

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

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

ORCID: 0000-0001-7999-2740

## 1. Introducción

De acuerdo con la información proporcionada por la propia Comisión Europea durante el año 2017<sup>1</sup> se produjeron más de dos millones y medio de desplazamientos temporales de asalariados<sup>2</sup> a otros países de la Unión o del Espacio Económico Europeo<sup>3</sup>. Si a esta cifra sumamos los cerca de 220.000 formularios expedidos igualmente para que autónomos o trabajadores por cuenta propia pudieran realizar durante dicho año este mismo tipo de prestaciones temporales en otros países de la Unión, tendríamos, en definitiva, un total de menos de tres millones de formularios y, por tanto, de desplazamientos; un número este que, a pesar de su notable crecimiento, sobre todo durante estos últimos años, supondría, siempre según estos mismos

---

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

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

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

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

estudios, un porcentaje aún bastante limitado –en torno al 1,2%– del total de la población ocupada en la Unión Europea<sup>4</sup>.

Pues bien, seguramente lo primero que sorprende al abordar esta cuestión es la relevante importancia que la misma ha ido adquiriendo, no solo en el ámbito científico y académico, sino también, y sobre todo, en las discusiones tanto dentro de la propia Unión Europea, como singularmente en algunos de sus países centrales, especialmente en Francia, pero también en Dinamarca o Suecia. De hecho, basta comprobar las sucesivas declaraciones, estudios, comunicaciones e incluso actos normativos que, especialmente durante estos últimos quince años, han ido abordando esta materia<sup>5</sup> para comprobar su singular centralidad en el plano doctrinal, político o incluso legislativo, no solo nacional, sino también a nivel de la Unión Europea. Y ello, creemos, no tanto por el número específico de trabajadores o empleados ocupados en este tipo de desplazamientos –aunque es cierto que su número no deja de crecer<sup>6</sup>–, sino también, o sobre todo, por ser uno de los ejemplos más claros y cualificados de la posible erosión que, tanto los fenómenos de internacionalización, como sobre todo la expansión y tutela de las libertades económicas fundamentales –y tradicionales– de la Unión Europea podrían llegar a tener sobre los tradicionales sistemas de protección socio-laboral establecidos en cada uno de los Estados miembros<sup>7</sup>.

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

---

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

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

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

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

el Estado receptor a los trabajadores desplazados –obsérvese, no precisamente a sus nacionales– como interés que justificaría –con ciertas condiciones, como veremos– la imposición de ciertos límites o cargas a la libertad de prestación de servicios de las empresas extranjeras, lo cierto es que bajo la misma lo que realmente se debate –y lo que temen estos mismos Estados “huéspedes”– es el impacto que, primero sobre sus empresas y sobre su nivel de empleo “nacional”, y más tarde, sobre las propias condiciones de empleo, podrían tener estos fenómenos<sup>8</sup>. Y ello ya que, especialmente desde la ampliación de 2004, las profundas diferencias en costes sociales entre los distintos Estados –y sobre todo entre la EU-15 y los Estados de la ampliación<sup>9</sup>–, unidas a las notables carencias que aún soporta el Derecho social de la Unión –que continúa siendo básicamente “archipiélagico”– podrían acabar generando un círculo vicioso y nada virtuoso en el que la integración económica y el desarrollo del mercado único podrían acabar conduciendo, precisamente, a lo opuesto a lo que preveía el art. 117 del Tratado de Roma de 1957; esto es, no a la mejora sino a la precarización y al empeoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los asalariados, consiguiendo su equiparación aunque, eso sí, no precisamente por “la vía del progreso” entonces imaginada.

Es desde esta perspectiva, desde la que esta cuestión se ha ido ligando, sobre todo en los Estados de acogida con estándares laborales más altos y para aquellas actividades con menores exigencias de cualificación –la construcción es buen ejemplo de ello<sup>10</sup>–, con una precarización laboral cada vez más generalizada<sup>11</sup>. Lo singular en este caso, es que la misma no derivaría de cambios

---

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

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

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

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

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

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

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

Pues bien, no es arriesgado señalar que el origen de todo este problema en el ámbito laboral<sup>12</sup> radica seguramente en dos premisas básicas, aunque íntimamente conectadas, y que diferencian este singular tipo de movilidad de la más genérica y básica libertad de circulación de los trabajadores, alterando tanto su base institucional como las reglas sobre la ley aplicable en este tipo de casos.

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

---

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

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

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

Por ello no debe extrañarnos que tanto las sucesivas propuestas de regulación planteadas por el Consejo en 1972 y 1976<sup>14</sup>, como el más amplio Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales firmado en Roma el 19 de junio de 1980<sup>15</sup> partieran en estos casos de la aplicación sin más –art. 3 de la Propuesta de la Comisión de 1976– o de la más matizada necesidad de respetar en todo caso la protección mínima proporcionada al trabajador por las normas imperativas del lugar de prestación habitual de servicios –art. 6.1 en relación con el art. 6.2.a) del Convenio– al fijar la ley aplicable en estos casos de movilidad al amparo de la libre circulación de trabajadores.

El problema es que en ambos instrumentos se preveía igualmente como situación singular o como auténtica excepción la de aquellos trabajadores desplazados temporalmente por sus empresas a otro país de la Unión. En el primer instrumento *non nato* –art. 4 de la propuesta de la Comisión– se pretendía coordinar esta regulación con la normativa de Seguridad Social<sup>16</sup> estableciendo la continuación en la aplicación de la legislación laboral del lugar donde estuviera localizado el establecimiento de origen, si bien en su posterior art. 8 se establecían una serie de materias –por cierto, bastante similares a las posteriormente recogidas en el art. 3.1 Directiva 96/71– en las que sí serían

---

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

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

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

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

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

Desde esta perspectiva no debe sorprendernos que, en la actualidad, esta misma irrelevancia del desplazamiento –que rompía y rompe con la clásica regla de territorialidad del lugar de prestación de servicios– apareciese nuevamente contemplada en el actual art. 8.2 del Reglamento (CE) nº 593/2008 de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) que, como se recordará, constituye una normativa universal –art. 2– para todos los operadores jurídicos, aplicable de oficio por los jueces de los Estados de la Unión con independencia incluso –art. 2– de que la ley “designada” no sea la de un Estado miembro<sup>18</sup>. En cualquier caso, lo que también es importante destacar es que, en primer lugar, tampoco Roma I delimita de forma rígida y temporal qué debe entenderse por desplazamiento temporal<sup>19</sup>. Todo lo más se limita a recordar, en su Considerando 36, que “la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo

---

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

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

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

en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”<sup>20</sup>. Y, en segundo lugar, que en la lógica del nuevo precepto, la normativa del país de origen era y es un simple mínimo que en nada parecía impedir la posibilidad de que las partes acogiesen otra legislación que fijase estándares superiores a los establecidos por la normativa del país de origen<sup>21</sup>.

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

En cualquier caso, esto no fue finalmente así. Más allá de señalar cómo en alguna Sentencia anterior (*Seco*) esta referencia inicial se limitaba llamativamente al salario mínimo o salario social mínimo<sup>23</sup>, lo que seguramente resulta bastante más importante es que, por las razones que fueran –imposibilidad de aplicar en aquel momento el principio de libertad de circulación de trabajadores durante el periodo transitorio tras la incorporación de Portugal (*Rush portuguesa*), o como vía para evitar la regla de unanimidad y el previsto rechazo de algún país en el proceso de adopción de la entonces propuesta de Directiva–, lo cierto es que

---

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

<sup>21</sup> Considerando 34 del Reglamento Roma I.

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

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

rápido, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>24</sup>, como la propia y posterior Directiva 96/71 desligaron progresivamente estas situaciones de las reglas de la libertad de circulación –y, por tanto, del principio de no discriminación y de la posible aplicación de la ley del país de destino para evitar, no solo discriminaciones, sino una competencia basada en estos aspectos sociales– para centrarlas casi exclusivamente en la libre prestación de servicios.

Para ello se remarcará cómo en estos casos, no serían los trabajadores los que tomaran la decisión de circular entre los Estados, sino las propias empresas, y que, además, con estas prácticas se provocarían una movilidad necesariamente temporal y, por tanto, con retorno al país de origen de sus empleados, sin intención alguna, en definitiva, de integrarse definitivamente en el mercado de trabajo del país de destino<sup>25</sup>. De este modo, la base jurídica abandonaría sustancialmente la libre circulación de trabajadores –movilidad para el empleo– para asentarse básicamente en la libertad de prestación de servicios –movilidad en el empleo– que incluiría, como contenido de este derecho empresarial, la posibilidad de desplazar también temporalmente los recursos humanos necesarios desde el país de origen al de destino para el desarrollo de dicha actividad<sup>26</sup>.

Y ello, como decimos, lejos de ser intrascendente, va a ser decisivo en el nacimiento del problema. Situados ya en el marco de la libertad del mero prestador de servicios –y no, por tanto, en la del trabajador pasivamente afectado ni en la más duradera de establecimiento<sup>27</sup>–, la anterior “obligación” del

---

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

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

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

<sup>27</sup> No debe olvidarse que, como recordaba la STJ (Sala Quinta) de 24 de enero de 2002 Portugaia, Asunto C-164/99, ECLI:EU:C:2002:40, ap. 17: “En concreto, un Estado miembro no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento, so pena de privar de eficacia a las disposiciones del Tratado destinadas precisamente a garantizar la libre prestación de servicios (sentencia *Säger*, antes citada, apartado 13).”



