



Los desplazamientos transnacionales de las personas trabajadoras: novedades y desafíos de la transposición de la Directiva 2018/957/UE al ordenamiento jurídico español

Manuel Pedro Velázquez Fernández

Inspector de Trabajo y Seguridad Social.

Unidad especial de lucha contra el fraude en el trabajo transnacional del OEITSS

mvelazquezf@mites.gob.es | <https://orcid.org/0000-0002-3158-9407>

Extracto

En este estudio se explica el contenido de la transposición de la Directiva 2018/957 que reforma a su vez la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores en una prestación de servicios transnacional. Se abordan, en concreto, los aspectos relativos al objetivo de lograr la plena igualdad en las retribuciones de las personas desplazadas, el actual marco legal y convencional sobre los alojamientos del personal desplazado en España, que es otra de las novedades que ha introducido la directiva, y las mejoras en el control y regulación de los desplazamientos para evitar situaciones de fraude de ley. Al final se remarcan las cuestiones que han quedado pendientes de desarrollo legal y aplicativo.

Palabras clave: igualdad; salarios; trabajo temporal; alojamientos; fraude.

Fecha de entrada: 13-07-2021 / Fecha de aceptación: 26-07-2021

Cómo citar: Velázquez Fernández, Manuel Pedro. (2021). Los desplazamientos transnacionales de las personas trabajadoras: novedades y desafíos de la transposición de la Directiva 2018/957/UE al ordenamiento jurídico español. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 73-97.



Transnational movements of workers: news and challenges of the transposition of Directive 2018/957/EU into the Spanish legal system

Manuel Pedro Velázquez Fernández

Abstract

This research explains the content of the transposition of Directive 2018/957, which reforms Directive 96/71 on the posting of workers in the transnational provision of services. Specifically, it addresses the aspects relating to the objective of achieving equal pay for posted workers, the current legal and contractual framework on accommodation for posted workers in Spain, which is another of the new features introduced by the directive, and the improvements in the control and regulation of postings to avoid situations of fraud and circumvention. Finally, the issues that remain to be developed in law and application are highlighted.

Keywords: equality; salaries; temporary work; accommodation; fraud.

Citation: Velázquez Fernández, Manuel Pedro. (2021). Transnational movements of workers: news and challenges of the transposition of Directive 2018/957/EU into the Spanish legal system. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 73-97 .



Sumario

1. Origen y alcance de la Directiva 2018/957
2. El objetivo de lograr la igualdad en las retribuciones
 - 2.1. El alcance de las nuevas normas sobre legislación aplicable
 - 2.2. La determinación del convenio colectivo aplicable
 - 2.3. La presunción en favor de conceptos de reembolso de gastos por desplazamiento
3. Reformas que afectan a los desplazamientos de las ETT
4. Las condiciones de alojamiento de las personas desplazadas: una importante faceta orillada
 - 4.1. La regulación del alojamiento de los nacionales de terceros Estados en la UE
 - 4.2. La regulación general del derecho a disponer de un alojamiento
 - 4.3. Las condiciones mínimas de seguridad, higiene y salud que debe reunir un alojamiento
 - 4.4. Las normas sanitarias sobre alojamiento de personas trabajadoras
5. El control del fraude en los desplazamientos
 - 5.1. El establecimiento de límites temporales y personales al desplazamiento
 - 5.2. Las acciones de control e información y el papel de la Autoridad Laboral Europea
6. Cuestiones y retos pendientes

Referencias bibliográficas

1. Origen y alcance de la Directiva 2018/957

Como es bien sabido, los desplazamientos de personas trabajadoras en una prestación de servicios transnacional se regularon por primera vez en la Directiva 96/71 como directa consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 27 de marzo de 1990, asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*, objeto luego de una intensa actividad judicial y de análisis científico¹. En dicha sentencia se reconocía que el trabajo por cuenta ajena de las personas que se desplazaban con su empresa para la prestación temporal de un servicio en otro Estado de la Unión Europea (UE) no se encuentra amparado por el derecho a la libre circulación de personas trabajadoras (del actual art. 45 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–), sino por el derecho a la prestación de servicios (previsto en el actual art. 56 TFUE). En su día, esa distinción tuvo particular interés para España, pues se recordará que en aquel momento Portugal y España se encontraban en la fase de transición prevista en el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas en el que se reconocía a su ciudadanía el derecho a la libre prestación de servicios, pero en cambio se establecía un periodo transitorio para el pleno ejercicio del derecho a la libre circulación para trabajar por cuenta ajena en otros Estados.

Los problemas se agudizaron una década después. Esta misma transitoriedad fue la que posteriormente se aplicó en la primera década de este siglo en los procesos de adhesión a la UE de los países del este. Un proceso nada baladí. Provocó el aumento de los desplazamientos y la preocupación por combatir el uso fraudulento de este derecho regulado ya entonces por la Directiva 96/71. A fin de combatir los crecientes fraudes y abusos se aprobó la Directiva 2014/67, llamada de control de la aplicación (*enforcement*), para complementar y reforzar los mecanismos de vigilancia e inspección del fraude en el desplazamiento regulados por la Directiva 96/71². Con ella se asimilaban como propias algunas de las reglas y mecanismos ya vigentes sobre los desplazamientos temporales en materia de determinación de la legislación aplicable de Seguridad Social que actualmente se encuentran reguladas por los artículos 12.1 del Reglamento 883/2004 y 14.1 y 2 del Reglamento 987/2009, sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social.

Las disposiciones de la «Directiva *enforcement*» no se consideraron suficientes desde muy temprano y ya incluso antes de su entrada en vigor comenzó a nivel comunitario la

¹ De especial interés, en su día, los estudios de Esteban de la Rosa y Molina Navarrete (2000); Fernández-Costales Muñiz (2015); Mella Méndez (2011); Molina Martín (2010).

² Ampliamente, Fotinopoulos Basurko (2015; 2017); Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (2016).

discusión sobre la necesidad de realizar no tanto un refuerzo de los mecanismos de control de los desplazamientos, sino una reforma de algunos de los contenidos esenciales de la Directiva 96/71, para así evitar más eficazmente el fraude y el abuso en el desplazamiento, así como para garantizar más plenamente el derecho a la igualdad entre las personas trabajadoras desplazadas y las contratadas en el país de empleo. Estos fueron básicamente los objetivos de la Directiva 2018/957 tal y como se puede observar en los apartados de su exposición de motivos que ahora se resumen:

- Por un lado, se trata de garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad (apdo. 6) en las condiciones de trabajo.

La aplicación de este principio afecta fundamentalmente a la igualdad en la percepción de todos los conceptos retributivos, tanto de los salarios como de las percepciones extrasalariales para compensar los gastos que ocasiona el desplazamiento (apdos. 8, 17, 18, 19 y 20), ampliando para ambos supuestos la aplicación de los convenios colectivos conforme a las prácticas vigentes en cada Estado. Y, por otro lado, también se trata de garantizar el derecho a la igualdad respecto a las personas trabajadoras de las empresas de trabajo temporal (ETT), tanto para asegurar la percepción de los mismos salarios que se perciben en las empresas usuarias (apdo. 12) como para controlar la situación en la que se encuentran las personas contratadas por una ETT que se desplazan a otro Estado a través de una empresa usuaria (apdo. 13) en lo que se ha venido a llamar el desplazamiento de una ETT «en cadena».

