de servicios, debe ser interpretado restrictivamente. Solo así, en definitiva, se comprende que, para el tribunal el listado contemplado en el artículo 3.1 de la [Directiva 96/71](#) debiera considerarse «exhaustivo» al recoger todas «las materias en las que los Estados miembros pueden hacer prevalecer las normas vigentes en el Estado miembro de acogida» y que, además, la reserva de orden público contemplada en el artículo 3.10 constituyese para el tribunal una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente.

En definitiva, una vez aprobada la [Directiva 96/71](#), esta marcaría –junto con las reglas hoy contempladas en el [Reglamento \(CE\) 883/2004](#) en el campo de protección social– los límites de una legítima competencia en la que, por tanto, resultaría plenamente admisible o incluso plenamente legítima la utilización de los distintos costes sociales que se derivasen de estas reglas. Al igual que ocurriría en el comercio de mercancías, y ante el escaso desarrollo de un Derecho social europeo realmente armonizador de estas condiciones sociales, lo cierto sería que estos costes sociales, no equiparados por la [Directiva 96/71](#), entrarían plena y legítimamente en juego, como «ventajas competitivas», por mucho que ello pudiera suponer un *dumping* social entre sistemas laborales y de Seguridad Social dentro incluso de la UE.

De hecho, esta consideración como normas de máximos no se establece solo frente al Estado sino también frente a los propios agentes sociales y, en especial, como límite a las medidas de conflicto colectivo que estos pudieran acordar frente a desplazamientos temporales transnacionales. En efecto, con el antecedente que en relación con la libertad en este caso de establecimiento supuso la [Sentencia Viking-Line](#) y alejándose, por tanto, de la doctrina sentada en el [caso Albany](#), el tribunal, en [Laval](#), asumirá igualmente esta perspectiva de «techo» al señalar que

dicha directiva «no puede interpretarse en el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima... las materias contempladas en su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), la Directiva 96/71 prevé(n) expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de sus trabajadores desplazados a su territorio». Lo novedoso en este caso es que, a pesar de la ausencia de competencia material sobre estas medidas de acción colectiva o del carácter fundamental de este mismo derecho, tanto a nivel internacional como interno, el tribunal no va a dudar en entrar a valorar la posible colisión de ciertas formas de su ejercicio con una libertad de prestación de servicios dotada a estos efectos de eficacia horizontal. Y si bien obviamente el tribunal reitera que «la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de *dumping* social puede constituir una razón imperiosa de interés general», este carácter de máximos del listado de materias recogido en el artículo 3.1 de la [Directiva 96/71](#), unido a la imposibilidad de que los interlocutores sociales puedan alegar razones de orden público para incorporar otras materias (apdo. 84), hace que dicho fin no lo sea cuando la acción esté destinada a imponer a este prestador transnacional condiciones laborales que vayan más allá de las que en aquel momento había «fijado» la legislación sueca.

Más allá de las evidentes modificaciones legales que esta doctrina generó, tanto en Suecia como, por ejemplo, en Dinamarca<sup>56</sup>, seguramente lo más llamativo de esta controvertida doctrina es, por un lado, el hecho de que el reconocimiento de estos derechos colectivos como derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario se hiciera por el tribunal para, paradójicamente, someterlos inmediatamente a continuación a un análisis desde una perspectiva tradicionalmente inversa a la normalmente utilizada en los Estados miembros y en los tribunales e instancias de control internacionales, incorporando así unos límites sobrevenidos y que previamente no existían en la mayoría de los Estados miembros. Y en segundo lugar, que esta misma doctrina, al admitir la posible imposición de indemnizaciones en el caso de violaciones de la libertad de prestación de servicios y condicionarlas al resultado de aplicar un principio de proporcionalidad con evidentes zonas de incertidumbre, incorporaba al arsenal empresarial un nuevo instrumento de presión, fuertemente desincentivador de este tipo de conflictos en un área cada vez más amplia de la actividad económica, como es la libre prestación de servicios transnacionales. La preocupación mostrada a este respecto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ante los «significativos efectos restrictivos» «que esta doctrina (...) probablemente tendrá (...) en el ejercicio de este derecho»<sup>57</sup> y la propia experiencia en casos posteriores como el de BALPA o IAG y BA contra SEPLA demuestran los

<sup>56</sup> Sobre esta reforma véase MALMBERG, J.: *The impact of the ECJ judgements...*, cit., págs. 12 y ss.