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

De esta forma, y por lo que se refiere en primer lugar a las exigencias básicamente procedimentales ligadas al control, el Tribunal de Justicia, ante la parquedad en este punto de la Directiva 96/71 –finalmente no completada ni colmada (como sí se preveía en su proyecto) por la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006<sup>29</sup>– va a seguir reconociendo de forma genérica, que el

---

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

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

Derecho Comunitario no se opondría a que los Estados miembros garantizaran la aplicación a estos trabajadores de su legislación y convenios colectivos por los medios adecuados<sup>30</sup>. Pero eso sí, inmediatamente a continuación va a señalar cómo estas medidas u obligaciones –ya afectasen al prestatario o incluso al mero destinatario en el país de empleo<sup>31</sup>– constituirían una posible carga empresarial<sup>32</sup> que podía actuar como limitación de esta misma libertad de prestación de servicios interpretada en sentido amplio; esto es, repetimos, como una libertad que no solo exigiría “eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios por razón de su nacionalidad o por el hecho de estar establecido en otro Estado”<sup>33</sup>, 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>34</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

---

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

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

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

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

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

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

establecido”<sup>35</sup>; y siempre, además, que dichas normas fuesen adecuadas para el objetivo legítimo que persiguiesen, sin ir más allá de lo necesario para su consecución<sup>36</sup>. En definitiva, el principio de proporcionalidad aplicado a cualquier medida que pudiera limitar esta acepción –ciertamente amplia– de la libertad de prestación de servicios, y siempre que dicha protección no se obtuviese mediante obligaciones idénticas o esencialmente comparables con las ya impuestas en el Estado de envío<sup>37</sup> y que dichos controles no convirtieran en ilusoria la libertad de prestación de servicios<sup>38</sup> o se dejasen a la discreción de la administración<sup>39</sup>.

Pero es más, seguramente lo más importante es que incluso la propia imposición de las condiciones de trabajo y empleo más favorables del país de destino fue también considerada como una “carga” o limitación de esta misma libertad de prestación transnacional de servicios, cuya extensión habría quedado fijada por el art. 3 Directiva 96/71. De este modo, lo que en un principio pudo haber sido un mínimo en una norma claramente social –no debe olvidarse que la propuesta inicial de esta Directiva se enmarcaba en el capítulo sobre la libertad de circulación del Programa de acción de la Comisión relativo a la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales<sup>40</sup>– acabó por convertirse en un máximo para los Estados de destino sin que los profundos cambios sufridos en este punto durante su tramitación por la conocida Directiva

---

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

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

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

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

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

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

de Servicios<sup>41</sup> alterasen una conclusión cuyas consecuencias más problemáticas se pusieron finalmente de manifiesto en el conocido “cuarteto”<sup>42</sup> de Sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos, Viking-Line<sup>43</sup>, Laval un Partneri<sup>44</sup>, Rüffert<sup>45</sup> y Comisión contra Luxemburgo<sup>46</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

y que, además, la reserva de orden público contemplada en el art. 3.10 constituyese para el Tribunal una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debía ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no podía ser determinado por los Estados miembros unilateralmente<sup>47</sup>. En definitiva, una vez aprobada la Directiva 96/71, esta marcaría –junto con las reglas hoy contempladas en el Reglamento (CE) n. 883/2004 en el campo de protección social– los límites de una legítima competencia en la que, por tanto, resultaría plenamente admisible o incluso plenamente legítima la utilización de los distintos costes sociales que se derivasen de tales reglas. Al igual que ocurriría en el comercio de mercancías, y ante el escaso desarrollo de un Derecho Social Europeo realmente armonizador de estas condiciones sociales, lo cierto sería que estos costes sociales, no equiparados por la redacción originaria de la Directiva 96/71, entrarían plena y legítimamente en juego, como “ventajas competitivas”, por mucho que ello pudiera suponer un “dumping social” entre sistemas laborales y de Seguridad Social dentro de la propia Unión Europea.

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

---

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

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

Con independencia de las conocidas modificaciones legales que esta doctrina generó, tanto en Suecia como, por ejemplo, en Dinamarca<sup>48</sup>, seguramente lo más llamativo de esta controvertida argumentación es, por un lado, el hecho de que el reconocimiento de estos derechos colectivos como derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario<sup>49</sup> se hiciera por el Tribunal para, paradójicamente, someterlos inmediatamente a continuación a un análisis desde una perspectiva tradicionalmente inversa a la normalmente utilizada tanto en los Estados miembros como en los tribunales e instancias de control internacionales, incorporando así unos límites sobrevenidos y que previamente no existían en la mayoría de los Estados Miembros. Y, en segundo lugar, que esta misma doctrina, al admitir la posible imposición de indemnizaciones en el caso de violaciones de la libertad de prestación de servicios, y condicionarlas al resultado de aplicar un principio de proporcionalidad con evidentes zonas de incertidumbre, incorporaba al arsenal empresarial un nuevo instrumento de presión, fuertemente desincentivador de este tipo de conflictos en un área cada vez más amplia de la actividad económica como es la libre prestación de servicios transnacionales. La preocupación mostrada a este respecto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ante los "significativos efectos restrictivos" "que esta doctrina... probablemente tendrá... en el ejercicio de este derecho"<sup>50</sup> y la propia experiencia en casos

---

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

<sup>49</sup> STJUE Viking-Line, ap. 43 y siguientes.

<sup>50</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.<sup>a</sup> reunión, 2010, p. 220 y siguientes.

posteriores como el de BALPA, o IAG y BA contra SEPLA, demuestran los riesgos abiertos por una jurisprudencia que, tras el fracaso de la Propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios<sup>51</sup>, pareció sostenerse implícitamente para el Tribunal de Justicia, al menos en *Fonnschip*<sup>52</sup>, sin que, obviamente, el contenido del art. 1.2 Directiva 2014/67 pareciera aportar novedad alguna<sup>53</sup>.

En cualquier caso, y ya para terminar, esta misma óptica, ciertamente singular, es la que subyace igualmente en la Sentencia *Rüffert*<sup>54</sup>. 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>55</sup>– de la que se predica ya clara y expresamente –apartado 36– la necesidad de su lectura “a la luz del artículo 49 CE” al consistir su objetivo en “la consecución de la libre prestación de servicios”. Y esta misma lógica impregna claramente la posterior Sentencia *Bundesdruckerei*<sup>56</sup>, aunque, eso sí, la inexistencia de un desplazamiento físico de los empleados implique rechazar la aplicación de la Directiva 96/71 dando en cambio más espacio a la normativa sobre contratación pública.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. El largo proceso de reformas

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

La orientación de la jurisprudencia comunitaria, sobre todo la cristalizada en el cuarteto Laval –y que en definitiva tendía a garantizar la inclusión de elementos sociales en la competencia transnacional, justificándolo en ocasiones por las mayores dificultades que estos prestadores tenían en tales mercados<sup>58</sup>–, provocó, como decimos, una reacción de rechazo tan notable –sobre todo en los países de destino– que acabó por favorecer movimientos nacionalistas –cuando no xenófobos– contra este nuevo tipo de emigrantes, teóricamente en el empleo, pero a través de las cuales se cristalizaría un *dumping social* –en determinados sectores estos trabajadores podían llegar a percibir un salario cerca del 50%

---

<sup>58</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)].



inferior<sup>59</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>60</sup>.

Seguramente por todo ello no resulta extraño el nacimiento de diversas iniciativas destinadas, en unos casos, a mejorar su grado de cumplimiento y otras destinadas –aunque fracasadas– a su conciliación con las acciones colectivas de los empleados –Propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en estos ámbitos<sup>61</sup>–, y que serán analizadas en otros trabajos de esta misma monografía. En cualquier caso, lo que sí debe destacarse es que en esta primera tanda de reformas el punto de partida pasaba por preservar o no alterar –al menos en aquel momento– la arquitectura sustantiva básica de la norma nuclear en este ámbito –la Directiva 96/71–, centrado las propuestas de reformas en el simple reforzamiento de los instrumentos de tutela –escasamente recogidos en la Directiva original– o en la mera aclaración de algunos de sus conceptos básicos.

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

Pues bien, parece evidente que el propio elenco de cuestiones contempladas en la Directiva 2014/67 –la norma nuclear a estos efectos– fue, sin duda, una buena enumeración de algunos de estos problemas que podríamos denominar “aplicativos”<sup>62</sup> y que se reflejaban, por lo demás, en la singularmente numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia<sup>63</sup>.

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<sup>64</sup>. Y aunque es cierto que el art. 4 D. 2014/67 va a ofrecer un listado de elementos que pueden utilizarse para una evaluación

---

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

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

<sup>61</sup> Véase lo ya mencionado supra en la nota al pie n. 51.

<sup>62</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”, en *Revista de Derecho Social*, 2015. n. 70, p. 125.

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

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

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

El primero de ellos, y sin duda uno de los más destacados y reiterados<sup>65</sup>, era y es el de las denominadas “empresas buzón” o “pantalla”; esto es, empresas que, en esencia, buscan eludir total o parcialmente la aplicación de las normas laborales, de Seguridad Social y fiscales del país en el que desarrollarán estas prestaciones, amparándose en un establecimiento meramente ficticio o formal – un buzón de correos, por ejemplo– en otro país de la Unión que, obviamente, ostenta una carga impositiva, de previsión social o de condiciones laborales ciertamente inferior. El problema en este punto surgía, seguramente, por la extrema parquedad o incluso silencio que en este, como en tantos otros puntos, guardaba la redacción original de la Directiva 96/71. Como se recordará, esta Directiva se limitaba a exigir, sin mayor concreción ni desarrollo, que la empresa que realizase el desplazamiento transnacional estuviera simplemente “establecida” en el Estado de origen o envío. Ello parecía presuponer y exigir la existencia de una conexión o un lazo genuino entre la organización productiva y el Estado miembro<sup>66</sup>. Pero en cambio, lo que la norma no establecía eran criterios o elementos que permitieran clarificar esta cuestión<sup>67</sup>.