- La directiva también trata de combatir algunas condiciones particularmente abusivas que afectan de modo especial a las personas desplazadas como las relativas al alojamiento (apdo. 7).
- Y, por último, buena parte de su contenido se dedica a reforzar la lucha contra el fraude en los desplazamientos señalando condiciones que aseguren su efectiva temporalidad mediante el establecimiento de límites sobre su duración y sobre el reemplazo de las personas desplazadas de modo similar, aunque no idéntico, a como ya lo hacen las normas de coordinación de sistemas de Seguridad Social (apdos. 9, 10 y 11) y mediante el establecimiento de medidas de información y control que tratan de asegurar la aplicación de las normas laborales del llamado «núcleo duro» vigentes en cada Estado por parte de las empresas desplazadas (apdos. 12 y 21).

La directiva fue aprobada el 28 de junio de 2018 y su completa entrada en vigor se produjo el 30 de junio de 2020 una vez que este era el plazo de vencimiento para su transposición a los ordenamientos jurídicos de los Estados. Ciertamente, en este camino ha encontrado algunos escollos de relevancia, como la propia impugnación de algunos Estados del este, por entender que se exralimitaban las instituciones comunitarias en sus competencias con

esta norma, perjudicando la competencia³. Estos Estados primaban la dimensión liberal de la regulación sobre la social, a fin de seguir manteniendo el diferencial de condiciones de trabajo, sobre todo salariales, como vector de desarrollo en el seno de la UE.

Otros países dilataron la transposición. Como ya ocurrió con la Directiva 2014/67, las instituciones españolas no hicieron la transposición dentro del plazo previsto⁴ y la Comisión ya había comenzado los trámites para exigir su cumplimiento. Se dictó en consecuencia un real decreto-ley para evitar la adopción de medidas coercitivas por parte de la Comisión al igual que ocurrió con el resto de las directivas que se transponen a través del Real Decreto-Ley (RDL) 7/2021, de 27 de abril. Vamos a analizar en este estudio el contenido de la transposición de la Directiva 2018/957 y las particularidades del texto del RDL 7/2021 en lo que afecta a este aspecto y otros que también son relevantes⁵.

2. El objetivo de lograr la igualdad en las retribuciones

Como hemos visto, el primer objetivo de la directiva era el de lograr la igualdad plena y efectiva en la percepción de todos los conceptos retributivos, ya sean salariales o extrasalariales, con la única excepción de los relativos a los regímenes complementarios de jubilación, tal y como señalan los nuevos artículos 3.1 c) y 3.1 bis de la Directiva 96/71 y el nuevo artículo 3.8 de la Ley 45/1999. El desplazamiento temporal ha venido siendo causa de diferencias retributivas ante trabajos de igual valor y en el mismo lugar de prestación de servicios poco justificables, generando agravios perjudiciales para una competencia leal entre Estados. El TJUE ha ido decantando, pese a los inicios más oscuros, un cuerpo de doctrina que favorecía la corrección normativa de los principales defectos, como la muy conocida sentencia Ammattiliitto (STJUE de 12 de febrero de 2015, asunto C-396/13)⁶.

2.1. El alcance de las nuevas normas sobre legislación aplicable

Hasta la entrada en vigor de la Directiva 2018/957, la transposición que habían hecho algunos Estados de la Directiva 96/71 no incluía dentro de las «cuantías mínimas salariales»

³ La STJUE de 8 de diciembre de 2020, asunto C-620/18, confirmó la total validez jurídica de la Directiva 2018/957 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Para un riguroso estudio de la misma, *vid.* Rojo Torrecilla (2021a).

⁴ Como el profesor Eduardo Rojo ha evidenciado (Rojo Torrecilla, 2021b), en la transposición de esta directiva «ha jugado un papel relevante», sin duda, el temor creado por la STJUE de 25 de febrero de 2021, asunto C-658/19, que condena a España por diversos incumplimientos de esta guisa.

⁵ *In extenso*, Contreras Hernández (2020). De gran interés, igualmente, Defossez (2014); Orlandini (2017); Parra Gutiérrez (2020).

⁶ *Vid.* Contreras Hernández (2020, pp. 263 y ss.); Lhernould (2016); Monereo Pérez y Ortega Lozano (2018).

(señaladas entonces así por la directiva) todos los complementos salariales ni tampoco se incluían los conceptos extrasalariales de compensaciones de gastos por viaje, alojamiento y manutención⁷. Ahora, la directiva sustituye el término de «cuantías mínimas de salario» por el de «remuneraciones», que incluye dentro de él todos los conceptos retributivos salariales y, además, también incluye dentro del listado de materias en las que se aplican las normas laborales del país de empleo «los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención previstos para los trabajadores que están fuera de su domicilio por motivos profesionales» (nuevo art. 3.1 i) directiva y art. 3.1 k) Ley 45/1999). Esto solo supone parcialmente una novedad para la legislación española, puesto que la Ley 45/1999 ya incluía dentro del artículo 4 la aplicación de la legislación y convenios colectivos vigentes a todos los complementos salariales, pero, en cambio, no incluía los conceptos extrasalariales por gastos de viaje, alojamiento y manutención.

Respecto al alcance de esta última adición, hay coincidencia en la interpretación de la Comisión Europea y de los Estados. Así, se considera que no incluyen los gastos de viaje desde el Estado de origen al Estado de acogida, sino solamente los gastos que se produzcan durante el desplazamiento en el Estado de acogida, ya que así lo establece la propia directiva y el artículo 3.1 k) de la Ley 45/1999.

2.2. La determinación del convenio colectivo aplicable

La directiva trata de resolver la polémica en cuanto a la aplicación de convenios colectivos que vino marcada históricamente por la exigencia de aplicar a las personas desplazadas solamente los convenios colectivos de efectos generales, también en aquellos Estados en los que esta modalidad propiamente no existía y por costumbre se aplicaban las condiciones pactadas en los convenios colectivos suscritos por un sindicato, normalmente unitario, sin que esos acuerdos tuvieran propiamente el alcance general o universal que entonces exigía la Directiva 96/71.

Este no era el caso de la legislación española, en la que existe una clara distinción entre los convenios estatutarios de aplicación o eficacia general y los convenios extraestatutarios de aplicación limitada a las partes firmantes y a quienes libremente se adhieran a ellos, siendo, además, los convenios estatutarios la modalidad de negociación colectiva más habitual. Sin embargo, en los países nórdicos rige el sistema de negociación colectiva que arriba se ha descrito y todo esto motivó un serio desajuste entre los salarios percibidos por las personas que se desplazan y las que son contratadas en el país de acogida a raíz de

⁷ Entre una copiosa y muy sugerente doctrina jurídico-social, podríamos destacar Casas Baamonde (2001); Miranda Boto (2015).

las polémicas sentencias del TJUE en los asuntos Viking y Laval (2007)⁸. Ese desajuste es lo que se ha intentado ahora corregir con la reforma operada por la Directiva 2018/957 en la que el nuevo artículo 3.8 de la Directiva 96/71 establece que:

A falta de, o además de, un sistema de declaración de aplicación universal de convenios colectivos o laudos arbitrales en el sentido de lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en [...] la aplicación de los convenios «celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional».

Otra cuestión interpretativa relevante y que, en cambio, sí puede afectar de algún modo significativo a nuestra legislación sobre convenios colectivos es la relativa a la aplicación prevalente a las personas desplazadas temporalmente de los convenios de eficacia general que sean sectoriales o profesionales sobre los convenios colectivos de empresa. El artículo 3.4 de la Ley 45/1999 señala a este respecto que:

A los efectos de esta ley, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate.

