

COMENTARIO SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2018/957 AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

ÓSCAR CONTRERAS HERNÁNDEZ

NET21 NÚMERO 4, JUNIO 2021

El desplazamiento de trabajadores vinculado a la libre prestación de servicios en la UE vuelve al primer plano de actualidad, esta vez, no por ser objeto de interpretaciones judiciales controvertidas, como las efectuadas para el cuarteto de sentencias *Laval*, ni por ofrecer nuevos ejemplos de desigualdad de trato entre trabajadores europeos, *dumping* social o competencia desleal en el mercado interior, sino por haber sido objeto de alteraciones de las reglas del juego, en un primer momento mediante la Directiva 2014/67/UE y, más recientemente, a través de la Directiva 2018/957, que ha servido para revisar los aspectos sustantivos de la vetusta Directiva 96/71/CE, corregir sus carencias, ofrecer una mayor protección de las personas desplazadas y salvaguardar, con ello, la libre prestación de servicios en condiciones más equitativas.

El objeto de esta contribución es comentar algunas cuestiones acerca de la transposición de la Directiva 2018/957 al ordenamiento español. Para ello, conviene hacer dos apuntes preliminares. El primero tiene que ver con la elaboración de esta norma, que no fue precisamente sencilla ni pacífica: las posturas de los interlocutores sociales, instituciones europeas y parlamentos nacionales durante la negociación dan buena cuenta de las reacciones opuestas y la división entre los Estados y agentes afectados, con un grupo a favor de la revisión (los países más desarrollados económicamente, los sindicatos y los trabajadores desplazados) y otros claramente en contra (los países del este y las grandes patronales europeas). El segundo tiene que ver con la validez jurídica de las nuevas reglas: el TJUE, en sus sentencias de 8 de diciembre de 2020 para responder a los recursos de anulación presentados por Hungría y Polonia contra la revisión de la Directiva 96/71/CE, concluyó que estaban debidamente justificadas, que fueron adoptadas de conformidad con los principios legales en juego y que no son contrarias a lo dispuesto en los Tratados ni al resto de normas relativas a su ejecución¹.

¹ SSTJUE de 8 de diciembre de 2020, *Hungría/Parlamento Europeo y Consejo*, asunto C-620/18 y *Polonia/Parlamento Europeo y Consejo*, asunto C-626/18.

Lo cierto es que el *alzamiento* o *venganza política* de estos países contra la reforma, más allá de mostrar su desafección con la política social europea y su disconformidad con la decisión legal adoptada, no estaba justificada, al menos desde la perspectiva jurídica. No obstante, permitió llevar a cabo un examen en profundidad de los objetivos, legalidad y consecuencias que impone la revisión de la Directiva 2018/957. Asimismo, generó dudas entre los Estados, lo que, unido a la situación provocada por la Covid-19, influyó en la tardía transposición; en la fecha máxima fijada (30 de julio de 2020) solo 12 Estados miembros habían incorporado las nuevas reglas, sin embargo, tras la publicación de las sentencias (y la apertura de 15 procedimientos de infracción contra los Estados incumplidores), el ritmo se aceleró y el resto de los países procedió a la incorporación de la norma a sus respectivos ordenamientos.

1. España ha sido uno de los últimos países en efectuar la transposición completa, entre otros motivos porque en los aspectos esenciales las reglas impuestas por la Directiva 2018/957 ya se encontraban *parcialmente* incorporadas en el ordenamiento nacional y cumplían con los objetivos básicos de esta norma. En concreto, en lo relativo a: 1º) la remuneración como forma de retribuir a las personas desplazadas; 2º) la aplicación de las condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos de aplicación universal y en todas las ramas de actividad, no solo en el sector de la construcción; 3º) la aplicación del principio de igualdad de remuneración y otras condiciones esenciales entre las personas desplazadas cedidas por ETTs de otro Estado y las desplazadas por empresas usuarias establecidas en España, y; 4º) el reconocimiento de la libre sindicación y los derechos de huelga. Ahora bien, otras medidas, tales como la incorporación de otras condiciones de trabajo dentro del núcleo mínimo; la *temporalidad máxima* del desplazamiento; las consecuencias de los desplazamientos *en cadena* efectuados por empresas usuarias; las nuevas obligaciones de información y cooperación entre autoridades u organismos competentes, o; el establecimiento del régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las nuevas medidas, quedaron pendientes de transposición.