Pues bien, en este ámbito, el art. 4.2 de la Directiva 2014/67 –transpuesto a nuestro ordenamiento mediante el nuevo art. 8 bis Ley 45/1999 conforme a la redacción dada por el RD-ley 9/2017– no solo fue mucho más explícito, claro y extenso que la norma precedente, sino que, además, intentó iniciar un cierto proceso de aproximación con la regulación, en este caso, de Seguridad Social; básicamente la establecida en el art. 14 del Reglamento (CE) n.º. 987/2009 de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>68</sup>, pero también con lo que a estos mismos efectos había

---

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

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

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

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

señalado en su momento la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, en su Decisión núm. A2, de 12 de junio de 2009 relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) n. 883/2004<sup>69</sup>, y que obviamente confirmaba lo que previamente había señalado la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes en su Decisión nº 181 de 13 de diciembre de 2000 sobre la base, seguramente, de los criterios señalados previamente por el Tribunal de Justicia en su conocida sentencia *FTS*<sup>70</sup> y que posteriormente extendió también a las empresas subcontratistas en el asunto *Plum*<sup>71</sup>.

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

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

---

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

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

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

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

obsérvese, para el caso de las Empresas de Trabajo Temporal<sup>73</sup>– la previa Decisión nº 181. En cualquier caso, tampoco está de más recordar cómo en estas dos Decisiones, tales indicios o elementos debían servir para detectar en particular cuándo la empresa ejercía o no “habitualmente actividades significativas” en el primer Estado miembro –el requisito general destacado por ambas decisiones–. De ahí que algunos de estos criterios, volvemos a repetir meramente orientativos de lo que a nuestro juicio es el requisito básico –la realización habitual de actividades que vayan más allá de las administrativas o de gestión interna en el Estado de envío–, puedan resultar extraños –por ejemplo, el domicilio social y la sede administrativa– mientras que otros –el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental– seguramente debieran cobrar una mayor importancia, aunque desde luego, y por expresa imposición del art. 4.1 *in fine* Directiva 2014/67, no pueden considerarse nunca de manera aislada, lo que seguramente será importante en empresas pequeñas o de nueva creación. Además, parece razonable considerar que, como hace el art. 14.2 Reglamento 987/2009, estos criterios “deberán adecuarse a las características específicas de cada empresa y a la naturaleza real de las actividades que realiza”.

Por otra parte, un segundo riesgo o disfunción habitualmente destacado era y es, en primer lugar, la posibilidad de que estos desplazamientos se prolongasen de tal forma que “desnaturalizasen” su carácter temporal<sup>74</sup>, lo que pondría en riesgo su necesaria conexión con la libertad de prestación de servicios y lo acercaría a la libertad de establecimiento<sup>75</sup>, 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–. En realidad, se trataba de problemas igualmente planteados en el campo de la Seguridad Social y para cuya solución, por cierto, seguramente hubieran debido ser de utilidad las Decisiones de la Comisión Administrativa antes reseñada.

---

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

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

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

Sin embargo, y en relación con estos aspectos, lo primero que debe destacarse es que el art. 4.3 Directiva 2014/67 –igualmente transpuesto mediante el nuevo art. 8.bis Ley 45/1999 incorporado por el RD-ley 9/2017– renunció, en primer lugar, a fijar una duración máxima a estos desplazamientos<sup>76</sup> –o al menos a separar su regulación de otra, más incisiva y específica, para estos desplazamientos de “larga duración”<sup>77</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 limitó nuevamente a señalar en este punto un elenco de elementos que podrían utilizarse para dicha valoración y que si bien se alejaban de lo ya establecido en el ámbito de la Seguridad Social<sup>78</sup>, se acercaban seguramente a los criterios indiciarios utilizados a efectos de determinar el fuero y la legislación aplicable en supuestos de itinerancia<sup>79</sup>, lo

---

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

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

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

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

que, en algunas ocasiones, no deja de ser llamativo, ya que determinados criterios parecen, al menos a primera vista, no ya meros indicios, sino auténticos requisitos sustanciales para que, en su interpretación natural o más frecuente, nos encontremos ante esta situación de desplazamiento. A pesar de ello, el art. 4.4 Directiva 2014/67 es meridianamente claro al señalar como: *“la ausencia de alguno o varios de los elementos fácticos establecidos en los apartados 2 y 3 no excluye automáticamente la posibilidad de que la situación sea considerada desplazamiento”*; una lógica esta que refuerza la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión que incorporaba igualmente esta Directiva y de acuerdo con la cual *“el hecho de que el puesto al que el trabajador desplazado sea temporalmente asignado para desempeñar su labor en el marco de una prestación de servicios hubiera estado ocupado por ese mismo u otro trabajador desplazado durante períodos anteriores constituye solo uno de los posibles elementos que deberán tenerse en cuenta cuando se realice una evaluación global de la situación de hecho en caso de duda”*. Y de ahí que *“la mera circunstancia de que pudiera constituir uno de los elementos no debería interpretarse en modo alguno como la imposición de una prohibición de la posible sustitución de un trabajador desplazado por otro trabajador desplazado o como una traba a la posibilidad de dicha sustitución, que puede ser inherente en particular a servicios prestados de forma estacional, cíclica o repetitiva”*<sup>80</sup>. En cualquier caso, lo que sí se echaba en falta –y sobre ello volveremos algo más tarde al analizar la nueva Directiva 2018/957– es la incorporación, por ejemplo, de reglas generales –con sus lógicas matizaciones– algo más claras y eficientes en la lucha contra el fraude como, por ejemplo, las asumidas por el Criterio Técnico ITSS n. 97/2016, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, de 15 de junio de 2016<sup>81</sup>.

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

---

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

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

concepto a la legislación del país de origen. Pues bien, sin alterar dicho precepto, lo cierto es que el art. 4.5 Directiva señala que a tales efectos, “*los Estados miembros deben guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador, independientemente de cómo se caracterice la relación en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado las partes*”, pudiendo además evaluar de manera global los distintos elementos a los que hemos hecho referencia anteriormente y que se encuentran contemplados en los puntos 2 y 3 del mismo artículo. En definitiva, y como se observará, un delicado punto de equilibrio ya que, sin alterar teóricamente la regla inicial de delimitación nacional, introduce elementos europeos en su definición. Y si bien es cierto que estos criterios, por su carácter genérico y no excluyentes, parecen destinados a alterar poco la tradicional perspectiva nacional, no lo es menos que su inclusión y la forma en la que se hace –“deberán guiarse”– abre la vía a una posible penetración de la jurisprudencia comunitaria, también en este ámbito. Cuestión distinta serían las consecuencias de estas indagaciones sobre la relación de Seguridad Social, más aún si recordamos, por un lado, lo que a estos efectos contempla el tantas veces mencionado Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril<sup>82</sup> y del otro la reiterada doctrina del Tribunal de Justicia en relación con los certificados E 101 y PD A1, y de acuerdo con la cual ni los órganos judiciales ni, obviamente, los órganos administrativos del Estado de empleo están habilitados para comprobar por si mismos la validez de dicho certificado, en particular en lo relativo a la existencia del vínculo orgánico con el pretendido empleador<sup>83</sup>. Pero como se comprenderá esta cuestión desborda el campo del presente trabajo.

---

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

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

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

Sea como fuere, y más allá de otros problemas que cabría igualmente considerar como aplicativos y que no fueron abordados por la Directiva 2014/67 –como las dudas sobre la interpretación de la confusa expresión “cuantías de salario mínimo”<sup>84</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

---

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

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



art. 5 de la Directiva 2008/104/CE–, lo cierto es, como decimos, que lo que sí estableció esta nueva Directiva fue un amplio elenco de medidas destinadas, en primer lugar, a mejorar la información sobre estas condiciones de trabajo legales y convencionales<sup>85</sup>. De hecho, el art. 5 exigía ahora a los Estados esta información gratuita, actualizada, publicada por medios electrónicos “*de una manera clara, transparente, inteligible y fácilmente accesible, a distancia*”, en un único sitio web a escala nacional y “*en las lenguas que el Estado miembro de acogida considere más pertinentes teniendo en cuenta las demandas en su mercado de trabajo*”<sup>86</sup>.

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

---

<sup>85</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, ECLI:EU:C:2015:86 que reitera, nuevamente, la necesidad de que determinados elementos del salario deban ser accesibles y claros para su inclusión entre las condiciones de trabajo del Estado de destino que pueden ser reclamadas por los trabajadores desplazados. De hecho, esta misma idea latía ya desde la de STJ de 23 de noviembre de 1999, Arblade, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575, ap. 43 y se expresa igualmente de forma meridianamente clara –“precisas y accesibles” en la STJ (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri, asunto C-341/05; ECLI:EU:C:2007:809, ap. 110.

<sup>86</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 de 2019) en inglés, lo que resulta llamativo teniendo en cuenta que, según los datos de la Unión Europea mencionados, no parece ser esta la nacionalidad de la mayor parte de los trabajadores desplazados a nuestro país.