Este precepto fue el aprobado en la Ley 45/1999 sin haber sufrido ninguna variación posterior y era, en su momento, el principio general vigente para la regulación de las condiciones laborales mediante convenios colectivos. Sin embargo, en el artículo 84.2 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET) actualmente vigente (RDleg. 2/2015) se establece la prioridad de las disposiciones del convenio colectivo de empresa en lo que se refiere a la determinación del salario base y los complementos salariales y, además, una STJUE de 24 de enero de 2002, en el asunto C-164/99, Portugaia Construções Ltda., señaló literalmente en su parte dispositiva que:

El hecho de que un empresario nacional pueda, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, abonar un salario mínimo más bajo que el establecido en un convenio colectivo, declarado de aplicación general, mientras que un empresario establecido en otro Estado miembro no puede hacer lo mismo, constituye una restricción injustificada de la libre prestación de servicios.

Sin embargo, el nuevo artículo 3.8 de la Directiva 96/71 (reformado por la Directiva 2018/957) establece ahora que:

⁸ Vid. Calvo Gallego (2017); Carrascosa Bermejo (2019); Llobera Vila (2016); Molina Navarrete (2016).

[...] los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en los convenios colectivos o laudos arbitrales que sean de aplicación universal en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos [...] siempre que su aplicación a las empresas [...] garantice la igualdad de trato [...] entre dichas empresas y las demás empresas [...] que se hallen en una situación similar.

A la vista de este precepto, podría interpretarse que este nuevo apartado de la Directiva 96/71 pueda hacer viable la aplicación prevalente a las empresas desplazadas de los convenios colectivos sectoriales sobre su propio convenio de empresa, pero siempre y cuando dicha aplicación no vulnerase el derecho a la igualdad de trato con empresas establecidas en España que se encuentren en esa misma situación de tiempo y lugar⁹.

2.3. La presunción en favor de conceptos de reembolso de gastos por desplazamiento

Otra de las cuestiones que afectaban a la igualdad en las percepciones salariales era la relativa al uso de fórmulas ambiguas o incluso fraudulentas en la denominación y percepción de los complementos salariales que en realidad encubrían formas de reembolso por los gastos de viaje, manutención o alojamiento que se encuentran excluidos por la Directiva 96/71 y la Ley 45/1999 del cómputo global de retribuciones a la hora de compararlas con las que se tiene derecho a devengar en el país de empleo o acogida. Es, de hecho, una práctica frecuente que conceptos teóricamente salariales, como es, por ejemplo, el caso de la «ajuda de costo» que se emplea en Portugal, en realidad encubran una compensación o reembolso de los gastos de viaje, alojamiento y manutención.

La Directiva 2018/957, confirmando su propia ambivalencia (algo inherente a las normas comunitarias, más a las que tienen que ver con las libertades económicas y han terminado generando derechos sociales, promoviendo notables mejoras de las garantías de protección, como en el caso de las personas trabajadoras desplazadas temporalmente –movilidad en el empleo–), resolvió que ante situaciones de ambigüedad se debe aplicar la presunción de que dichos conceptos tienen naturaleza de reembolso de los gastos que ocasiona el desplazamiento, no se consideran salario y quedan, por tanto, excluidos del cómputo comparativo de los salarios devengados y los exigibles en el sistema normativo del país de empleo (nuevo art. 3.7 Directiva 96/71 y nuevo art. 3.4 Ley 45/1999). Conviene, sin embargo, atender al criterio más garantista del TJUE, al menos en los últimos años¹⁰.

⁹ Ampliamente, Contreras Hernández (2020, pp. 261 y ss.).

¹⁰ Conviene, no obstante, tener en cuenta la evolución jurisprudencial del TJUE, cada vez más garantista y, en consecuencia, más proclive a la consideración de este tipo de conceptos como salarios. De

En cualquier caso, respecto a estas obligaciones retributivas, la cuestión que en la práctica resulta más relevante no es la relativa a la aplicación de los derechos legales, sino a su efectivo control por las inspecciones de trabajo de los Estados. Especialmente, cuando estas retribuciones se abonan en metálico o los documentos que se muestran ante las autoridades del país de acogida no pueden ser contrastados por estas con otros documentos como las cotizaciones a la Seguridad Social y las contribuciones a Hacienda en el país de origen que quedan fuera de su alcance competencial. En suma, y por todo ello, seguirá siendo imprescindible la colaboración de buena fe de las inspecciones de trabajo de los Estados miembros a fin de combatir este tipo de prácticas fraudulentas. Anomalías de cumplimiento muy extendidas en la práctica, como prueba también la extrema conflictividad judicial que presentan en los últimos años ante el propio TJUE.

3. Reformas que afectan a los desplazamientos de las ETT

En cuanto a las obligaciones para las ETT¹¹, la Directiva 2018/957 estableció formalmente el principio de igualdad salarial con la empresa usuaria que ya se encontraba presente en

interés, al respecto, la STJUE de 8 de julio de 2021, asunto C-428/19 (cuestión prejudicial de un órgano judicial húngaro). Entre otras precisiones, reconoce que el artículo 3, apartado 7, párrafo segundo, de la Directiva 96/71 debe interpretarse en el sentido de que:

[...] una dieta cuyo importe difiere en función de la duración del desplazamiento del trabajador constituye un complemento correspondiente al desplazamiento que forma parte del salario mínimo, a menos que se abone como reembolso de los gastos efectivamente realizados originados por el desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención, o que corresponda a un incremento que modifique la relación entre la prestación del trabajador, por un lado, y la contrapartida que percibe, por otro.

Asimismo, en sector del transporte por carretera –siempre conflictivo en mayor grado, también por prestarse más a esta movilidad–, el TJUE valora que el artículo 10, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 561/2006, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican varios reglamentos:

[...] debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a que una empresa de transporte por carretera pague a los conductores un complemento calculado a partir de un ahorro que se refleja en una disminución del consumo de combustible en relación con la distancia recorrida. No obstante, tal complemento infringiría la prohibición establecida en dicha disposición si, en lugar de vincularse únicamente al ahorro de combustible, recompensase ese ahorro en función de las distancias recorridas o del volumen de las mercancías que vayan a transportarse según un régimen que incite al conductor a conductas de tal naturaleza que puedan comprometer la seguridad en carretera o a cometer infracciones [...].

¹¹ Como ha entendido recientemente la STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-784/19), Team Power Europe, una ETT «ejerce normalmente sus actividades» en un Estado miembro cuando realiza una parte sustancial de su actividad de cesión de personas trabajadoras en favor de empresas usuarias que estén establecidas y ejerzan sus actividades en el territorio de dicho Estado miembro. En la doctrina científica, Gala Durán (2002).

la Directiva 2008/104 (nuevo art. 3.1 ter Directiva 96/71). Una cuestión que no es novedosa en nuestra legislación, puesto que el artículo 4.2 de la Ley 45/1999 así lo establecía en consonancia con el artículo 11 de la Ley por la que se regulan las ETT (LETT).

