

DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE TRABAJADORES. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 7/2021. UN ANÁLISIS VERIFICADOR

MARÍA VILLA FOMBUENA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
CEU Cardenal Spínola, adscrito a la Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras claves: trabajadores; desplazamiento temporal; prestación transnacional de servicio; condiciones de trabajo

La reciente aprobación del Real Decreto Ley 7/2021, encargado de transponer a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones de la Directiva 2018/957, relativa a la modificación de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, determina la conveniencia de llevar a cabo un análisis de su incidencia práctica real; sobre todo teniendo en cuenta que la eficacia jurídica general que caracteriza a nuestro sistema de negociación colectiva y que la legislación española ya venía cumpliendo en lo esencial con el contenido de la norma europea de la que trae causa hace presagiar que su repercusión no será del mismo calado que las que han tenido que implementar otros Estados miembros.

ABSTRACT

Key words: workers; temporary posting; transnational provision of services; working conditions

The recent approval of Royal Decree Law 7/2021, responsible for transposing into Spanish law the provisions of Directive 2018/957 amending Directive 96/71/EC on the posting of workers in the framework of the provision of services, makes it advisable to carry out an analysis of its actual practical impact; Especially bearing in mind that the general legal effectiveness that characterizes our collective bargaining system and the fact that Spanish legislation already complied in essence with the content of the European standard from which it derives suggests that its impact will not be of the same magnitude as those that other Member States have had to implement.

ÍNDICE

1. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN. LA PROBLEMÁTICA DE ORIGEN Y SU REGULACIÓN INICIAL
2. LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2018/957
3. SU INCIDENCIA REAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. ANÁLISIS DE SU TRANSPOSICIÓN DE MANO DEL RDL 7/2021
4. CONCLUSIÓN

1. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN. LA PROBLEMÁTICA DE ORIGEN Y SU REGULACIÓN INICIAL

La expansión de las actividades empresariales más allá de las fronteras nacionales de mano de los desplazamientos temporales de sus trabajadores al territorio de otro Estado miembro -como estrategia para lograr una mayor competitividad empresarial- no resultó una cuestión pacífica en el marco del mercado interior europeo orquestado sobre el pilar de la libre circulación de personas, servicios, capitales y mercancías¹ y en el que la protección y el fomento del tráfico empresarial transnacional junto a la preocupación por una competencia leal entre las empresas establecidas en distintos Estados focalizaban el interés de las instituciones europeas. Interés que distaba e incluso contradecía en ocasiones al de los propios Estados miembros interesados, por un lado, en promover la acción exterior de sus empresas nacionales (como mecanismo de ampliación de sus mercados y de sus oportunidades de empleo), así como en proteger a los trabajadores nacionales de la pérdida de puestos de trabajo como consecuencia de la entrada en su mercado nacional de mano de obra extranjera cuya contratación resultaba más cómoda y económica; y por otro, en controlar los casos de exportación de mano de obra ante los problemas a los que estos podían enfrentarse y a la dificultad que los límites territoriales de la acción del Estado podía suponer para solucionarlos.

La interconexión de libertades fundamentales en juego (principalmente, circulación de trabajadores y prestación de servicios) determinaba la complejidad y, en consecuencia, la tardanza de una posible intervención comunitaria en la materia sobre la regla general de interdicción de las limitaciones a las libertades europeas. Sin embargo, el incremento de la actividad transnacional de empresas (principalmente de países de la Europea del Este y de algunos países bálticos) que actuaban en el mercado interior en una clara situación de ventaja competitiva, fruto de la disparidad de las condiciones de trabajo en origen (en especial, la inferioridad de los salarios), evidenció situaciones de discriminación entre los trabajadores de algunos Estados y los trabajadores desplazados temporalmente a ellos, y, por extensión, la existencia de competencial desleal en el interior de dicho

¹ Sobre las prestaciones transnacionales de servicio en el marco de las libertades europeas de circulación véase, Villa Fombuena, M., *La prestación de servicios transnacional. Una nueva perspectiva de análisis*, Comares, Granada, 2018, pp. 30-33.

mercado. Para evitar ambos efectos y en cumplimiento de su finalidad tuitiva, el Derecho europeo se encaminó a través de la Directiva 96/71/CE a garantizar un núcleo de normas vinculantes de protección mínima en el país de acogida que tendrían que ser respetadas por el empresario que desplazase a él a sus trabajadores con independencia de la ley aplicable al contrato de trabajo. Esta exigencia de condiciones de trabajo mínimas para el trabajador desplazado no sólo imposibilitaba la desigualdad laboral respecto de los trabajadores nacionales, sino que además determinaba una prohibición implícita de *dumping* social, obstaculizando con ello la competencia desleal entre empresas que operasen en el mercado interior.