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

Por ahora nos limitaremos a recordar como la Directiva 2014/67 no se limitó a exigir esta labor de información a cargo exclusivamente del Estado. En sus capítulos IV y V va a incorporar igualmente medidas destinadas al seguimiento y supervisión de este cumplimiento y a garantizar el mismo, desarrollando ampliamente las escasas referencias establecidas originariamente en los arts. 4 a 6 de la Directiva 96/71<sup>87</sup>. Sin podernos detener aquí en los aspectos jurisdiccionales contemplados en el art. 11 o en las referencias a mecanismos de responsabilidad en supuestos de subcontratación del art. 12, ambos de la Directiva 2014/67 –aspectos estos serán objeto de estudio en otros apartados de este mismo volumen–, nos centraremos aquí en otro de los elementos más novedosos de esta regulación y que obviamente sí ha provocado importantes reformas en la Ley 45/1999; esto es, en los requisitos administrativos y medidas de control ahora contemplados en el art. 9 de Directiva 2014/67 y que, obviamente, han provocado las consiguientes modificaciones de los arts. 5 y 6 de la Ley 45/1999 por el art. 6 del RD-ley 9/2017.

Como ya hemos señalado anteriormente, el punto de partida para comprender esta regulación era la importante doctrina que, ante el silencio en este punto de la Directiva 96/71 y, por lo tanto, ante su falta material de armonización<sup>88</sup>, tuvo que desarrollar –no sin cierta polémica– el Tribunal de Justicia. Con estos presupuestos, y desde la perspectiva de la doctrina enunciada en *Säger*, lo cierto es que el Tribunal no dudó en reconocer que la efectiva<sup>89</sup> protección de los trabajadores constituía una razón imperiosa de interés general<sup>90</sup>, del mismo modo que también lo sería la intención de evitar perturbaciones en el mercado de trabajo permitiendo así que un Estado miembro

---

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

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

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

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

comprobase si una empresa utiliza la libre prestación de servicios con fines distintos a la ejecución de la prestación que se trate<sup>91</sup>. En cambio, no lo sería objetivos de carácter económico como la protección de las empresas nacionales<sup>92</sup>, pero sí evitar la competencia desleal, claro está, de aquellas empresas que abonasen menos del salario mínimo<sup>93</sup>. En cualquier caso, y una vez señalado esto, el Tribunal también exigió, en primer lugar, que estas medidas fueran adecuadas para dicho fin –lo que obligaba a analizar si las mismas realmente suponían una mayor garantía para los trabajadores o solo tenían como efecto desincentivar la libre prestación de servicios– y, sobre todo, que no existiesen otras medidas menos desproporcionadas, que pudiese alcanzar de forma menos restrictiva e igualmente eficaz el mencionado fin<sup>94</sup>.

Es desde estas premisas, en definitiva, desde las que se rechazó, por ejemplo, la viabilidad de una legislación estatal que impusiese una autorización previa –o un “procedimiento de confirmación materialmente idéntico<sup>95</sup>– para el empleo de nacionales de terceros países –y, evidentemente, la imposición de un periodo previo de contratación de seis meses o de un año<sup>96</sup>– en el marco de un desplazamiento transnacional europeo– cuando, en cambio, una simple declaración previa acreditando que dichos trabajadores se encuentran en situación regular en el país de envío, unida a la obligación de notificar previamente a las autoridades locales el desplazamiento de uno o varios trabajadores, la duración prevista para su estancia y la prestación o prestaciones de servicios que justifican tal desplazamiento resulta igualmente eficaz y menos restrictiva<sup>97</sup>. Igualmente, el Tribunal también consideró que no superaba este test la necesidad de elaborar por duplicado una documentación, mientras que, en cambio, sí admitió la posibilidad de pedir en todo momento al prestador de servicios que informase de los datos que tuviera en su poder relativos a las obligaciones a las que esté sometido en el estado de envío<sup>98</sup>. 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

---

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

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

<sup>93</sup> STJ Wolff, Asunto C-60/03, ap.41.

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

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

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

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

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

servicios en el Estado miembro de acogida, de tener determinados documentos a disposición de dichas autoridades a pie de obra o, como mínimo, en un lugar accesible y claramente identificado del territorio del Estado miembro de acogida<sup>99</sup>, incluso traducidos<sup>100</sup>, 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>101</sup>. En cambio, nada cabría objetar a la obligación, menos restrictiva que la anterior, de enviar, al término del período de desplazamiento, los documentos que el empleador esté obligado a elaborar con arreglo a la legislación del Estado miembro de establecimiento, o la copia de tales documentos, a las autoridades nacionales del Estado miembro de acogida, que podrán revisarlos y, en su caso, conservarlos<sup>102</sup>.

Pues bien, era este, en definitiva, el contexto en el que apareció finalmente el novedoso art. 9 Directiva 2014/67. Una vez desechada en el texto definitivo la extraordinariamente liberal normación que en su momento preveía la propuesta inicial de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior<sup>103</sup>, lo cierto es que el nuevo art. 9 de la Directiva 2014/1967 comenzaba su regulación con una declaración “tradicional” de acuerdo con la cual se limitaban expresamente las medidas que pudieran establecerse para el efectivo cumplimiento de esta normativa sobre desplazamientos a aquellas “necesarias para garantizar” su “supervisión efectiva”, siempre que, además, estuviesen justificadas y fuesen proporcionales con el Derecho de la Unión; en definitiva, una enunciación de lo que ya había estado exigiendo el propio Tribunal de Justicia ante la carga o barrera que estas medidas normalmente suponen para la libertad de prestación de servicios. Por ello, lo que a mi juicio resultaba más interesante era que el mismo precepto sintetizó igualmente en gran parte la misma doctrina del Tribunal de Justicia ofreciendo a los Estados Miembros un elenco “seguro”

---

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

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

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

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

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

aunque no exhaustivo<sup>104</sup> de estas posibles medidas de control –comunicación del desplazamiento y contenido del mismo, conservación y puesta a disposición de documentación como contratos de trabajo, nóminas, fichas de horarios y su posible obligación de su entrega una vez concluida la misma en un plazo razonable, designación de una persona de enlace y/o de contacto con los interlocutores sociales– que, en principio, podrían imponer y serían admisibles siempre, claro está, que cumpliesen realmente con las exigencias del principio de proporcionalidad<sup>105</sup>.

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<sup>106</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

En cualquier caso, pronto resultó evidente que para muchos países el profundo “refuerzo” establecido en la Directiva 2014/67 tampoco resultaba suficiente para atajar el problema generado por estos desplazamientos<sup>108</sup>. De hecho, antes incluso de que concluyese el periodo establecido para su transposición, no faltaron voces que destacaran la necesidad de abordar, no ya solo la lucha contra los posibles abusos o ilegalidades cometidos en este campo, sino más directa y profundamente la raíz última de toda esta cuestión y que, como se comprenderá, se encontraba en la propia estructura de la Directiva 96/71 tal como fue interpretada por el Tribunal de Justicia<sup>109</sup>.

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

---

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

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

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

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

Por ello no debe extrañarnos que poco después la propia Comisión anunciase en su Programa de trabajo de 2016<sup>112</sup> 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>113</sup>. Y esta tercera iniciativa cristalizó poco más tarde, el 8 de marzo de 2016<sup>114</sup>.

No obstante, antes de entrar a analizar su contenido, lo primero que seguramente debe destacarse es la clara división que esta propuesta –enmarcada en el paquete normativo ligado al desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales– provocó, no solo entre los interlocutores sociales –que, por cierto, no fueron consultados a nivel europeo previamente a su publicación<sup>115</sup>–, sino incluso entre los propios Estados Miembros<sup>116</sup>. De hecho, fueron muchos los parlamentos nacionales que enviaron dictámenes motivados sobre el respeto o no de esta iniciativa al principio de subsidiariedad, a pesar de lo cual la Comisión mantuvo su propuesta inalterada<sup>117</sup>. Y es evidente que algunas cuestiones

<sup>110</sup> El texto aún está disponible el 2 de enero de 2019 en [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_es.pdf)

<sup>111</sup> Disponible el 2 de enero de 2019 en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_15\\_5614](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_15_5614)

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

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

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

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

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

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

partieron realmente en dos a los Estados Miembros, lo que, paradójicamente, no impidió su posterior aprobación en lo que hoy es la Directiva 2018/957 de 28 de junio que, esta sí, modifica la Directiva 96/71/CE<sup>118</sup>.

Intentando resumir al máximo su ambicioso contenido, podríamos decir que la nueva Directiva adopta finalmente gran parte de las opciones políticas más incisivas que se proponían en el documento de evaluación de impacto que acompañaba la propuesta de la Comisión<sup>119</sup>, centrando su atención –no sin importantes cambios producidos durante este complejo proceso legislativo/negociador– en cinco grandes campos, coincidentes, en esencia, con buena parte de los problemas básicos que presentaba, ya desde un principio, la Directiva 96/71<sup>120</sup>.

El primero de ellos, obviamente, es la alteración del art. 1 de la Directiva. Como de todos es sabido, el nuevo texto de la Directiva 96/71 no solo amplía la denominación del precepto –incorporando ahora a su “Ámbito de aplicación” el “Objeto” de la misma– sino que, además, incluye tanto su finalidad expresa –la garantía de la protección de los trabajadores desplazados durante el mismo (nuevo art. 1.1 Directiva 96/71)–, como una “cláusula Monti” de no afectación de los derechos fundamentales<sup>121</sup>, incluyendo la huelga, el derecho a emprender medidas de conflicto colectivo y la negociación colectiva (nuevo art. 1.bis Directiva 96/71).