La novedad principal reside en las nuevas obligaciones para las llamadas ETT desplazadas en cadena, que ahora asumen con claridad (antes era un asunto sujeto a interpretación) la condición de empresa que desplaza personas trabajadoras y están, por tanto, compelidas a realizar algunas obligaciones formales como la comunicación del desplazamiento a las autoridades del Estado de acogida que, de hecho, ya se ha impuesto en la legislación de todos los Estados de la Unión, aunque el artículo 9 de la Directiva 2014/67 lo contemple como una mera facultad de aquellos. El objetivo de esta nueva regulación es mejorar el control sobre estas empresas que solamente aportan mano de obra, si bien hay que tener en cuenta que en la mayor parte de los Estados estas empresas se encuentran ya sometidas a un control administrativo previo sobre su solvencia y que las condiciones del personal de las empresas subcontratistas pueden ser, de hecho, más precarias cuando estas se sustentan por socios o titulares insolventes y sin patrimonio que a veces operan como meros intermediarios. A este respecto, el artículo 12 de la Directiva 2014/67 fijó la necesidad de obligar a los Estados a establecer la responsabilidad solidaria de las contratistas en las obligaciones salariales a fin de evitar tal tipo de fraudes y el artículo 42 del ET ya sirve en nuestro ordenamiento a esta misma finalidad.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el ejercicio efectivo de estos derechos por parte de las personas desplazadas es muy marginal, ya que su presencia en el país de acogida es temporal y los medios de los que disponen para demandar a la empresa contratista o principal son muy precarios salvo que cuenten con la asistencia de los sindicatos del país de acogida. La Ley 45/1999 ya preveía desde su origen las ETT desplazadas en cadena en su artículo 2.2 y las excluía de la aplicación de la LETT por considerar que en lo relativo a los contratos mercantiles de puesta a disposición entre las empresas usuarias y las ETT no era de aplicación la legislación española. Esta exclusión se mantiene en el actual texto legal, si bien se sigue señalando con claridad en el texto de la Ley 45/1999 la sujeción de estas personas trabajadoras a los salarios previstos para las empleadas de la empresa usuaria (art. 4.2) y ahora se añade de forma expresa en el artículo 3.7, también para mayor claridad, puesto que la legislación de Seguridad Social del país de acogida forma parte del llamado núcleo duro de disposiciones aplicables, la necesidad de cumplir con lo dispuesto en el artículo 28.5 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL), que establece la responsabilidad de las empresas usuarias en lo relativo a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo del personal de las ETT.

Por otra parte, la realidad de los desplazamientos de las ETT en cadena ya era tenida en cuenta por la regulación sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Guía práctica de la Comisión Administrativa. La experiencia comunitaria, pues, ha venido siendo muy consciente del problema. No obstante, en lo que, más concretamente, se refiere a la realidad práctica en España, su entrada en juego nunca ha planteado, al menos hasta ahora, especiales problemas aplicativos.

4. Las condiciones de alojamiento de las personas desplazadas: una importante faceta orillada

Además de la nueva inclusión de las percepciones extrasalariales dentro del listado de materias que componen el núcleo duro de aplicación de la legislación del país de acogida, la directiva también incluye la aplicación de las normas nacionales sobre alojamiento a las personas desplazadas por ser este un asunto en el que se han producido frecuentes abusos que han sido objeto de denuncia pública por los sindicatos y otros agentes sociales en sectores como la construcción, el transporte y la agricultura, muy especialmente en este último, que son precisamente los más afectados por los desplazamientos transnacionales.

Uno de los problemas en esta materia es la ausencia de normas armonizadas a nivel europeo, salvo en algunos aspectos que ahora analizaremos, y una ambigua legislación sobre esta materia en España. Hay que recordar a este respecto que la Directiva 96/71 no es un instrumento de armonización de legislaciones, sino una norma que establece cuál es la legislación del país de acogida e imperativamente aplicable a las relaciones laborales de las personas desplazadas (enfoque de regulación de derecho internacional privado del trabajo¹²). La directiva, por lo tanto, no puede suplir la carencia o la ambigüedad de la normativa existente en cada Estado sobre esta materia como a continuación se detalla.

4.1. La regulación del alojamiento de los nacionales de terceros Estados en la UE

A nivel de la UE, la única norma que regula este aspecto es la Directiva 2014/36 que se refiere a la protección de las personas trabajadoras temporeras o estacionales extracomunitarias o provenientes de terceros países. Se da así la paradoja de que el ordenamiento de la UE provea mayor protección a la ciudadanía de Estados terceros que a la propia. Esta directiva, además, se encuentra solo parcialmente transpuesta al ordenamiento español y las disposiciones que regulan las condiciones del uso de vivienda en el artículo 20 no tienen un fiel reflejo en la actual legislación, ya que este artículo dispone algunas medidas como que «podrá exigirse al trabajador temporero el pago de una renta que no resulte excesiva en relación con su remuneración neta y con la calidad del alojamiento. La renta no se deducirá automáticamente del sueldo del trabajador temporero» y que «el empresario facilitará al trabajador temporero un contrato de arrendamiento o documento equivalente en el que figuren claramente las condiciones en las que se arrienda el alojamiento».

Esta dualidad legislativa entre el tratamiento más favorable y protector que se otorga a las personas trabajadoras extracomunitarias sobre las residentes en los Estados de la UE también se da en cierta forma en el propio ordenamiento español. Por una parte, el Real

¹² Gómez Abelleira (2018); Rodríguez-Piñero Royo y Carrascosa González (1996).

Decreto (RD) 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece en su artículo 99.3 a) que «el empleador [debe] poner a disposición del trabajador un alojamiento adecuado que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor y siempre que quede garantizada, en todo caso, la dignidad e higiene adecuadas del alojamiento».

Pero, de forma mucho más precisa y completa, la Orden ISM/1289/2020, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2021, establece en su artículo 3.2 b):

La puesta a disposición del trabajador de un alojamiento adecuado durante la vigencia del contrato de trabajo que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor, así como en las recomendaciones sanitarias, debiendo quedar garantizada, en todo caso, la habitabilidad e higiene adecuada del alojamiento.

Una mención especial se realiza en uno de los ámbitos más problemáticos, como es el agrario. Así: «En el caso del sector agrícola, las condiciones mínimas del alojamiento se recogen en el anexo IX».

La norma reglamentaria precisa que:

La puesta a disposición del trabajador de un alojamiento adecuado se extenderá más allá de la vigencia del contrato en caso de que concurran causas sobrevenidas de fuerza mayor. En estos casos, la obligación se extenderá hasta la finalización de las citadas causas.

Como garantía de fiabilidad del cumplimiento de tan importante obligación, directamente vinculada tanto a la dignidad de la persona como a la salud, se prevé que: «El cumplimiento de esta garantía por el empleador podrá ser objeto de certificación y/o verificación».

De hecho, el citado anexo IX de esta norma recoge la regulación más completa existente en el ordenamiento español sobre las condiciones mínimas de seguridad, higiene y salud que debe reunir el alojamiento de las personas que se desplazan a trabajar a España. Pero no deja de tener importantes limitaciones prácticas. Al respecto, se da la circunstancia de que esta norma es una simple orden ministerial, que tiene un mero carácter temporal anual y que solo es aplicable al personal de Estados ajenos a la UE que se desplaza a España mediante el régimen de contratación en origen.

4.2. La regulación general del derecho a disponer de un alojamiento

En lo que respecta a las condiciones de alojamiento para la generalidad de personas trabajadoras, la única norma aplicable es el RD 486/1997, que regula las disposiciones mínimas de seguridad y salud y que establece en su anexo V.A), apartado 4.2.º, que:

En los trabajos al aire libre en los que exista un alejamiento entre el centro de trabajo y el lugar de residencia de los trabajadores, que les imposibilite para regresar cada día a la misma, dichos trabajadores dispondrán de locales adecuados destinados a dormitorios y comedores.