Así lo comunicó el Gobierno español a la Comisión Europea el 9 de diciembre de 2020 señalando que, de las aproximadamente 30 modificaciones legales que exige la reforma del marco legal del desplazamiento intracomunitario, ya se encontraban incorporadas al ordenamiento nacional 16, teniendo solo pendiente de transposición 10 y no requiriendo modificación otras 4 medidas. Tras la aprobación por la vía de urgencia del Anteproyecto de Ley en enero de 2021, finalmente el Consejo de ministros aprobó el RD-Ley 7/2021, de 27 de abril (RDL), que incorpora al ordenamiento español, entre otras, la Directiva 2018/957.

2. La legislación reguladora del desplazamiento de trabajadores en España está contenida principalmente en cuatro leyes: la Ley 45/1999, *sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios* (LDT); la Ley 14/1994, *por la que se regulan las empresas de trabajo temporal* (LETT); el Real Decreto Legislativo 5/2000, *sobre infracciones y sanciones en el orden social* (LISOS), y; la Ley 23/2015, *ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. Todas ellas han sido modificadas y adaptadas a través del RDL cumplir con las nuevas reglas; no obstante, ha sido la Ley 45/1999 la que ha experimentado mayores cambios². Esta norma ya fue objeto de modificaciones en los años 2000, 2003 y, más recientemente, en el año 2017 cuando se incorporó al Derecho interno la Directiva 2014/67/UE a través del RD-Ley 9/2017. No está de más advertir acerca del retraso del desarrollo reglamentario previsto en esta última norma, pues debería haber visto la luz en 2017 para, entre otras cuestiones, elaborar un protocolo de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y las CC.AA., poner en marcha el registro electrónico central de los desplazamientos y aclarar aspectos relacionados con la ejecución transfronteriza de sanciones. A fecha de hoy, todavía se está pendiente de ello y supone una anomalía que dificulta la labor de vigilancia y control por parte de la ITSS e impide disponer de datos oficiales y centralizados, entre otros, sobre el volumen, sector de actividad y duración de los desplazamientos con destino a España³.

3. El núcleo mínimo imperativo de condiciones laborales que deben respetar las empresas que desplazan personal asalariado a España se ha visto ampliado por las mejoras que ha incorporado la Directiva 2018/957 en los arts. 3.1 y 3.7 de la Directiva 96/71/CE con el objetivo de ofrecer una mayor protección. Se han añadido al artículo 3.1 LDT tres nuevas letras para incluir, entre las materias que deben garantizarse: las condiciones de cesión de los trabajadores *en misión* (letra i), las condiciones de alojamiento de las personas desplazadas (letra j) y las dietas o los reembolsos para cubrir gastos de viaje, alojamiento y manutención en que incurran las personas desplazadas a España cuando, durante su estancia, deban viajar a y desde su lugar de trabajo a otro lugar fuera de su residencia temporal en

² Vid., cuadro comparativo elaborado por el profesor Rojo Torrecilla. Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/04/desplazamiento-de-personas-trabajadoras.html?fbclid=IwAR09Nz3G4L_sZnj4Zce-9T-dv3SJnUgySuV39klyQNIAoUicFTZ-SAJh8B8

³ La única fuente que permite obtener datos centralizados son los formularios A1 emitidos por los organismos de Seg. Social de los Estados miembros. A partir de ellos se estima que, aproximadamente 250.000 personas se desplazaron desde España a otros países UE/EEE y Suiza en 2019. Por el contrario, España recibió más de 177.000 personas desplazadas en ese mismo año. En la actualidad, no es posible conocer los sectores o duración de los desplazamientos porque los organismos competentes de Seg. Social en España no comunican estos datos a la Comisión.

España (letra k). Asimismo, y para lograr una mayor transparencia sobre la naturaleza salarial o extrasalarial de los posibles complementos por desplazamiento, se ha añadido en el artículo 4.3 un 2º párrafo, donde se ha previsto que este complemento tendrá naturaleza extrasalarial a no ser que el contrato de trabajo o las disposiciones aplicables a la relación laboral lo indiquen expresamente. En efecto, a no ser que exista indicación de los elementos que lo componen y si este tiene carácter salarial o extrasalarial, se considerará que se abona como reembolso de gastos. La consecuencia práctica es que, salvo pacto expreso, no se considerará como parte de la remuneración.

Pese a que el legislador español debería haber establecido una distinción más clara entre lo que se entiende por complementos de desplazamiento *stricto sensu* y los posibles reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención, no cabe duda de que las nuevas materias, especialmente la garantía de proporcionar un alojamiento digno (letra j), mejoran la protección de las personas desplazadas a España, puesto que se les garantizan unas mejores condiciones de vida y trabajo. Además, aunque suponen una mayor carga económica para los empresarios que desplacen trabajadores a España, son compatibles con la libre prestación de servicios de conformidad con la jurisprudencia europea⁴.