---

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

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

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

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

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



Se trata, como es fácilmente perceptible, de dos modificaciones claramente programáticas y que deben ser saludadas positivamente al reflejar algunas de las principales preocupaciones que motivaron este proceso de reforma<sup>122</sup>. Ambas reformas poseen así un importante valor orientativo e inspirador para todos y cada uno de los operadores jurídicos que se acerquen a esta norma. Pero también es obvio que, por sí mismas y consideradas aisladamente, no parece que pudieran tener un impacto decisivo, sobre todo en el plano práctico.

En primer lugar, y en relación con la primera cláusula, porque, como ya hemos indicado, esta finalidad tuteladora de los trabajadores desplazados ya había sido admitida tradicionalmente por el Tribunal de Justicia como finalidad que permitía el establecimiento de cargas a los prestadores de servicios. Y aunque es cierto que esta tutela aparece ahora como finalidad única de la Directiva 96/71 reformada –y, por tanto, sin mención alguna (a diferencia del art. 1.1 *in fine* Directiva 2014/67) a la libre prestación de servicios o al funcionamiento del mercado interior–, no lo es menos que la reforma no ha alterado la base normativa de esta Directiva. Y ello supone, en definitiva, que no nos encontramos ante una norma reguladora de mínimos, propia de política social<sup>123</sup> o antidiscriminatoria, como en la libertad de circulación de los trabajadores, sino ante una regulación que aborda, aun desde la mencionada perspectiva tuteladora, ciertos límites, nuevamente máximos, a la libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea<sup>124</sup>.

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

---

<sup>122</sup> Véase, por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo “Retos para los convenios colectivos en la Unión Europea” de 22 de octubre de 2008, (2008/2085(INI)), P6\_TA(2008)0513

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

<sup>124</sup> Destacando esta idea T. SALA FRANCO, E. LALAGUNA HOLZWARTE (2019) “Evolución y aspectos críticos...”, cit., p. 25.

profesionales” – no evitó la conocida doctrina del Tribunal de Justicia en los casos *Viking* o *Laval*, es factible suponer que tampoco la adición de esta cláusula en el texto articulado de la nueva Directiva –similar por lo demás a la ya contemplada en el art. 1.2 de la Directiva 2014/67– sea capaz de provocar una modificación radical de esta misma jurisprudencia. Para ello sería seguramente necesaria una reforma de los propios Tratados y no del Derecho derivado, que resituara la importancia de las clásicas libertades económicas originales en el contexto de una nueva Unión, dotándola de un más amplio elenco de Derechos Fundamentales entre los que deberían destacarse, obviamente, los sociales<sup>125</sup>.

En definitiva, y como decimos, cláusulas ciertamente importantes y significativas, pero que por sí solas no serían seguramente suficientes, al menos a nuestro juicio, para atajar los principales problemas que se suscitaban en este ámbito. De ahí que, como se recordará, no se encontraban en la Propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión<sup>126</sup>, sino que fueron incorporadas en base a la enmienda transaccional 39 en el marco del proceso legislativo de la Comisión con el Parlamento Europeo<sup>127</sup>.

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

---

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

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

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

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

redacción final genera, no obstante, ciertas dudas y problemas interpretativos, fruto seguramente del complejo proceso negociador que partió nuevamente en dos a los Estados miembros<sup>128</sup>.

Pues bien, intentando sintetizar al máximo una cuestión que, como decimos, resulta especialmente compleja y polémica, podríamos comenzar señalando cómo la Propuesta inicial de la Comisión postulaba –en el entonces art. 2.bis– una aparente “aclaración” del Reglamento Roma I<sup>129</sup> ya que, sin modificarlo, se señalaba expresamente que “cuando la duración real o prevista del desplazamiento fuese superior a veinticuatro meses” –o de duración acumulada en caso de sustitución– “se considerará que el país de destino es el país en el que se realiza habitualmente el trabajo”, añadiendo a continuación que “en caso de sustitución de trabajadores desplazados que realizan el mismo trabajo en el mismo lugar, deberá tenerse en cuenta la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de los trabajadores afectados”, eso sí solo “por lo que se refiere a los trabajadores desplazados por un período de al menos seis meses”. El intento de acercar esta regulación a la general de Seguridad Social era evidente<sup>130</sup>, recuperando así, paradójicamente, la lógica presente en las propuestas de la Comisión de 1976 y tratando de superar, de paso, las carencias que en este punto planteó, como ya hemos señalado, la Directiva de refuerzo 2014/67.

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

---

<sup>128</sup> Véase, en este sentido, y por mencionar solo un ejemplo, el Informe del Comité de representantes Permanentes al Consejo de 18 de octubre de 2017 disponible el 2 de enero de 2019 en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_13153\\_2017\\_INIT&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_13153_2017_INIT&from=EN)

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

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

Dictamen del CESE<sup>131</sup>, que si bien acogió de forma favorable la iniciativa –al considerar que “los desplazamientos de larga duración o repetitivos hasta encadenar desplazamientos durante varios años están” “en la práctica” “a la orden del día”–, consideró, no obstante, que los períodos de desplazamiento debían de sumarse desde el primer día –y, por tanto, con independencia de su duración– y que, además, estos no deberían superar los seis meses en total<sup>132</sup>. Y, en una línea similar, el casi coetáneo Dictamen del Comité Europeo de las Regiones de 7 de diciembre de 2016<sup>133</sup>, tras criticar esta coordinación con las normas de Seguridad Social<sup>134</sup>, postuló –enmiendas dos y cuatro– una reducción a doce meses del mencionado plazo, al mismo tiempo que, en segundo lugar, intentaba clarificar las relaciones entre esta norma y el art. 8 del Reglamento Roma I señalando que la posibilidad de opción prevista en dicha norma no debería tener “como consecuencia privar al empleado de la protección que le proporcionan aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley aplicable en virtud del apartado 1”.

En cualquier caso, es importante destacar cómo ya en la Propuesta transaccional de la Presidencia de octubre de 2017<sup>135</sup> está cuestión no solo se trasladaba del art. 2 bis al art. 3 –lo que de por sí ya era sintomático– sino que, además, incorporaba una profunda modificación, no tanto en el periodo máximo –que permanecía en aquel momento en veinticuatro meses– sino en la lógica

---

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

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

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

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

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

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

De hecho, la reducción final a doce meses y la expresa mención a que “el Estado miembro en que se preste el servicio ampliará, con arreglo a una notificación motivada de un proveedor de servicios, a dieciocho meses el periodo de aplicabilidad de las disposiciones del presente apartado” solo aparecerán algo más tarde, en el texto de la orientación general sobre la Directiva de referencia, acordada por el Consejo EPSCO en su sesión n.º 3569 celebrada el 23 de octubre de 2017<sup>136</sup>, dando lugar, tras algunas modificaciones derivadas nuevamente de la negociación con el Parlamento Europeo<sup>137</sup>, prácticamente a la regulación hoy contemplada en el texto final de la Directiva 2018/957.

El resultado, por tanto, es claramente transaccional, aunque ello no haya evitado la impugnación de este precepto por los dos Estados Miembros que votaron en contra de su adopción<sup>138</sup>. Transaccional, en primer lugar, en relación con el supuesto de hecho porque, aunque la duración ahora se haya reducido de 24 a 12 meses –eso sí, ampliables a dieciocho–, debiéndose sumar todos los desplazamientos para el mismo trabajo en el mismo lugar con independencia de su duración –incluso aunque esta sea inferior a seis meses<sup>139</sup>–, no lo es menos que esta regla solo se aplicará a aquellos desplazamientos cuya duración “efectiva” sea superior a ese periodo, y no, como se preveía en la propuesta

---

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

<sup>137</sup> Véase la Nota Informativa de la Secretaría General del Consejo al Comité de Representantes Permanentes de 1 de junio de 2018 disponible el 2 de enero de 2019 en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_9467\\_2018\\_INIT&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9467_2018_INIT&from=EN). Sobre el tema O. FOTINOPOULOU BASURKO “La Directiva sobre desplazamiento...”, cit., apartado 2.3.

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

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

inicial, a aquellas cuya duración “real” o “simplemente prevista” excediese de dicho plazo<sup>140</sup>.

Si a ello sumamos, en segundo lugar, que de lo que se trata mediante la consecuencia jurídica prevista no es de establecer la legislación aplicable –¿desde el primer momento?– sino de garantizar como mínimo un elenco más amplio de condiciones de trabajo del país de destino<sup>141</sup>, obtendremos en conclusión una situación en la que lejos de imponer la legislación del país de referencia desde el primer día para aquellos desplazamientos previstos para más de doce meses, lo que la norma parecería imponer finalmente es una tutela progresiva para que, a partir de la superación de ese plazo, y solo a partir de ese momento (12 o 18 meses), las condiciones garantizadas del Estado de destino fueran más amplias<sup>142</sup>. Y todo ello, claro está, sin olvidar, de un lado, los problemas que pueden plantearse en la definición de qué debe considerarse “mismo trabajo y lugar”, especialmente en sectores como el de la construcción en el que las obras pueden extenderse en un amplio ámbito locativo<sup>143</sup>; de las dudas que suscita la

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

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

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

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

posibilidad de que estas sustituciones se produzcan en el seno de la misma empresa principal pero por distintas empresas, incluso del mismo país de origen –dada la expresa referencia en el nuevo texto a las empresas a las que se refiere el art. 1.1 de la Directiva 96/71, ciertamente mucho más concreta que la correlativa referencia del art. 12 del Reglamento (CE) n. 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>144</sup>–; o finalmente a si una vez alcanzada esta duración, todo desplazamiento posterior para el mismo puesto y lugar de trabajo debiera someterse a este régimen –ya que la norma nada distingue ni limita al respecto– o si, por el contrario, el transcurso de un cierto tiempo –por ejemplo los dos meses a los que se refiere, a efectos de Seguridad Social, la Decisión A2 de la CACSS<sup>145</sup>– permitiría iniciar de nuevo este cómputo.