De nuevo estamos ante normas imperativas. Concretamente es una norma de seguridad y salud en el trabajo. Formalmente, viene a transponer la Directiva 89/654/CEE que, sin embargo, no establece ninguna regulación sobre alojamiento en dormitorios y comedores, sino solamente sobre lugares de descanso en el lugar de trabajo. No existe, por tanto, una regulación europea de seguridad y salud sobre esta materia y tampoco hay un consenso entre los Estados de la UE sobre la forma de regular la misma, ya que esta puede contemplarse como un derecho laboral, normalmente como una forma de salario en especie, o como una materia propia de la seguridad y salud en el trabajo, en cuyo caso se puede interpretar que ya era una normativa de aplicación a las personas trabajadoras desplazadas como lo es toda la legislación en esta materia.

Conforme a nuestra legislación, cabe también contemplar ambas opciones, puesto que normalmente se admite que la obligación de facilitar alojamiento puede ser reemplazada por el derecho a percibir una dieta que cubra ese gasto y cuya cuantía estaría en cada caso determinada por el convenio colectivo aplicable. En este caso, la obligación tiene un carácter salarial, la empresa se liberaría de sus obligaciones con el pago de una dieta y el problema del alojamiento entonces se traslada a la posible falta de disponibilidad de este en lugares cercanos al centro de trabajo o la posible elección por las personas afectadas de alojamientos en precarias condiciones. En todo caso, también puede haber problemas para interpretar el alcance de la disposición citada del RD 486/1997 en lo que respecta a la consideración de qué se entiende por lugar de residencia y la distancia que puede haber con él a la hora de fijar la imposibilidad de volver a diario.

En cuanto a la primera cuestión, habría que dilucidar si se trata del lugar de residencia habitual o si también cabría entender que comprende cualquier vivienda en la que las personas trabajadoras de hecho residan durante la duración de su contrato laboral. Además, en la práctica resulta frecuente que dichas personas sean empleadas por distintas personas empleadoras durante una misma temporada agrícola o que enlacen su prestación de servicios por temporadas sucesivas, con lo cual habría diversidad de contratos temporales.

Para determinar en qué casos se considera que las personas trabajadoras temporeras agrarias no pueden volver a diario a su lugar de residencia, a veces se ha recurrido, por analogía, a lo señalado en el artículo 2.2 del RDL 13/2020, por el que se establecen medidas urgentes en materia de empleo agrario. Más particularmente, conviene recordar lo que en ella se prevé a tales efectos. Así:

Se entenderá que existe en todo caso proximidad cuando el domicilio del trabajador o el lugar en que pernocte temporalmente mientras se desarrolla la campaña

esté en el mismo término municipal o en términos municipales limítrofes del centro de trabajo. Las comunidades autónomas podrán ajustar este criterio en función de la estructura territorial teniendo en cuenta el despoblamiento o la dispersión de municipios.

Como era de esperar, y de lamentar, se abría un riesgo de disparidad. Era claro que las comunidades autónomas llamadas a determinar esas normas podían recurrir a diferentes criterios de proximidad. Y la posible (y lamentable) disparidad se ha actualizado en diversidad reguladora.

Así, por ejemplo, en La Rioja se ha dispuesto que sean 80 kilómetros¹³, mientras que en Aragón son 50 kilómetros¹⁴. Ante esta situación, a todas luces confusa, los convenios colectivos parecen una fuente de regulación más fiable para determinar las obligaciones de las empresas y los derechos de personas trabajadoras temporeras del campo a una vivienda o, en su lugar, el derecho a las dietas o la compensación de los gastos que ocasione pernoctar cerca de los lugares en los que se desarrolla el trabajo agrícola.

De hecho, algunos convenios colectivos del sector agrario reconocen este derecho a la vivienda o, en su defecto, el derecho a recibir dietas cuando las personas trabajadoras no residan en las cercanías de las explotaciones agrícolas en las que trabajan y no puedan ir y volver con facilidad desde el lugar de residencia al lugar de trabajo en el mismo día. En algunas ocasiones, los convenios también establecen la distancia mínima en kilómetros entre el lugar de residencia y el de trabajo para poder tener derecho a las dietas por alojamiento. También hay convenios que establecen que el alojamiento deberá cederse de forma gratuita (Huelva) y otros que establecen un límite de lo que se puede descontar del sueldo por este concepto en un 15 % (Almería). En ningún caso, este descuento podrá superar el 30 % de las percepciones salariales de la persona trabajadora, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional, como así señala el artículo 26.1 del ET.

En todo caso, la inmensa mayoría de los convenios colectivos del sector agrícola son provinciales, en muchos casos su actual vigencia es dudosa por el transcurso del periodo para el que fueron acordados e, incluso, en algunos supuestos, hay varios convenios por provincia divididos por subsectores agrícolas. En suma, una vez más, la dispersión es muy acentuada. Se carece a este respecto de un convenio o acuerdo estatal que establezca una regulación armonizada sobre este tema y cuya vigencia temporal quede asegurada.

¹³ Resolución 280/2020, de 14 de abril, de la Consejería de Agricultura. <https://web.larioja.org/bor-portada/boranuncio?n=12701404-3-HTML-530806-X>.

¹⁴ Así lo señala el artículo 4.1 a) del Decreto-Ley 2/2020, de 28 de abril, del Gobierno de Aragón. [https://www.cortesaragon.es/bases/boca2.nsf/\(BOCAID\)/B45F37EE5AAF5F44C125856F002E3EE5?OpenDocument](https://www.cortesaragon.es/bases/boca2.nsf/(BOCAID)/B45F37EE5AAF5F44C125856F002E3EE5?OpenDocument).

4.3. Las condiciones mínimas de seguridad, higiene y salud que debe reunir un alojamiento

La regulación legal de las condiciones mínimas que debe tener el alojamiento que proporciona la persona empleadora se encuentra también dispersa en varias normas legales. El RD 486/1997, que regula las disposiciones mínimas de seguridad y salud, solamente señala en su anexo V.A), apartado 4.3.º, que: «Los dormitorios y comedores deberán reunir las condiciones necesarias de seguridad y salud y permitir el descanso y la alimentación de los trabajadores en condiciones adecuadas».

Sin embargo, el propio RD 486/1997 establece en su disposición derogatoria única que el mismo no es de aplicación a determinados lugares de trabajo, en concreto los previstos en el artículo 1.2, que son los siguientes:

- Los medios de transporte utilizados fuera de la empresa o centro de trabajo, así como a los lugares de trabajo situados dentro de los medios de transporte.
- Las obras de construcción temporales o móviles.
- Las industrias de extracción.
- Los buques de pesca.
- Los campos de cultivo, bosques y otros terrenos que formen parte de una empresa o centro de trabajo agrícola o forestal pero que estén situados fuera de la zona edificada de los mismos.

Como se puede observar, esta disposición atañe a los tres sectores más afectados por los desplazamientos, como son el transporte, la construcción y la agricultura, y, además, respecto a esta última, se señala que solo se excluyen los lugares situados «fuera de la zona edificada» del centro de trabajo. Puede interpretarse que, conforme a esa disposición derogatoria, en estos lugares de trabajo se sigue aplicando lo dispuesto en la vieja Ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo (OGSHT), aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971. Así, podría decirse que en estos casos se aplica lo dispuesto en los artículos 34 a 50 de la OGSHT que además ofrecen una regulación mucho más completa y exhaustiva que la parca regulación del RD 486/1997, aunque su redacción sea visiblemente obsoleta.