<sup>57</sup> Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Informe General y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión, 2010, págs. 220 y ss.

riesgos abiertos por una jurisprudencia que, tras el fracaso de la [Propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios](#)<sup>58</sup>, parece sostenerse implícitamente para el tribunal de justicia, al menos en [Fonnship](#)<sup>59</sup>, sin que, obviamente, el contenido del artículo 1.2 de la [Directiva 2014/67](#) parezca haber aportado novedad alguna<sup>60</sup>.

En cualquier caso, y ya para terminar, esta misma óptica, ciertamente singular, es la que subyace igualmente en la [Sentencia Rüffert](#). Aunque la polémica se traslade ahora a la presencia de este tipo de cláusulas sociales en la contratación pública, lo cierto es que el tribunal focaliza totalmente su atención en la [Directiva 96/71](#) –de hecho, no existen, salvo error u omisión por mi parte, referencias a la normativa europea propia de esta materia en dicha sentencia<sup>61</sup>–, de la que se predica ya clara y expresamente –apdo. 36– la necesidad de su lectura «a la luz del artículo 49 CE» al consistir su objetivo en «la consecución de la libre prestación de servicios». Y esta misma lógica impregna claramente la posterior Sentencia Bundesdruckerei, aunque, eso sí, la inexistencia de un desplazamiento físico implique rechazar la aplicación de la [Directiva 96/71](#) dando en.

La cuestión, en cambio, se vuelve algo más compleja un año después con la conocida [Sentencia RegioPost](#). Es cierto que para un destacado sector de la doctrina, esta resolución pueda ser percibida como un cierto giro social y un alejamiento de la [doctrina Rüffert](#). Pero, al menos a mi juicio, tampoco debe magnificarse su contenido o la intensidad de este viraje<sup>62</sup>. Y ello porque a diferencia de [Rüffert](#), en este caso sí existe una norma legal que establecía por sí misma y directamente un salario mínimo sin referencias, por tanto, a un específico convenio colectivo de más amplio campo personal y que, además, no hubiera sido declarado de aplicación general. Y porque frente a [Bundesdruckerei](#) –en el que en cambio sí existía una similar fijación legal del salario

<sup>58</sup> [COM/2012/0130 final - 2012/0064 \(APP\)](#) elaborada sobre la base del Reglamento (CE) 2679/98 del Consejo de 7 de diciembre de 1998, sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros y las propuestas del denominado Informe Monti *Una nueva estrategia para el mercado único al servicio de la economía y de la sociedad de Europa*, de 9 de mayo de 2010, págs. 7 y ss. Véanse, igualmente, las referencias a esta cuestión en la Comunicación de la Comisión [Hacia un Acta del Mercado Único Por una economía social de mercado altamente competitiva Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos](#), Bruselas, 27 de octubre de 2010. COM (2010) 608 final, en especial el punto 2.2 y las propuestas 29 y 30.

<sup>59</sup> [STJUE \(Gran Sala\) de 8 de julio de 2014, asunto C-83/13](#), apartado 41.

<sup>60</sup> En este mismo sentido, véase el completo trabajo de GARCÍA TRASCASAS, A.: «Desplazamiento de trabajadores y acciones colectivas en conflictos transnacionales», en VV. AA.: *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro* (coord. Fotinopoulou Basusko, O.), Atelier, 2017, pág. 300.

<sup>61</sup> MIRANDA BOTO, J. M. y FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Contratación pública y cláusulas sociales en el marco del desplazamiento temporal de trabajadores», en VV. AA.: *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro* (coord. Fotinopoulou Basusko, O.), Atelier, 2017, pág. 226.