4. La temporalidad limitada de los desplazamientos transnacionales que impone el nuevo artículo 3.1 *bis* de la Directiva 96/71/CE ha tenido su reflejo en el artículo 3.8 LDT. Este precepto establece que cuando la duración del desplazamiento sea superior a 12 meses -o 18 en caso de notificarlo a la autoridad laboral-, las empresas deberán garantizar una protección especial *reforzada* consistente en aplicar, sobre la base de la igualdad de trato, "el resto de las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española". Ahora bien, sin producirse un cambio de la ley aplicable al contrato de trabajo, que seguirá siendo la del país de origen, y sin producirse una asimilación absoluta con los trabajadores españoles ya que, los procedimientos y condiciones de celebración del contrato de trabajo -incluidas las cláusulas de no competencia-, las reglas de extinción de la relación laboral o las cuestiones relativas a los regímenes complementarios de pensiones, seguridad social y fiscalidad, se mantendrán vinculadas al ordenamiento de origen. Cuatro puntualizaciones necesarias en relación con la transposición de esta importante regla y las aclaraciones contenidas en los cuatro apartados del art. 3.8 LDT revisado. La primera es relativa a la notificación motivada para ampliar el plazo de desplazamiento de 12 a 18 meses; entendemos que, aun resultando

⁴ Como ha aclarado el TJUE, la protección laboral y social de los trabajadores se encuentra entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción de la libre prestación de servicios. *Vid.*, por todas, sentencias de 13 noviembre de 2018, (*Cepelnik*, asunto 33/17), ap. 44 y de 12 septiembre de 2019 (*Maksimovic y otros*, asuntos 64/18, 140/18, 146/18 y 148/18) ap. 37.

obligatorio, se trata de un mero procedimiento declaratorio y no de una autorización administrativa, y es que, de conformidad con la jurisprudencia europea, las autoridades laborales no tendrán potestad para no autorizar la ampliación pues, de ser así, podría suponer una restricción injustificada de la libre prestación de servicios ex artículo 56 TFUE⁵. La segunda es para llamar la atención acerca de las consecuencias de la sustitución / reemplazo de las personas desplazadas; la duración del desplazamiento se calculará teniendo en cuenta los periodos de desplazamiento de quienes presten servicios en el mismo trabajo en el mismo lugar, así pues, los periodos se acumularán como uno solo. La tercera es, más bien, una pregunta al hilo de las posibles consecuencias de la superación de los plazos de referencia fijados de 12-18 meses: ¿qué sucederá si, por ejemplo, se supera un plazo de desplazamiento de 24 meses? Nada se ha explicitado en la transposición española, lo que nos lleva a entender que habrá que estar a lo dispuesto en el art. 8 Reglamento 593/2008 (Roma I) y determinar la ley aplicable al contrato de trabajo internacional en función de las reglas de conflicto en él incluidas y las circunstancias concurrentes. La cuarta y última puntualización es relativa al incumplimiento de la obligación de notificar la ampliación del plazo. Salvo mejor análisis, no hemos podido encontrar entre las modificaciones efectuadas en la LISOS nuevas infracciones y sanciones relativas al incumplimiento de la notificación de la prórroga del desplazamiento o relacionadas con el nuevo régimen laboral de las personas desplazadas de larga duración.

5. La ampliación de las posibilidades de aplicar convenios colectivos no declarados de aplicación universal no ha provocado cambios en la legislación española, no habiendo sido preciso transponer las modificaciones operadas en los artículos 3.1 y 3.8 Directiva 96/71/CE revisada que, en este sentido han sido modificados para establecer que *a falta de, o además de,* un sistema de declaración universal de convenios colectivos o laudos arbitrales, los Estados podrán basarse, si así lo deciden, en otro tipo de convenios de eficacia limitada. Esta alteración posibilita exigir la aplicación de condiciones de trabajo fijadas en convenios colectivos existentes en el país de prestación de servicios con independencia de que exista, o no, un sistema de declaración universal en el Estado en cuestión.