Pero cabría también preguntarse si esa exclusión de la disposición derogatoria única del RD 486/1997 solo afecta al lugar de ejecución de esas tareas, pero no a la obligación de proveer dormitorios y comedores prevista en el anexo V, y también si esa obligación comprende la necesidad de poner a disposición un lugar de dormitorio y comedor fuera del centro de trabajo. Respecto a esto último, la Ley 8/2020, de 16 de diciembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación, establece en su exposición de motivos que independientemente del carácter obligatorio o no de la puesta a disposición de dichos lugares por parte de las empresas (sea vía convencional, contractual o legal),

una vez que los alojamientos son puestos a disposición de las personas trabajadoras, estos pasan a constituir un elemento de la relación laboral, resultando imprescindible que reúnan las adecuadas condiciones de higiene, salubridad y habitabilidad, de acuerdo con el deber de protección preventiva ex artículo 14 de la LPRL.

Sin embargo, esto tampoco contribuye a aclarar la situación, puesto que el texto de la exposición de motivos no se traslada después a la parte dispositiva de esta norma legal. Además, su texto es ambiguo, ya que no aclara el contenido de la obligación de la puesta a disposición de alojamientos por parte de la empresa, la simple referencia al artículo 14.2 de la LPRL resulta tan insuficiente como el propio texto del anexo V del RD 486/1997 y, además, el ámbito de esta norma se refiere solamente al sector agrícola y alimentario. Lo que sí hizo la Ley 8/2020 es reafirmar la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como autoridad competente. A tal fin reformó el artículo 19.1 a) de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A su tenor, el actuar inspector no solo podrá realizarse en:

[...] las empresas, los centros de trabajo y, en general, los lugares de trabajo en que se ejecute la prestación laboral, aun cuando estén directamente regidos o gestionados por las Administraciones públicas o por entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes [...], con sujeción, en este último caso, a lo previsto en la normativa que regula dicha actuación [...], [sino que] se podrá ejercer también en locales, viviendas, u otros lugares habilitados, aun cuando no se encuentren en las empresas, centros y lugares de trabajo en que se ejecute la prestación laboral, en los que residan, se alojen o puedan permanecer los trabajadores por razón de su trabajo durante los periodos de descanso, y hayan sido puestos a disposición de los mismos por el empresario, en cumplimiento de una obligación prevista en una norma legal, convenio colectivo o contrato de trabajo.

Como señala el preámbulo de la Ley 8/2020, por aplicación del artículo 18.2 de la Constitución española y del artículo 13.1 de la Ley 23/2015, cuando la visita de inspección se haga al lugar que coincida con el domicilio de las personas trabajadoras, es exigible la obtención del consentimiento expreso de las mismas o, en su defecto, de la oportuna autorización judicial. La aprobación de esta norma ha tenido el efecto de asegurar la competencia de la Inspección para vigilar los alojamientos situados fuera del lugar o centro de trabajo. En cambio, no ha servido para aclarar el contenido y alcance de las obligaciones legales de las empresas de proporcionar alojamiento.

También hay convenios del sector agropecuario que regulan las condiciones de seguridad, higiene y salud de los alojamientos¹⁵. Sin embargo, estas regulaciones suelen ser más parcas que las normas legales o incluso suelen referirse al contenido de estas.

¹⁵ Estos son algunos ejemplos: el artículo 46 del Convenio de Almería (<http://chil.me/download-file/104758-231716>), el anexo I del Convenio de Córdoba (<http://chil.me/download-file/104758-231718>) y el artículo 38 del Convenio de Zaragoza (<http://chil.me/download-file/104758-231724>).

4.4. Las normas sanitarias sobre alojamiento de personas trabajadoras

Por otro lado, el problema de las condiciones de los alojamientos también es un tema que puede desbordar el ámbito de las relaciones laborales y esto ocurre cuando los locales no los facilita la empresa o esta se limita a dar una dieta o compensación extrasalarial por este concepto. Algunas comunidades autónomas han aprobado normas sanitarias sobre las condiciones que deben reunir los alojamientos de las personas trabajadoras agrarias, como es el caso del País Vasco con la aprobación del Decreto 248/2006, de 28 de noviembre, por el que se regulan los requisitos mínimos materiales y funcionales de los alojamientos para personal temporero, así como la autorización, registro y acreditación de los mismos.

Es importante advertir que el control de las condiciones de salud e higiene de las viviendas que no sean proporcionadas por las empresas corresponde a las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas o, en su caso, de las Administraciones locales, ya sean diputaciones, ayuntamientos u otras entidades. Además, la pandemia de la COVID-19 ha ocasionado la aparición de normas y, sobre todo, de recomendaciones sobre las condiciones de aislamiento que deben darse en los alojamientos, en especial de las personas trabajadoras agrícolas. Es el caso, por ejemplo, de la Guía del Ministerio de Sanidad para la prevención del COVID-19 en las explotaciones agrícolas que vayan a contratar a temporeros/as, de 3 de agosto de 2020. O, igualmente, el caso de algunas normas autonómicas como la Orden de 1 de septiembre de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la comunidad autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria en las explotaciones agrarias, forestales y agroforestales con contratación de personas trabajadoras temporales, o las recomendaciones del Gobierno de Aragón para la prevención y control del coronavirus (COVID-19) en las explotaciones agrícolas que vayan a contratar a temporeros/as.

En definitiva, de todo ello se desprende que el problema de la garantía de los alojamientos también puede trascender el ámbito laboral y afectar a normas generales de salud pública, con lo que se evidencia no solo su trascendencia, sino también su complejidad, igualmente a los efectos de control por parte de las inspecciones públicas. En última instancia, encontraríamos una manifestación concreta, a menudo olvidada, lo que no es baladí en países como España, de la gran dificultad para el acceso a la vivienda, que confirma que, en estos temas, igualmente se está ante un auténtico derecho social humano de quien se desplaza (por y en el empleo).

5. El control del fraude en los desplazamientos

Como hemos visto, otro gran objetivo de la Directiva 2018/957 era el de definir con claridad el perfil temporal de los desplazamientos para diferenciarlos de las situaciones de libre circulación de personas trabajadoras que no están sujetas a dicha temporalidad y reforzar

la acción administrativa de información y control sobre los desplazamientos. Buena prueba de su trascendencia, extensión y complejidad la hallaremos tanto en la gran frecuencia de los conflictos judiciales al respecto¹⁶, que aquí esconden controversias entre Estados, realmente, cuanto la propia necesidad de crear una Autoridad Laboral Europea¹⁷ en la materia.

5.1. El establecimiento de límites temporales y personales al desplazamiento

La anterior regulación no establecía un límite temporal a los desplazamientos y esto favorecía situaciones de confusión y ambigüedad, como el hecho de que estos desplazamientos pudiesen durar hasta 5 años, siguiendo así de forma paralela el régimen establecido para las obligaciones de Seguridad Social para la movilidad temporal en el que se establece un periodo legal máximo de 24 meses que a menudo suele ser ampliado mediante acuerdos mutuos entre las instituciones competentes de los Estados (previstos en el art. 16 Reglamento 883/2004) a 60 meses, es decir, a 5 años.

El paralelismo entre la regulación de la legislación laboral aplicable a los desplazamientos que realiza la Directiva 96/71 y la legislación sobre legislación de Seguridad Social aplicable a los supuestos de movilidad que realizan los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 se ha hecho bastante evidente a lo largo de la práctica jurídica que ha tenido lugar en los últimos 20 años. Hay que tener en cuenta que ambas legislaciones tienen objetivos diversos. En el caso de la Directiva de desplazamiento, el objetivo básico es asegurar el cumplimiento de la legislación laboral básica (el núcleo duro) del país de empleo o acogida a las personas desplazadas y en el otro, por el contrario, el objetivo es el mantenimiento de la legislación de Seguridad Social del Estado de origen para evitar en lo posible la fragmentación del historial de afiliaciones y cotizaciones a la Seguridad Social de las personas que practican la movilidad.