Sea como fuere, otro de los contenidos más relevantes o trascendentes de toda esta reforma se centra –sin desmerecer obviamente el anterior– en un tercer núcleo relativo a la modificación de lo que sin duda ha sido el epicentro de toda esta discusión: la determinación de las condiciones de trabajo<sup>146</sup> del Estado receptor y los instrumentos o fuentes de fijación de su umbral que deben ser garantizadas, como mínimo –pero también prácticamente como máximo–, al trabajador desplazado desde el primer día en el Estado miembro de destino.

Pues bien, por lo que se refiere al primer elemento –materias sobre las que se extiende esta protección–, una atenta lectura del nuevo art. 3.1 de la Directiva 96/71 refleja tres modificaciones, de las que, sin duda, la más importante se centra en sustituir el controvertido concepto de salario mínimo –fijado, de acuerdo con el antiguo art. 3.1 *in fine* de la Directiva 96/71, por la legislación de cada uno de los Estados miembros<sup>147</sup>–, por un término bastante más

---

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

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

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

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

omnicomprensivo<sup>148</sup>, como era y es el de la remuneración a la que ahora se da un expansivo concepto comunitario.

En este sentido, resulta evidente, en primer lugar que, ante la premisa política antes enunciada –“idéntica remuneración para el mismo trabajo en el mismo lugar”– la Comisión optó, ya desde un principio, no por realizar una simple clarificación de la composición del salario mínimo, codificando la jurisprudencia que a este respecto había ido fijando poco a poco el Tribunal de Justicia –sobre todo en las sentencias *Isbir*, *Comisión contra RFA* y, especialmente *Sähköalojen*<sup>149</sup> (aunque es obvio, como veremos, el influjo sobre todo de esta última en la propia Directiva)–, sino que, yendo un paso más allá, procedió a sustituir este término, cuanto menos confuso, por otro más claro y amplio<sup>150</sup> como el de remuneración cuyo efecto expansivo ya había motivado su incorporación en otras normas anteriores como, por ejemplo, en la Directiva 2008/104/CE. De hecho, bastaba observar la amplitud con la que esta misma expresión fue analizada, por mencionar otro caso, en el borrador de Directrices

---

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

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

<sup>149</sup> Véase las referencias a estas sentencias en la nota inmediatamente anterior.

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



sobre la presentación estandarizada del informe de remuneración en virtud de la Directiva 2007/36/CE, modificada por la Directiva (UE) 2017/828<sup>151</sup> o en el considerando 20 de la reciente Directiva 2019/1152 de 20 de junio de 2019<sup>152</sup> –sobre la que volveremos inmediatamente– para comprender esta finalidad tendencialmente expansiva frente a cualquier percepción económica, en dinero o en especie, fija o variable, debida al trabajador en razón de su trabajo, siempre, eso sí, que aquellas se generen durante el periodo de desplazamiento.

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

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

---

<sup>151</sup> Disponible el 14 de enero de 2020 en [https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/news/standardised\\_representation\\_of\\_the\\_remuneration\\_report\\_-\\_draft\\_12072019.pdf](https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/news/standardised_representation_of_the_remuneration_report_-_draft_12072019.pdf)

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

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

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

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

Tras este complejo proceso resulta lógico que el fruto del mismo sea un texto final algo confuso, cuya aparente tautología puede no obstante evitarse si asumimos que, en realidad, lo que el texto pretende es, por un lado, respetar expresamente las competencias del Estado miembro en la fijación de la estructura, composición y alcance de la remuneración –como no podía ser menos, dado el tenor expreso del art. 153.5 del TFUE<sup>154</sup>–, pero estableciendo al mismo tiempo un concepto básicamente europeo, a efectos, eso sí, de garantía para los trabajadores desplazados, y que pivotaría sobre la obligatoriedad o no de los distintos elementos establecidos a nivel nacional y no sobre la confusa referencia anterior al “mínimo” o mínimos salariales. Esta es la razón por la que, como recordaba el propio Comité Europeo de las Regiones los Estados no podrían imponer una remuneración “normal” sino solo la obligatoria<sup>155</sup>, del mismo modo que el Considerando 18 de la Directiva 2018/957 se limitaba y se

---

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

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

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

limita a reiterar como para comparar la remuneración abonada a un trabajador desplazado con la remuneración adeudada de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro de acogida, se deben tener en cuenta los importes totales brutos de la remuneración, más que los elementos individuales constitutivos de la remuneración que se hayan convertido en obligatorios según lo dispuesto en la presente Directiva<sup>156</sup>. Y todo ello sin olvidar que este cambio no vendría sino a confirmar la línea interpretativa claramente fijada en *Sähköalojen ammattiliitto* y de acuerdo con la cual el cálculo, ahora de la remuneración obligatoria, deberá hacerse a efectos de comparación utilizando la clasificación de los trabajadores en los grupos salariales previstos por los convenios colectivos pertinentes del Estado miembro de acogida, siempre que el cálculo y la clasificación se efectúen conforme a reglas vinculantes y transparentes, extremo que corresponde comprobar al juez nacional.

Es seguramente desde esta perspectiva, desde la que debe analizarse el segundo grupo de materias incorporadas al art. 3.1 de la Directiva 96/71; una incorporación esta de una importancia seguramente menor –aunque obviamente exigirán una modificación del art. 3 y una posible adaptación del art. 4.3 Ley 45/1999–, y que se concretaría en la adición de dos nuevas letras al listado de materias del art. 3.1; esto es, las letras (h) relativa a las “condiciones de alojamiento de los trabajadores, cuando el empleador se las proporcione” –directa o indirectamente–<sup>157</sup> a trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual<sup>158</sup>, e (i) concerniente a “los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención previstos para los trabajadores que están fuera de su domicilio por motivos profesionales” cuando estos deban viajar a y desde su lugar habitual de trabajo situado en el Estado miembro en cuyo territorio estén desplazados, o cuando su empleador los envíe temporalmente desde dicho lugar habitual de trabajo a otro lugar de trabajo<sup>159</sup>.

---

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

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

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

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

Como se recordará, y a diferencia de la anterior, ninguna de estas dos incorporaciones se encontraba contemplada en la propuesta inicial de la Comisión. Y, de hecho, las primeras referencias a las mismas dentro del texto articulado se encontraban, creo, en la Propuesta transaccional recogida en el Informe del Comité de Representantes Permanentes al Consejo de 18 de octubre de 2017, pasando ya –con una redacción casi idéntica a la final– al texto aprobado por el Parlamento europeo<sup>160</sup>.

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

Pues bien, en este contexto, y dada la importancia de los complementos de desplazamiento y la posible presencia en los mismos de varios fines –Considerandos 19 y 20 Directiva 2018/957– el juego conjunto de estas incorporaciones y de la nueva redacción dada al apartado 7 del art. 3 va a permitir el establecimiento de reglas expresas que, no solo pretenden clarificar esta cuestión, sino que, al menos a mi juicio, buscan también desarrollar el principio de “igualdad de trato” que ahora novedosamente se incorpora igualmente como criterio general o “base” en el nuevo primer párrafo del art. 3.1<sup>161</sup>.

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

---

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

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

elementos, se considerará que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos. Lo singular ahora es que los efectos aparentes de esta presunción se ven claramente alterados al incorporarse como elementos específicos de comparación, separados de la retribución. Y ello claro está, sin perjuicio de que inicialmente el empresario deberá reembolsar a los trabajadores desplazados estos gastos “de conformidad” –esto es, seguramente, en lo relativo a los requisitos, justificaciones y modo, no necesariamente en relación con su cuantía– con la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral<sup>162</sup>.

En cualquier caso y desechando nuevamente otras posibles modificaciones que, al menos a nuestro juicio, son solo debidas a problemas de traducción –al no haberse alterado sustancialmente la redacción en otras lenguas ni la estructura general y la finalidad de la normativa<sup>163</sup>–, igualmente importantes son los cambios o alteraciones en relación con los instrumentos llamados a fijar y cuantificar la regulación de estas cuestiones en los países de origen.

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

---

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

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

sectores, de las condiciones de unos convenios colectivos cuya delimitación en la nueva Directiva es ahora, además, más amplia<sup>164</sup>.

Y ello, claro está, no tanto por la a nuestro juicio intrascendente modificación del anterior término eficacia o aplicación general por la nueva expresión relativa a la aplicación universal, debida seguramente a problemas o cambios de mera traducción<sup>165</sup>. A mi juicio, lo realmente importante es que mientras antes los convenios a los que hacía referencia el precepto en su segundo párrafo –en especial los que fuesen solo “ampliamente aplicados”– solo podrían entrar en juego “a falta de un sistema de declaración de aplicación general”, ahora se abre la puerta a que los mismos lo sean, no solo “a falta de”, sino también “además de”<sup>166</sup>.