<sup>62</sup> En esta línea crítica, véase MOLINA NAVARRETE, C.: «[Libertades económicas y norma laboral. ¿Stop "dumping social"?](#)», *RTSS-CEF*, núms. 401-402, 2016. Más recientemente Id. *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, Wolter Kluwer, cap. segundo, págs. 80 y ss.

mínimo–, en [RegioPost](#) sí nos encontramos un desplazamiento físico de trabajadores a un país distinto del de origen, lo que justificaría la existencia real de una necesidad de tutela de dichos trabajadores como finalidad legítima, como imperiosa necesidad real y no como simple pantalla para justificar la protección de las empresas nacionales frente a la competencia internacional. En realidad, la argumentación de [RegioPost](#) se basa más –al menos a mi juicio– en la forma «correcta» que en este caso se utilizó para la fijación de esta condición, que en un cambio de la propia perspectiva de la [Directiva 96/71](#) que seguramente sigue siendo la misma, como demuestran las nuevas referencias a la [Sentencia Laval](#). Lo que en cambio nadie duda es que el tribunal sí habría dado «indicaciones muy claras de cómo poner en práctica las cláusulas de contenido sociolaboral en la contratación pública». Bienvenida sea por ello.

#### 4. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA PROPUESTA DE NUEVA DIRECTIVA: SU SITUACIÓN ACTUAL

En cualquier caso, y ya para terminar, resulta evidente que el debate sobre esta regulación ha hecho todo menos terminar. La orientación de la jurisprudencia comunitaria, sobre todo la cristalizada en el cuarteto [Laval](#) y que en definitiva tiende a garantizar la inclusión de elementos sociales en la competencia transnacional –y ello, obsérvese, no solo frente a la acción de los Estados, sino incluso contra las acciones colectivas que pudieran adoptar los propios interlocutores sociales–, justificándolo en ocasiones por las mayores dificultades que estos prestadores tienen en tales mercados<sup>63</sup>, ha provocado, como decimos, una notable reacción de rechazo, sobre todo en los países de destino, favoreciendo en ocasiones movimientos nacionalistas, cuando no xenófobos, contra este nuevo tipo de emigrantes, teóricamente en el empleo, pero a través de las cuales se cristalizaría un *dumping* social –en determinados sectores estos trabajadores pueden llegar a percibir un salario cerca del 50 % inferior<sup>64</sup>–, paradójicamente «legal», o incluso, aún más, dotado de primacía sobre los concretos ordenamientos nacionales y en el que ciertas diferencias laborales podrían constituir un elemento legítimo de ventaja competitiva para ciertos prestadores de servicios<sup>65</sup>.

Seguramente por ello no resulta extraño el nacimiento de diversas iniciativas destinadas, en unos casos, a mejorar su grado de cumplimiento –la finalmente formalizada en la [Directiva](#)

<sup>63</sup> De hecho, algunos estudios han llegado a fijar en un 32 % los denominados «costes laborales transfronterizos indirectos» que, además, deberían unirse a los gastos de funcionamiento adicionales que deberían soportar estas empresas. Estos datos en el Dictamen del CESE sobre la «Propuesta de Directiva (...) que modifica la Directiva 96/71/CE (...)» [COM (2016) 128 final – 2016/0070 (COD)].

<sup>64</sup> Véase Dictamen del CESE «Una movilidad laboral más justa en la UE» (2016/C 264/02), punto 4.2.3.

<sup>65</sup> De hecho, y como señalan VOSS, E.; FAIOLI, M.; LHERNOULD, J. P. e IUDICONE, F.: *Posting of Workers...*, cit., pág. 9, hay dos grandes modelos de desplazamientos: el primero para demandas de profesionales altamente cualificados, el segundo, «mainly driven by labour cost differentials».

2014/67– y otras destinadas –aunque fracasadas– a su conciliación con las acciones colectivas de los empleados –**Propuesta de Reglamento** sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en estos ámbitos–, analizadas o mencionadas con anterioridad. Pero parece evidente que no fueron ni son suficientes. Quizás por ello la propia Comisión anunció en su Programa de trabajo de 2016 una revisión específica de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores «para hacer frente a prácticas desleales que conducen al *dumping* social y la fuga de cerebros, asegurándonos», y esta parecía ser la idea clave, «que un mismo trabajo en un mismo puesto tiene la misma remuneración»<sup>66</sup>.