Los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social cubren además un ámbito más amplio que abarca también otros supuestos de movilidad como los que afectan a los trabajadores/as por cuenta propia, los referidos a la libre circulación de trabajadores/as dentro de una empresa o grupo de empresas que no están afectados por la prestación de un servicio determinado y los relativos a la movilidad laboral normal o habitual en dos o más Estados de la Unión como ocurre típicamente en actividades como el transporte internacional. Aun así, los principios en la aplicación de ambas normativas tienden progresivamente a asimilarse.

¹⁶ Entre otras muchas, las SSTJUE de 2 de abril (asuntos acumulados C-370/17 y 37/18) y de 14 de mayo de 2020 (asunto C-17/19). Muy útil el seguimiento que, al respecto, vienen haciendo profesores/as como Rojo Torrecilla (2020a; 2020b).

¹⁷ <https://www.ela.europa.eu/>.

Así ocurrió con el artículo 4.2 de la Directiva 2014/67 a la hora de definir los requisitos exigibles a empresas para poder desplazar personas trabajadoras que en gran medida eran los ya establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, el artículo 14.2 del Reglamento 987/2009 y la Decisión A2 y la Guía práctica de la Comisión Administrativa de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social. En esta ocasión se han impuesto por la Directiva 2018/957 unos límites temporales y personales que también se asemejan a los previstos en el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, pero con algunas particularidades que ahora vamos a ver. Hay que apuntar que probablemente hubiera sido mejor la opción de una completa armonización entre ambas normativas, ya que esto, sin duda, hubiera contribuido a dar una mayor claridad a su interpretación y aplicación efectiva. Desgraciadamente, esta armonización no ha llegado a producirse. Estos son, en resumen, los parecidos y las diferencias entre ambas regulaciones:

- Por un lado, la directiva y ahora también el artículo 3.8 de la Ley 45/1999 establecen como límite temporal al desplazamiento un periodo de 12 meses que podría ser prorrogado por otros 6 siempre y cuando se comuniquen los motivos a las autoridades competentes de cada Estado.

El artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 fija, en cambio, un periodo máximo de 24 meses que podría ser prorrogado por acuerdo mutuo entre las instituciones competentes de Seguridad Social de los Estados como ya se ha indicado. Los plazos fijados por los reglamentos de Seguridad Social son, por lo tanto, más amplios y flexibles que los de la directiva.

- Pero, por otro lado, la directiva y ahora también el citado artículo 3.8 de la Ley 45/1999 establecen la imposibilidad de que una empresa reemplace a las personas desplazadas por otras que realicen el mismo trabajo en un mismo lugar.

En cambio, el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 establece literalmente la prohibición de que dicha persona «no sea enviada en sustitución de otra persona enviada». La Guía práctica de la Comisión Administrativa ha entendido que esta prohibición se refiere a la imposibilidad de sustitución de una persona trabajadora desplazada por cualquier otra de la misma condición, sea o no de la misma empresa¹⁸, y la STJUE de 6 de septiembre de 2018, en el asunto C-527/16, *Alpenrind*, ha reafirmado este criterio interpretativo¹⁹. Con lo cual, en lo que respecta

¹⁸ Así lo señala literalmente el apartado 7 de la parte primera de la Guía práctica de la Comisión Administrativa:

[...] si una actividad en la empresa a la que ha sido desplazado el trabajador en el Estado miembro A era realizada con anterioridad por un trabajador desplazado del Estado miembro de envío B, este último trabajador no puede ser sustituido inmediatamente por un nuevo trabajador desplazado, cualquiera que sea su Estado miembro de procedencia.

¹⁹ Conforme se establece en el punto 3 del fallo de esta STJUE (*vid.* también apdo. 100):

El artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que un trabajador

a la prohibición de sustitución de personas desplazadas, la normativa laboral de la directiva resulta en esto más flexible que la prevista en los reglamentos de Seguridad Social.

En cualquier caso, las consecuencias del incumplimiento de estos plazos en una y otra normativa son similares, ya que en uno y otro supuesto el resultado es la aplicación íntegra de la legislación laboral y de Seguridad Social del país de empleo o acogida tal y como señala literalmente el nuevo artículo 8 bis, apartado 6, de la Ley 45/1999. Para la Directiva 96/71, esta consecuencia no es tan importante y significativa, porque la legislación laboral del país de acogida ya se tenía que aplicar en las disposiciones básicas que componen el núcleo duro de normas aplicables previsto en el artículo 3, que se corresponde, asimismo, con las materias enumeradas por el artículo 3 de la Ley 45/1999.

Sin embargo, las consecuencias en la legislación de Seguridad Social tienen mucho mayor calado, puesto que implican un cambio absoluto de la legislación aplicable. Por este motivo, el fraude en los desplazamientos tendrá siempre implicaciones de mayor trascendencia en materia de Seguridad Social que en materia laboral.

El problema para poner en práctica esta regulación en España es de orden administrativo. España es el único Estado de la UE que carece de una base de datos centralizada de las comunicaciones de desplazamiento que en la actualidad se dirigen solamente a las Administraciones de las comunidades autónomas. La creación de esta base central de datos de comunicaciones de desplazamiento está prevista en la disposición adicional sexta de la Ley 45/1999, pero su ejecución se encuentra pendiente de un desarrollo reglamentario y la creación de una herramienta tecnológica que lo haga posible. Para el desarrollo de otros mecanismos de control a nivel europeo como la transmisión electrónica de los documentos A1 de certificación de afiliación a la Seguridad Social de los trabajadores/as móviles, seguramente habrá que esperar a la puesta en práctica de la pasarela digital europea en diciembre de 2023, según se prevé en el Reglamento 2018/1724, y para el establecimiento de una tarjeta con un número europeo de Seguridad Social, habrá que esperar al desarrollo del Plan de Acción de 2021 del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

enviado por su empleador a otro Estado miembro para realizar un trabajo sea sustituido por otro trabajador enviado a su vez por otro empleador, ha de considerarse que el segundo se ha «enviado en sustitución de otra persona» a efectos de esa disposición, de modo que no podrá acogerse a la norma particular establecida en la disposición para seguir sujeto a la legislación del Estado miembro en que su empleador ejerza normalmente sus actividades.

No es relevante a este respecto la circunstancia de que los empleadores de los dos trabajadores de que se trate tengan su domicilio social en el mismo Estado miembro o en su caso mantengan vínculos personales u organizativos.

5.2. Las acciones de control e información y el papel de la Autoridad Laboral Europea

Por último, la Directiva 2018/957 y la nueva disposición adicional novena de la Ley 45/1999 establecen de manera clara la necesidad de que los Estados informen sobre las condiciones de desplazamiento a través de su respectiva web y en otros apartados insisten en la necesidad de que se atiendan las peticiones de cooperación entre los Estados para el control de los desplazamientos que ya estaban reflejados en la Directiva 2014/67. Estas obligaciones no son en ningún caso novedosas, puesto que ya estaban previstas en anteriores normas y prácticas administrativas, pero lo que puede suponer un verdadero paso adelante es la creación de la Autoridad Laboral Europea por el Reglamento 2019/1149 y las posteriores acciones que esta autoridad como los Estados realicen para dar contenido real a los objetivos contemplados en dicho reglamento.

En concreto, desde la Autoridad Laboral Europea se han puesto ya en marcha procesos para mejorar la información de la web de los Estados en materia de movilidad laboral, se han establecido reglas para las inspecciones concertadas y conjuntas de los Estados y se están desarrollando campañas europeas en sectores especialmente afectados por la movilidad como el agrícola.