Si a todo ello sumamos las correspondientes modificaciones destinadas a coordinar la anterior regulación sobre estas fuentes a las nuevas previsiones sobre desplazamientos de larga duración que antes analizamos; la inevitable coordinación de esta regulación con la establecida para las ETT en la Directiva 2008/104 –nuevo art. 3.1.ter en relación con el art. 3.9<sup>167</sup> y la aclaración sobre las situaciones que quedan cubiertas por la directiva<sup>168</sup>; la mejora e insistencia en relación con la colaboración en el control (nueva redacción de los arts. 4.2 y 5)<sup>169</sup> y la obligación expresa de dar publicidad a estas condiciones incorporada igualmente en el art. 3.1 *in fine*<sup>170</sup> tendremos, en definitiva, una modificación

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

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

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

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

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

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

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

ciertamente importante cuyo efecto expansivo, eso sí, sería ciertamente diferente en función del sistema de relaciones laborales con el que nos enfrentemos<sup>171</sup> y que, seguramente por ello, ha sido, como hemos señalado, objeto de sendas impugnaciones ante el Tribunal de Justicia.

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

En cualquier caso, esta labor reformadora no ha quedado limitada a la normativa general, ahora claramente “intersectorial”, sino que se ha extendido igualmente a ciertos sectores tradicionalmente peculiares como es el transporte y, muy singularmente, en relación con el desarrollado por carretera. Las amplias diferencias de costes laborales, acrecentadas tras la última ampliación hacia el este de la Unión, unidas a la progresiva liberalización del sector y a la inadecuación de una normativa general –basada esencialmente en el sector de la construcción–, generaron una situación ciertamente conflictiva<sup>172</sup> que motivó la aparición de diversas normas nacionales que, al hilo de la transposición de la Directiva de refuerzo, exacerbaban las exigencias administrativas y de control generando importantes cargas administrativas y una notable inseguridad jurídica<sup>173</sup>.

Sin entrar aquí a analizar una cuestión que por su complejidad y singularidad requeriría de un estudio específico, incompatible con la ya excesiva extensión de este trabajo, nos limitaremos aquí a recordar cómo, tras reconocer la necesidad de un tratamiento normativo específico de esta materia que reforzase la lucha contra el fraude y los abusos en este sector –Considerando 15<sup>174</sup>–, el art. 3.3 de la Directiva 2018/957 retrasó su aplicación a “la fecha de

---

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

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

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

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

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

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

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

Intentado nuevamente simplificar la cuestión podríamos tratar de resumirla señalando cómo en este campo la propuesta originaria de la Comisión era, en principio, relativamente simple<sup>176</sup> y se centraba, por un lado, en la posible inaplicación de ciertas reglas de la Directiva 96/71 en determinados transportes internacionales y en el establecimiento de un número limitado de requisitos y medidas de control<sup>177</sup>.

En este sentido, y por lo que se refiere a lo primero, la propuesta partía básicamente de una distinción entre los desplazamientos internacionales y los más específicos de “cabotajes”. En relación con los primeros<sup>178</sup>, el art. 2.2 de la Propuesta establecía un umbral temporal mínimo para la plena aplicación de las letras b) y c) del art. 3.1 de la Directiva 96/71. De ahí que solo cuando el período de desplazamiento en su territorio fuese superior a tres días en un periodo de

---

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

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

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

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

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



un mes natural<sup>179</sup>, los Estados miembros aplicarían lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, letras b) –duración mínima de las vacaciones retribuidas– y c) –remuneración–.

En cambio, en relación con los segundos, esto es los de cabotaje<sup>180</sup> – básicamente aquellos transportes nacionales llevados a cabo dentro un específico Estado miembro de acogida con carácter temporal por un trabajador desplazado<sup>181</sup>– el vínculo entre el conductor y el Estado de acogida parecía y parece tan evidente<sup>182</sup> que la Propuesta inicial no dudó en excluirlo del régimen antes establecido para los transportes internacionales, postulando, por tanto, la plena aplicación de la retribución y las vacaciones anuales mínimas del Estado miembro de acogida con absoluta independencia de la frecuencia y la duración de los transportes realizados por un conductor; una propuesta está, por lo demás, plenamente lógica si recordamos como el Considerando 17 del Reglamento (CE) 1072/2009 de 21 de octubre de 2009 ya había señalado que “las disposiciones de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se aplican a las empresas de transporte que efectúan transportes de cabotaje”<sup>183</sup>.

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

---

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

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

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

<sup>182</sup> Considerandos 11 y 12 de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión.

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

desplazamiento<sup>184</sup>, por vía electrónica, en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de acogida o en inglés, con un contenido, eso sí, limitado<sup>185</sup>; que, en segundo lugar, el conductor conservase y/o pusiera a disposición –cuando así se solicitase en el control en carretera– una variopinta documentación que incorporaba desde una copia de la declaración de desplazamiento, a las pruebas de la operación de transporte que se efectúe en el Estado miembro de acogida y los datos registrados por el tacógrafo, pasando por la copia del contrato de trabajo o un documento equivalente, así como las dos últimas nóminas. Ya para concluir, también se preveía la posibilidad de que el Estado impusiera al operador de transporte por carretera la obligación de entregar, después del período de desplazamiento, en papel o en formato electrónico, copias de los documentos antes mencionados a petición de las autoridades del Estado miembro de acogida y en un plazo razonable.

En cualquier caso, lo que pronto resultó claro es que esta Propuesta inicial era ciertamente polémica, como demostraron no solo el Dictamen sobre la misma del CESE<sup>186</sup> sino, y sobre todo, las reacciones de ciertos países y organizaciones<sup>187</sup> y que seguramente están detrás de las profundas modificaciones que sobre aquel texto planteó el Parlamento Europeo<sup>188</sup>.

---

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

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

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

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

<sup>188</sup> Véase la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de abril de 2019, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera (COM(2017)0278 – C8-0170/2017 – 2017/0121(COD)), disponible el 2 de enero de 2020 en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance\\_pleniere/textes\\_adoptes/provisoire/2019/04-04/0339/P8\\_TA-PROV\(2019\)0339\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/provisoire/2019/04-04/0339/P8_TA-PROV(2019)0339_ES.pdf)

Seguramente por todo ello el último texto –y parece que el definitivo– al que hemos tenido acceso justo antes de cerrar estas líneas introdujo muy importantes modificaciones como compromiso entre las distintas instancias del proceso<sup>189</sup>. Sin poder detenernos nuevamente aquí en cada una de ellas –y en especial en las diversas modificaciones en los considerandos–, nos limitaremos escuetamente a destacar cómo, en principio, la norma, partiendo siempre de la existencia o no de un vínculo suficiente del servicio prestado con el territorio del teórico Estado miembro de acogida<sup>190</sup>, establece dos excepciones aparentemente más cercanas a las posiciones empresariales que a las tradicionalmente asumidas por las organizaciones sindicales implicadas<sup>191</sup>.

La primera, excluye la consideración de desplazamiento a las situaciones de tránsito, sin carga o descarga de mercancía y, por tanto, sin recoger o depositar a pasajeros –transporte internacional en tránsito (art. 1.5)–, sin que en dicha exclusión incidan, obviamente, las inevitables paradas relacionadas, por ejemplo, con motivos higiénicos<sup>192</sup>. Y ello porque, como recuerda el propio Considerando 11 del texto sobre el que se ha alcanzado un acuerdo político, no

---

<sup>189</sup> Ya en pruebas de este capítulo se tuvo conocimiento de la Posición del Consejo en primera lectura, adoptada el 7 de abril de 2020. Su texto en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_5112\\_2020\\_REV\\_1&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5112_2020_REV_1&from=EN). Previamente son igualmente de interés el Working Document del Secretariado General del Consejo a las delegaciones de 12 de noviembre de 2019 disponible el 2 de enero de 2020 en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_7894\\_2019\\_REV\\_4&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_7894_2019_REV_4&from=EN). Debe destacarse que una vez cerrado ya este documento, el 20 de diciembre de 2019 se alcanzó un acuerdo político sobre la solución transaccional, frente al que mostraron su descontento las legaciones búlgara, chipriota, húngara, letona, lituana, maltesa, polaca y rumana –Véase [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_5424\\_2020\\_INIT&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5424_2020_INIT&from=EN)–. Por su parte, el 23 de enero de 2020 la Comisión TRAB aprobó dicho acuerdo provisional. El texto del mismo en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_5424\\_2020\\_ADD\\_3&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5424_2020_ADD_3&from=EN)

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

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

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

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

En cambio, la segunda es bastante más trascendente al considerar igualmente que un conductor no debería ser considerado desplazado a efectos de la Directiva 96/71/CE cuando realice operaciones de transporte bilateral<sup>194</sup>. En el caso del transporte de mercancías (art. 1.3), se entenderían como bilaterales aquellas basadas en un contrato de transportes y realizadas desde el Estado miembro de establecimiento<sup>195</sup> hasta otro Estado miembro o tercer país, o bien desde otro Estado miembro o tercer país hasta el Estado miembro de establecimiento<sup>196</sup>. Mientras que, por lo que se refiere al transporte internacional discrecional o regular de pasajeros (art. 1.4), quedarían igualmente excluidas aquellas operaciones en las que se recojan pasajeros en el Estado miembro de establecimiento y se “dejan” en otro Estado miembro o tercer país; en las que se recojan pasajeros en un Estado miembro o tercer país y los trasladen al Estado miembro de establecimiento; o, finalmente, cuando se recojan y se dejen pasajeros en el Estado miembro de establecimiento para realizar excursiones locales en otro Estado miembro o en un tercer país, conforme a lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 1073/2009<sup>197</sup>.