Esta iniciativa cristalizó poco más tarde, el 8 de marzo. No obstante, antes de entrar a enunciar su contenido, lo primero que seguramente debe destacarse es la clara división que esta propuesta provocó, no solo entre los interlocutores sociales –que, por cierto, no fueron consultados a nivel europeo previamente a su publicación–, sino incluso entre los propios Estados miembros. De hecho, fueron muchos los parlamentos nacionales que enviaron dictámenes motivados sobre el respeto o no de esta propuesta al principio de subsidiariedad, a pesar de lo cual la Comisión mantuvo su propuesta<sup>67</sup>. Y es evidente que algunas cuestiones parten realmente en dos a los Estados miembros, lo que sin duda dificultará su aprobación, al menos en algunos de sus apartados, augurando igualmente algunos cambios en su redacción inicial. En cualquier caso, y partiendo –no cabe olvidarlo– de la misma base normativa que la **Directiva 96/71**, la **Propuesta de modificación** se centra en cuatro grandes campos. El primero es, sin duda, el de la remuneración. Y decimos remuneración ya que el primer cambio que plantea esta propuesta es sustituir el controvertido concepto de salario mínimo, en principio fijado por la legislación de cada uno de los Estados miembros<sup>68</sup>, por un término mucho más omnicompreensivo<sup>69</sup>, como es el de la remuneración, del que además, se establece, ahora sí, un concepto comunitario al considerar como tal

<sup>66</sup> Comunicación de la Comisión *Programa de trabajo de 2016. No es momento de dejar las cosas como están*, Estrasburgo, 27 de octubre de 2015, COM (2015) 610 final, pág. 9.

<sup>67</sup> Puede accederse al texto de las mismas en <<http://bit.ly/2wWRJ5I>> (última visita el 5 de octubre de 2017). Un resumen de la posición de las partes en la propia exposición de motivos de la Propuesta aprobada por la Comisión, punto 3.1, disponible en <<http://bit.ly/2xGWofe>> (última visita el 5 de octubre de 2017).

<sup>68</sup> Como recordaba la **STJ (Sala Séptima) de 7 de noviembre de 2013, Isbir, asunto C-522/12**, apartado 37: «la Directiva 96/71 no proporciona por sí misma dato alguno para definir materialmente el salario mínimo. Por lo tanto, la tarea de definir cuáles son los elementos que lo constituyen, para aplicar esta Directiva, depende del Derecho del Estado miembro interesado, con la sola condición de que esta definición, tal como resulte de la legislación o de los convenios colectivos nacionales aplicables, o de la interpretación que de ellos hagan los tribunales nacionales, no tenga el efecto de obstaculizar la libre prestación de servicios entre los Estados miembros». En relación con este mismo tema son igualmente de interés, entre otras, las **SSTJ Comisión contra RFA, asunto C-244/04**, y, sobre todo, **Sähköalojen ammattiliitto, asunto C-396/13**.

<sup>69</sup> De hecho, el considerando 12.bis incorporado por el último Documento de Trabajo al que hemos tenido acceso, de 9 de junio de 2017, <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9882-2017-INIT/ES/pdf>> (última visita el 5 de octubre de 2017) ya señalaba expresamente cómo: «El concepto de "remuneración" debe incluir, entre otras cosas, todos los elementos de cuantías de salario mínimo desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

«todos los elementos de la remuneración (*sic*) obligatorios en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales, los convenios colectivos o los laudos arbitrales declarados de aplicación universal o, a falta de un sistema de declaración de convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación general, otros convenios colectivos o laudos arbitrales a tenor de lo dispuesto en el apartado 8, párrafo segundo, en el Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado el trabajador». En definitiva, se trataría de implementar el concepto ya señalado de «idéntica remuneración para el mismo trabajo en el mismo territorio» limitando así las diferencias y los elementos o ventajas reservadas sociales entre las distintas empresas en competencia, al mismo tiempo que se insiste en la claridad al exigir que los Estados miembros publicarían en el sitio web único de la [Directiva 2014/67](#) los elementos de esta remuneración.

En el último documento de trabajo o informe de situación al que hemos tenido acceso – de 9 de junio de 2017– esta modificación se mantenía de forma sustancialmente similar con la inclusión eso sí, de una primera frase que, acogiendo la posición ya mantenida por el CESE<sup>70</sup>, y sin alterar la definición «comunitaria» de remuneración, sí remitía expresamente su determinación –entendemos cuantificación– al «Derecho y/o las prácticas nacionales del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado». De este modo, el texto articulado enlazaba con el originario considerando 12 de la Propuesta de la Comisión de la que eso sí, la propuesta de junio –además de aclarar que la comparación debía realizarse teniendo en cuenta el importe bruto de la remuneración (considerando 12 ter)– eliminaba las referencias finales relativas a que esta aplicación debía justificarse por la necesidad de proteger a los trabajadores y no debía restringir de forma desproporcionada la prestación transfronteriza de servicios. En cualquier caso, lo cierto es que a junio de este año las posturas sobre este punto parecían seguir enfrentadas con tres grandes bloques: los partidarios de esta redacción, los opuestos, partidarios de explorar otras alternativas, y finalmente los que sostenían la necesidad de una mayor comprensión de este concepto, incluso con una declaración adicional relativa a su cálculo. De ahí que seguramente este parezca ser uno de los elementos más conflictivos para una hipotética adopción de este instrumento.