En España, por su parte, se ha creado dentro del Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (OEITSS) una unidad especial para la lucha contra el fraude en el trabajo transnacional que sirve para coordinar todas las acciones de este organismo en el ámbito de la Autoridad Laboral Europea y las acciones de cooperación con otros organismos dentro de ese mismo ámbito.

6. Cuestiones y retos pendientes

Siguiendo el hilo de todo cuanto se ha expuesto en este estudio jurídico, expositivo y crítico a la vez, estas son, a mi juicio, las principales cuestiones y retos que quedan pendientes de desarrollo y aplicación en el marco de esta materia²⁰:

- En primer lugar, en cuanto a las retribuciones salariales y extrasalariales es necesario aumentar la cooperación entre las inspecciones de los Estados en el marco de las acciones de la Autoridad Laboral Europea. Es conveniente que esta cooperación sea estable y continua y esté presidida por el principio de mutua confianza y buena fe entre las autoridades estatales.

²⁰ En esta línea de plantear la necesidad de nuevos progresos en materia tan relevante, *vid.* Contreras Hernández (2020, pp. 301 y ss.).

- En segundo lugar, en lo que respecta a combatir la insolvencia de las empresas desplazadas y las situaciones de indefensión que se originan para las personas trabajadoras afectadas por estas situaciones, es necesario afianzar las acciones de los sindicatos europeos ante las jurisdicciones sociales o laborales y la acción de cooperación de las inspecciones de trabajo europeas en la persecución de estos supuestos con el fin de evitar la impunidad de estas empresas en los Estados de empleo y de origen.
- En tercer lugar, es conveniente mejorar el actual marco legal sobre los alojamientos de personas desplazadas para trabajar de forma temporal ya sea en actividades agrícolas o en otros sectores. Ese marco legal se vería notoriamente reforzado si existiera, a su vez, un marco de negociación colectiva entre los agentes sociales para abordar este asunto en los sectores más afectados.
- En cuarto lugar, es preciso el pleno desarrollo reglamentario de la Ley 45/1999 en lo que respecta a la base central de datos de las comunicaciones de desplazamiento (disp. adic. sexta), la ejecución transnacional de sanciones administrativas (disp. adic. séptima) y la declaración de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de las personas desplazadas (art. 6.4).
- En quinto lugar, será preciso desarrollar en plazo, a más tardar en 2022, la aprobación de las normas que transpongan la Directiva 2020/1057 sobre el transporte por carretera, un sector que en su día fue excluido de la regulación de la Directiva 2018/957 por sus características especiales.
- Y, por último, si el proceso legislativo por fin se normalizara, sería también conveniente reestructurar y reordenar los contenidos de la Ley 45/1999 para asegurar su mejor entendimiento y una aplicación coherente.

Referencias bibliográficas

- Calvo Gallego, Francisco Javier. (2017). [De las migraciones por el empleo a las migraciones en el empleo: las normas como venta competitiva entre Estados y el riesgo de dumping social](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 416, 17-51.
- Carrascosa Bermejo, Dolores. (2019). Desplazamiento en la UE y *dumping* social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 142, 37-70.
- Casas Baamonde, María Emilia. (2001). *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*. Civitas.
- Contreras Hernández, Óscar. (2020). *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*. Bomarzo.
- Defossez, Alexandre. (2014). La Directive 2014/67/UE relative à l'execution de la Directive 96/71 concernant le détachement

- de travailleurs: un premier pas dans une bonne direction. *Revue Trimestrielle de Droit Europeen*, 1(50), 833-848.
- Esteban de la Rosa, Gloria y Molina Navarrete, Cristóbal. (2000). Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia. Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 205, 3-56.
- Fernández-Costales Muñiz, Javier. (2015). Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del derecho extranjero. Eolas.
- Fotinoupolos Basurko, Olga. (2015). Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. *Revista de Derecho Social*, 70, 123-147.
- Fotinoupolos Basurko, Olga. (2017). Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. temporalidad en las normas del derecho internacional privado de derecho europeas. En Olga Fotinoupolos Basurko (Coord.ª), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro* (pp. 249-274). Atelier.
- Gala Durán, Carolina. (2002). Actividad en España de empresas de trabajo temporal de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo. En María Emilia Casas Baamonde y Salvador del Rey Guanter (Dir.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales: comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional* (pp. 281-324). Consejo Económico y Social de España.
- Gómez Abelleira, Francisco Javier. (2018). Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(10), 213-232. <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4113>.
- Lhernould, Jean-Philippe (Coord.). (2016). *Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/CE in a selecter number of Member Sate and sectors*. Publications Office of the European Union.
- Llobera Vila, Mireya. (2016). Codificación de los principios del TTIP en la reforma de la Directiva 96/71/CE: un escalofriante futuro. *Revista de Derecho Social*, 76, 133-151.
- Mella Méndez, Lourdes. (2011). Protección de los trabajadores «versus» libre prestación de servicios en el ámbito europeo: el caso Laval (STJCE de 18 de diciembre de 2007; asunto C-341/05). En Francisco Javier Gárate Castro (Coord.), *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)* (pp. 127-142). Aranzadi Thomson Reuters.
- Miranda Boto, José María. (2015). De nuevo sobre la noción de salario mínimo en los desplazamientos transnacionales de trabajadores. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 191-194.
- Molina Martín, Amparo. (2010). *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*. Aranzadi.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2016). Libertades económicas y norma laboral: ¿stop «dumping social»? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 401-402, 5-18.
- Monereo Pérez, José Luis y Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel. (2018). Sobre unas condiciones laborales equivalentes en la Unión Europea: a propósito de la Directiva (UE) 218/957 de desplazamiento de

- trabajadores y la propuesta de reglamento por la que se crea la Autoridad Laboral Europea. *La Ley: Unión Europea*, 62.
- Orlandini, Giovanni. (2017). Desplazamiento transnacional y *dumping* salarial en la Unión Europea. *Revista de Derecho Social*, 78, 139-148.
- Parra Gutiérrez, Juan Pablo. (2020). El desplazamiento de trabajadores tras la Directiva 2018/957. Razones para la reforma, principales aspectos y perspectivas de futuro. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 65, 52-70.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel. (2016). El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 5, 407-416.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel y Carrascosa González, Javier. (1996). Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Impacto en el sistema jurídico español. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 1.335-1.374.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (7 de abril de 2020 –2020a–). Nuevamente sobre la importancia de la intervención previa a la vía judicial de la comisión administrativa para la seguridad social de los trabajadores migrantes. ¿Se combate realmente el *dumping* social? Notas a la sentencia del TJUE de 2 de abril (asunto C-370/17 y 37/18), y recordatorio obligado de la jurisprudencia anterior. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/04/ue-nuevamente-sobre-la-importancia-de.html>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (15 de mayo de 2020 –2020b–). ¿Trabajadores desplazados? A vueltas con el «efecto vinculante» y sus límites (normativa de Seguridad Social) de los certificados E-101 y A1. Notas a la sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2020 (asunto C-17/19). *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/05/trabajadores-desplazados-vueltas-con-el.html>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (14 de enero de 2021 –2021a–). Plena validez jurídica de la Directiva 2018/957 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Notas a la sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2020 (asunto C-620/18). *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/01/plena-validez-juridica-de-la-directiva.html>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (29 de abril de 2021 –2021b–). Desplazamiento de personas trabajadoras. Transposición de la Directiva (UE) 2018/1957. Texto comparado del RDL 7/2021 de 27 de abril y de las normas modificadas. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/04/desplazamiento-de-personas-trabajadoras.html>.