No obstante, debe destacarse cómo, en ciertas condiciones<sup>198</sup>, esta misma exención se amplía a ciertos supuestos conexos. Así, en relación con el transporte

---

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

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

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

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

<sup>197</sup> Aún más amplias son las excepciones previstas para vehículos con tacógrafos inteligentes

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

de mercancías se ampliaría, además, a aquellas operaciones de transporte bilateral en las que el conductor realice, además, otra actividad de carga o descarga en los Estados miembros o países terceros que atraviese el conductor, siempre y cuando dicho conductor no cargue mercancías y las descargue en el mismo Estado miembro (art. 1.3). Y de forma relativamente simétrica, esta misma excepción se extendería a los supuestos en los que, en el marco del transporte de pasajeros bilateral, se recoja, además, pasajeros una vez o se depositen pasajeros una vez en Estados miembros o en terceros países que atraviese el conductor, siempre y cuando el conductor no ofrezca servicios de transporte de pasajeros entre dos localidades situadas dentro del Estado miembro que atraviese. Esta misma excepción se aplicará para el viaje de vuelta, si bien en el caso de transportes por mercancías se exige que cuando una operación de transporte bilateral que comience en el Estado miembro de establecimiento durante la cual no se realice otra actividad adicional esté seguida de una operación de transporte bilateral hacia el Estado miembro de establecimiento, la exención se aplicará como máximo a dos actividades más de carga o descarga, en las condiciones antes establecidas<sup>199</sup>.

En cambio, lo que sí mantiene la propuesta consensuada (art.1.7) es que el conductor que efectúe transportes de cabotaje, tal como se define en los Reglamentos (CE) n.º 1072/2009 y (CE) n.º 1073/2009, se considerará desplazado en virtud de la Directiva 96/71/CE, al igual que también lo estarán las operaciones de transporte no bilateral caracterizadas por el hecho de que el conductor efectúe un transporte internacional fuera del Estado miembro en el que está establecida la empresa que realiza el desplazamiento<sup>200</sup>. En estos casos, lo que sí es llamativo –y debe relacionarse obviamente con la nueva regulación de los desplazamientos de larga duración incorporados por la Directiva 2018/957– es que de acuerdo con el art. 1.8 cada periodo de desplazamiento “no se acumulará a períodos de desplazamiento previos en el contexto de operaciones internacionales de este tipo del mismo conductor o de otro conductor al que haya sustituido”, teniendo en cuenta que, además, se considerará que un desplazamiento finaliza cuando el conductor deja el Estado

---

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

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

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

Finalmente, en el caso de que el conductor efectúe una operación de transporte combinado (art.1.6)<sup>201</sup>, la Propuesta de Directiva parte del principio de acuerdo con el cual naturaleza del servicio prestado durante las partes inicial o final del recorrido por carretera está estrechamente vinculada al Estado miembro de establecimiento solo si el recorrido en sí mismo constituye una operación de transporte bilateral. En cambio, existiría un vínculo suficiente con el territorio de un Estado miembro de acogida cuando la operación de transporte durante el recorrido por carretera se realiza dentro del Estado miembro de acogida o como una operación de transporte internacional no bilateral y, por consiguiente, en tales casos sí se deberían aplicar las normas sobre el desplazamiento<sup>202</sup>.

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

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

Ya por último, solo quisiéramos dejar constancia de que el interés por este tema no se ha agotado con todas estas reformas, sino que ha continuado tras las mismas<sup>204</sup>.

---

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

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

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

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

Así, en el marco establecido en la Declaración conjunta sobre las prioridades legislativas de la UE para 2018-2019 –en la que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión se comprometieron a tomar medidas para reforzar la dimensión social de la Unión, trabajando para, entre otras cuestiones, garantizar un trato equitativo para todas las personas en el mercado laboral de la Unión mediante la modernización de las normas sobre el desplazamiento de trabajadores<sup>205</sup>–, se procedió a crear la Autoridad Laboral Europea<sup>206</sup> como instrumento cuyos fines y actividades serán fundamentales en cuestiones como la cooperación de los Estados miembros en la detección y sanción de empresas fantasmas, falsos autónomo y derechos de los trabajadores desplazados en el marco de la normativa antes enunciada (art.1.4 Reglamento (UE) 2019/1149)<sup>207</sup>, así como en la ayuda a los Estados miembros en el cumplimiento de las obligaciones sobre divulgación y acceso a la información en relación con “el desplazamiento de trabajadores, tal como establece el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE, en particular por medio de referencias a fuentes de información nacionales, como los sitios web nacionales oficiales únicos” (art. 5.c Reglamento (UE) 2019/1149)<sup>208</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

No obstante, también debemos señalar que, aun siendo un importante e indudable avance sobre la situación anterior, la nueva normativa no deja de presentar algunos déficits que, al menos en mi opinión, pueden limitar de forma significativa su posible eficacia<sup>209</sup>.

En este sentido, es evidente, en primer lugar, que la nueva norma presenta significativas mejoras sobre el precedente constituido por el art. 4 de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991. La notable ampliación de contenidos, singularmente en relación con los trabajadores desplazados y cubiertos por la Directiva 96/71, es sin duda una de ellas. En especial, las nuevas referencias a la información “complementaria” relativa a la remuneración a la que tienen derecho con arreglo a la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; a “todo complemento específico por desplazamiento y toda disposición relativa al reembolso de los gastos de viaje alojamiento y manutención” –incorrectamente ubicada en la propuesta inicial de la Comisión<sup>210</sup>–; o al enlace al sitio web del art. 5 Directiva 2014/67 son, sin duda, importantes avances sobre la regulación anterior, aunque llamativamente no alcancen todas y cada una de las materias a las que hace referencia el art. 3.1 Directiva 96/71 en función, además, de la duración del desplazamiento.

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

---

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

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



desplazados<sup>211</sup>, las dificultades para comprender, en muchas ocasiones, no solo la posible “jungla retributiva” de la normativa, sobre todo convencional, del Estado de destino, sino también las no siempre fáciles reglas de clasificación profesional de estos mismos textos, determinarán o pueden causar la falta de eficacia real de un derecho que, así regulado, corre el riesgo de convertirse, nuevamente, en una simple carga administrativa más<sup>212</sup>.

Por ello, quizás hubiera sido mucho más adecuado que en vez de una simple referencia a las disposiciones legales del Estado de destino<sup>213</sup> se hubiera impuesto al empleador la obligación de informar al trabajador de las condiciones individuales que, en relación con todas las materias del art. 3.1. Directiva 96/71 –pero, en especial, en relación con la remuneración–, se deducen de las normas heterónomas y autónomas del país de destino y que, de acuerdo con el mencionado art. 3, podrían llegar a ser exigibles en función de la duración más o menos prolongada del desplazamiento. Y ello ya que, lógicamente, debemos presumir que el empleador ha debido realizar dichos cálculos para cumplir con las obligaciones impuestas por la Directiva y fijar, por tanto, las condiciones de servicio legalmente establecidas para cada trabajador durante dicho desplazamiento. De ahí que incorporar esta información pormenorizada a la comunicación que debe realizar en todo caso al empleado –distinguiendo incluso su contenido según su duración más o menos prolongada– no debería suponer –salvo que presumamos que el empleador no realiza este cálculo con el

---

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

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

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

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

Además, obsérvese que, aunque la información debe ser facilitada antes de la partida<sup>214</sup> –si bien esto solo se establece en el primer punto del art. 7, parece razonable extender esta regla a ambos supuestos de desplazamiento–, y se establecen además reglas específicas en caso de modificación de la relación laboral –art. 6–, el control sobre el cumplimiento de la misma se realiza, al menos aparentemente, por el Estado de origen, sin que se haya previsto –quizás por los posibles problemas de una norma como esta desde la perspectiva del tantas veces mencionado test *Säger*– la obligación de que la justificación de su cumplimiento se conservase o se pudiera poner a disposición, si así lo requiriese el Estado de destino, mediante una modificación, por ejemplo, del art. 9 Directiva 2014/67.

Y tampoco completamente favorable es, al menos a mi juicio, la valoración que debe recibir el nuevo art. 7.4 Directiva 2019/1152. Y ello ya que, si bien reduce mínimamente<sup>215</sup> la duración de aquellos desplazamientos que quedan excluidos de este derecho –pasando del mes contemplado en la regulación anterior a las cuatro semanas consecutivas o menos de la actual redacción<sup>216</sup>–, la reforma aprovecha para aclarar implícitamente, aunque también sin ningún género de dudas, que lo trascendente a estos efectos es la duración de cada uno de estos desplazamientos singulares, sin que, en cambio, se contemple la hipotética y seguramente deseable agregación de sucesivos desplazamientos de duración individual inferior a estas cuatro semanas, sobre todo cuando se reiteran al mismo país y por plazos sucesivos inferiores a estas cuatro semanas en posibles periodos de referencia como, por ejemplo, el anual<sup>217</sup>.

---

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

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

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

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

Es cierto que en la nueva redacción esta regla aparece como derecho dispositivo –queremos suponer que relativo– para los Estados miembros, permitiendo por tanto que estos limiten los desplazamientos excluidos de tales obligaciones de información, y permitiendo, por tanto, otras posibles opciones como esta agregación de diversos y sucesivos desplazamientos a un mismo país de destino<sup>218</sup>. Pero no debe olvidarse que en estos casos la normativa aplicable será en principio la del país de origen, y que es más que razonable suponer que muchos de los países en los que estas reglas serían de mayor interés no estarán interesados –dada su posición frente a anteriores reformas en este ámbito– en expandir una nueva “carga” frente a la libre prestación de servicios de sus empresarios.

### 8. A modo de conclusión

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

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

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

---

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

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

---

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