Si bien, la eficacia general de la negociación colectiva en España en el ámbito sectorial garantiza el cumplimiento de los presupuestos del artículo 3.1 de la Directiva, lo cierto es que la prioridad aplicativa que otorga el artículo 84.2 ET a los convenios de empresa en determinadas materias genera dudas aplicativas que pueden resumirse en la siguiente pregunta: ¿qué convenio deberá aplicarse cuando se desplacen a España trabajadores a una empresa o centro de trabajo donde exista y se esté aplicando un convenio colectivo de empresa? Puesto que

⁵ Vid., entre otras, STJUE de 7 de octubre de 2010 (*Dos Santos Palhota y otros*, asunto C-515/08), ap. 34 y 35, STJUE de 19 de enero de 2006 (*Comisión/Alemania*, asunto C-244/04), apartado 34.

el art. 3.4 LDT obliga a aplicar las condiciones previstas en disposiciones legales y en convenios colectivos aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad donde se presten servicios, podríamos interpretar que estos son aplicables por el carácter de *lex specialis* de la LDT. Ahora bien, si atendemos a la jurisprudencia del TJUE, más específicamente al asunto *Portugaia*, esta situación podría producir una restricción injustificada de la libre prestación de servicios⁶. El motivo es que las empresas españolas, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa que contemple condiciones retributivas inferiores podrían, por ejemplo, abonar una remuneración más baja que la establecida en un convenio colectivo declarado de aplicación general; sin embargo, un empresario establecido en otro Estado miembro que vaya a prestar servicios temporales en España no podría hacer lo mismo porque debería atenerse a lo dispuesto en el convenio colectivo sectorial. La concurrencia de la situación descrita no resulta en absoluto descabellada y, mientras no se derogue la prevalencia del convenio de empresa que propugna el art. 84.2 ET, podría producirse *de facto* un aliciente para el uso de este tipo de convenios colectivos a la hora de regular las condiciones de las personas desplazadas. Como ha señalado el profesor Cruz Villalón, “el actual modelo de preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al de sector, puede contradecir el efecto útil de la Directiva, especialmente de las previsiones contenidas en la modificación de 2018”⁷.

6. Respecto a las nuevas normas establecidas para los desplazamientos efectuados por empresas de trabajo temporal, hay que señalar que una parte de ellas ya figuraban incorporadas en el ordenamiento nacional en los artículos 3.2 y 4.2 LDT y venían a garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración y trato entre las personas desplazadas cedidas y las de la empresa usuaria. Ahora bien, otras no se encontraban reguladas. Su transposición se ha llevado a cabo, en primer lugar, modificando la LDT para determinar que en los desplazamientos *en cadena* donde una empresa usuaria desplaza a los trabajadores cedidos a España a otro Estado, se entenderá que la ETT sigue siendo la empleadora (art. 2.2) y que, tanto la ETT como la empresa usuaria deben garantizar las condiciones de trabajo a las personas desplazadas (art. 3.7). En segundo lugar, modificando la LETT para introducir nuevas obligaciones de información aplicables a las empresas usuarias (art. 23)⁸.

⁶ Cfs., STJUE de 24 de enero de 2002 (*Portugaia Construções*, asunto C-164/99), ap. 35.

⁷ Cruz Villalón, J., Desplazamiento de trabajadores: del cuestionamiento del sistema de relaciones laborales a lo meramente técnico. Entrada blog de 1 de mayo de 2021. Disponible en: <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/05/desplazamiento-de-trabajadores-del.html>

⁸ Las empresas usuarias deberán indicar en el contrato de puesta a disposición las fechas estimadas de inicio y finalización del nuevo desplazamiento (ap. 2º). Asimismo, deberán informar a la ETT sobre el inicio del *desplazamiento en cadena* con tiempo suficiente para que se pueda comunicar el desplazamiento a las autoridades españolas (ap. 3º).

También se ha establecido que, sin perjuicio de las responsabilidades que corresponden a las empresas usuarias de conformidad con las normas de transposición de la Directiva 2008/104, las ETT cuyos trabajadores sean enviados, a su vez, por empresas usuarias a otro Estado para realizar un trabajo en el marco de una prestación de servicios, deberán garantizar las condiciones laborales previstas por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71 (art. 26.2 *in fine* LETT). Con la intención de asegurar el cumplimiento de estas y otras obligaciones, se ha modificado la LISOS añadiendo tres nuevos apartados al artículo 19 para incluir, reordenar y tipificar las infracciones que pueden cometer en España las ETT establecidas en otros Estados miembros, así como las empresas usuarias establecidas en España o en otro Estado miembro, pero que ejerzan su actividad en territorio español. El incumplimiento de la obligación de informar por parte de la empresa usuaria a la ETT establecida en otro Estado miembro sobre el inicio del envío temporal de una persona desplazada a España con la antelación suficiente para que dicha empresa pueda comunicarlo a las autoridades españolas, se ha tipificado como infracción grave (art. 19 *quater* LISOS). Estas modificaciones, consecuencia de la transposición de la Directiva 2018/957, y la tipificación de nuevas infracciones que castigan su incumplimiento, resultan acordes con las necesidades de mayor protección de los trabajadores cedidos desplazados en cadenas de subcontratación y deben acogerse positivamente pues permitirán reducir el número de abusos que se producían en este tipo de desplazamientos y/o sancionar los comportamientos ilícitos.