Por su parte, la segunda modificación, en este caso no controvertida, se centraba en extender directamente la aplicación de las condiciones del artículo 3.1 fijadas en los convenios colectivos de aplicación general a todas las actividades directamente y no solo a las del anexo, lo que suponía, por tanto, suprimir el segundo párrafo del punto 10 de este artículo 3, si bien el documento de trabajo de junio de 2017 ha aprovechado para recordar la necesidad de que estas normas de orden público se apliquen por igual a los empresarios con independencia de su nacionalidad. Además, y lo que es más llamativo, esta misma propuesta de junio incorporaba otras dos condiciones de trabajo al listado tradicional que el empleador debería respetar conforme a su fijación en el Estado de empleo: las condiciones de alojamiento colectivo y los complementos por gastos, manutención y viaje cuando se deba viajar a otro lugar de empleo, incluido un tercer país. Y todo ello sin olvidar que la propuesta obligaba igualmente al Estado de acogida a dar esta misma información en la web única.

<sup>70</sup> Véase el punto 4.1.5 del Dictamen tantas veces mencionado sobre esta propuesta de modificación.

Dejando a un lado el tercer grupo de cuestiones –la adecuación de la normativa de desplazamiento a las nuevas reglas comunitarias sobre ETT sobre las que al parecer existe un amplio consenso– y otras modificaciones menores o que, aparentemente, han sido ya eliminadas en el documento de junio de 2017 –como ocurre con las relativas a la subcontratación–, lo cierto es que, como decimos, la otra gran reforma problemática se centra en los denominados «desplazamientos de larga duración» superiores, por tanto, a 12 meses. Intentando sintetizar al máximo nos limitaremos aquí a recordar cómo la propuesta inicial de la Comisión proponía –en el nuevo art. 2.bis– una aparente «aclaración» del Convenio Roma I ya que, sin modificarlo, se señalaba que «cuando la duración real o prevista del desplazamiento fuese superior a veinticuatro meses» –de duración acumulada en caso de sustitución– «se considerará que el país de destino es el país en el que se realiza habitualmente el trabajo». El intento de acercar esta regulación a la general de Seguridad Social era evidente.

No obstante, en el último documento de trabajo de junio de 2017 la perspectiva se ha modificado significativamente. En vez de abordar la delimitación del país habitual de trabajo, el documento lo que prevé es que cuando la duración real –y no ya la meramente prevista– sea superior a 24 meses «sea cual sea la legislación aplicable» –que, en principio, no tendría por tanto que cambiar–, se le aplicarían «todas las condiciones de trabajo y empleo aplicables establecidas por disposiciones o convenios de aplicación general salvo –y esto es importante– a los procedimientos, formalidades y condiciones de la celebración y la rescisión del contrato de trabajo».

Finalmente, la propuesta desgaja la específica cuestión del transporte, remitiéndola a la [Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE](#) en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la [Directiva 96/71/CE](#) y la [Directiva 2014/67/UE](#) para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera<sup>71</sup>. En relación con la misma, baste aquí señalar cómo de acuerdo con el artículo 2.2 cuando el periodo de desplazamiento a su territorio sea inferior o igual a 3 días en un periodo de 1 mes natural, las normas del Estado miembro de acogida sobre salario mínimo y vacaciones anuales remuneradas no se aplican a los transportes internacionales por carretera. Este umbral temporal no se aplica al cabotaje. El apartado 3 explica, además, el método de cálculo de dichos periodos de desplazamiento.

<sup>71</sup> Bruselas, 31 de mayo de 2017. COM (2017) 278 final. Disponible el 7 de octubre en <<http://bit.ly/2wWSHhT>>.