7. Las nuevas obligaciones en materia de cooperación entre autoridades u organismos competentes, así como de vigilancia, control y ejecución añadidas a los artículos 4 y 5 de la Directiva 96/71/CE revisada se han incorporado al ordenamiento español modificando el apartado 2º del art. 9 LDT. Se ha agregado a la obligación genérica de colaborar entre autoridades y organismos competentes en materia de supervisión de las condiciones de trabajo, el deber específico de cooperar a escala de la Unión, en concreto, respondiendo a las peticiones de información cursadas por otros Estados y abordando los casos de abuso, elusión de normas o de actividades presuntamente ilegales, tales como el trabajo no declarado y el desplazamiento de falsos trabajadores autónomos. También se ha adicionado un nuevo apartado 6º al artículo 8 *bis* LDT, donde se determina que cuando se compruebe que una empresa está creando, de manera indebida o fraudulenta, la impresión de que la situación de una persona trabajadora entra en el ámbito de aplicación de esta Ley, esta tendrá derecho a la aplicación de la legislación española de trabajo y seguridad social, sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier orden que puedan exigirse a la empresa. Este precepto reproduce de manera casi literal lo dispuesto en los párrafos 4º y 5º de la Directiva 96/71/CE revisada.

Si bien, la supervisión y el control de las obligaciones en materia de desplazamiento transnacional de trabajadores en España es desempeñada por la ITSS, la ejecución de acciones relacionadas con la lucha contra el fraude en el trabajo transnacional mediante la asistencia mutua con otros países, el intercambio de información a través del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) y la cooperación administrativa interestatal se está llevando a cabo por la Unidad Especial de Coordinación sobre Lucha contra el Fraude en el Trabajo Transnacional. Esta unidad fue creada por la Orden TES/967/2020, de 6 de octubre y es previsible que mejore la coordinación de los trabajos de vigilancia y control para que los empleadores que desplacen trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios respeten y garanticen sus derechos laborales, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo.

8. La transposición -completa- al ordenamiento español de las nuevas reglas impuestas por la Directiva 2018/957 es conforme a derecho y cumple, en lo esencial, con los objetivos de su referente europeo, principalmente, porque la legislación española ya cumplía con carácter previo con una parte de las nuevas disposiciones -en concreto, con las más importantes: la remuneración como forma de retribuir a los desplazados y la aplicación de convenios colectivos sectoriales gracias a la eficacia jurídica de la negociación colectiva en España- y, también, por haber efectuado una *fiel* reproducción de aquellas otras medidas aprobadas que no estaban reguladas en las leyes españolas. Hay que reconocer que estas se han incorporado al ordenamiento nacional sin llevar a cabo innovaciones sustanciales, básicamente porque el legislador no ha querido ir más allá de lo dispuesto por su homólogo europeo y, si bien esto genera certidumbre respecto a la no vulneración de la libre prestación de servicios ex art. 56 TFUE, se echa de menos, por ejemplo, mayor detalle en relación con los desplazamientos de larga duración, respecto a aquellas condiciones aplicables una vez superada la duración máxima del desplazamiento o en relación con el régimen de infracciones por su incumplimiento. También se echan en falta reglas específicas para determinados sectores, donde el desplazamiento de trabajadores a España es recurrente y son más susceptibles a la desigualdad de trato y a la competencia desleal, como son, el sector agroalimentario, el de la construcción y el del transporte internacional por carretera. Este último sector, de hecho, no se verá afectado por las nuevas reglas reguladoras del desplazamiento (disposición transitoria 6ª del RDL 7/2021) pues, siguiendo lo establecido en el artículo 3.3 de la Directiva 2018/957 y una vez se ha modificado la Directiva 2006/22/CE, estas serán aplicables después de la fecha de transposición de la Directiva 2020/1057 prevista para el 2 de febrero de 2022.

En fin, aun pendientes del desarrollo de normas específicas para este sector y del impacto que puedan tener las nuevas reglas reguladoras del desplazamiento de

trabajadores en el marco de una prestación de servicios incorporadas al ordenamiento español, es indudable que estas contribuirán a la mejora de la protección y vigilancia de los derechos de las personas desplazadas a España, así como a una mayor competencia leal. Estaremos atentos a sus consecuencias prácticas.

NETS