No debemos pensar sin embargo que la puesta en marcha de la Directiva resultó fácil. El hecho de que algunos Estados, a partir de la habilitación hecha por *Rush Portuguesa*², elaborasen y aplicasen su propia legislación nacional en base al principio *lex loci laboris* no sólo determinó una diversidad de regímenes nacionales, sino que evidenció una serie de problemas prácticos de lenta solución. El hecho de que la Directiva exigiese a las empresas implicadas que respetasen la legislación de un Estado en el que no estaban domiciliadas y cuyo Derecho nacional resultaba en ocasiones de difícil comprensión y acceso dificultaba la apreciación de la equivalencia entre su legislación y el Derecho interno aplicable en el país de acogida. Del mismo modo que evidenciaba deficiencias en el control tanto de las transposiciones nacionales que debían llevarse a cabo como en la ejecución de las sanciones, lo que venía a limitar la efectividad real de la norma europea. Tampoco ayudaron los pronunciamientos del TJUE en los asuntos *Laval*, *Rüffert* y *Comisión/Luxemburgo*³ que desencadenaron un intenso debate entre las instituciones europeas, los profesionales y los interlocutores sociales en torno a la interpretación de algunas disposiciones claves de la Directiva 96/71, como el concepto de orden público, el ámbito de aplicación material de las condiciones de trabajo impuestas por la norma europea y la naturaleza de las normas obligatorias (en particular, el salario mínimo).

La primera de las cuestiones fue atendida con la elaboración de la Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Norma que supuso un hito en el campo de la cooperación entre los Estados miembros y en la ejecución transfronteriza de sanciones pecuniarias o multas administrativas y que, a través del establecimiento de criterios comunes y uniformes permitía a las autoridades competentes de los distintos Estados miembros determinar la existencia real de un desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de este tipo de prestaciones, garantizando, a la vez, el respeto a la diversidad de

² Sentencia de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa* (asunto C-113/89).

³ Sentencias de 18 de diciembre de 2007, *Laval* (asunto C-341/05); de 3 de abril de 2008, *Rüffert* (asunto C-346/06) y de 19 de junio de 2008, *Comisión/Luxemburgo* (asunto C-319/06).

los diferentes modelos sociales y sistemas de relaciones laborales en los Estados miembros.

A pesar de las importantes mejoras introducidas por la norma europea de 2014, la verdad es que resultaron insuficientes. Lo que, unido a la controversia generada por los citados pronunciamientos judiciales y a la intensa crítica de la que fueron objeto, hizo que finalmente se optara por una modificación de la Directiva inicial.

2. LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2018/957

Creo conveniente iniciar este apartado aclarando que esta Directiva no aborda ningún aspecto contemplado en la Directiva garantista de 2014; por el contrario, se centra fundamentalmente en aspectos no incluidos en la misma y que se refieren al marco reglamentario establecido por la Directiva original de 1996. En consecuencia, la Directiva de modificación y la Directiva sobre la garantía de cumplimiento son complementarias entre sí y se refuerzan mutuamente.

La modificación del texto de la Directiva 96/71, que tardó en fraguarse algo más de dos años desde la propuesta inicial por la divergencia de posturas dentro de la Unión Europea⁴, se configuró en torno a un doble objetivo. Por un lado, incrementar la protección laboral del trabajador desplazado a otro Estado miembro a través de la determinación de qué derechos laborales deben ser garantizados por las empresas que los desplazan, cuándo deben ser aplicados y en qué instrumentos normativos pueden estar previstos. Y por otro, tratar de combatir los abusos detectados en estos desplazamientos a través de una serie de medidas.

La nueva determinación de los derechos que deben ser garantizados por las empresas que desplazan mano de obra al territorio de otro Estado miembro trajo consigo el fin de la inseguridad jurídica que ha venido rodeando y definiendo la característica esencial de este tipo de desplazamientos: su temporalidad. Y es que, a pesar de los esfuerzos realizados por la Directiva de 2014 por acotar este elemento esencial a través de la determinación de unos criterios de valoración, lo cierto es que la norma no consiguió poner fin a esa indeterminación e incertidumbre. La Directiva 2018/957 sí ha sido consciente sin embargo de que lo prolongado de algunos desplazamientos determina el nacimiento de un vínculo entre el mercado de trabajo del Estado de acogida y los trabajadores desplazados a él. Motivo por el que conmina a los Estados miembros de acogida a velar porque las empresas que

⁴ Lo que queda plasmado en el propio documento de propuesta de Directiva. Véase, 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 servicios [COM/2016/0128 final - 2016/070 (COD)].

desplazan trabajadores a su territorio por un periodo superior a 12 meses (plazo que excepcionalmente puede ampliarse hasta los 18 meses previa notificación motivada a la autoridad laboral) les garanticen, sobre la base de la igualdad de trato, además de las condiciones de trabajo consideradas mínimas por la propia norma, todas las condiciones de trabajo aplicables en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo (art. 3.1.bis). Solución que, si bien zanja la controvertida temporalidad de estos desplazamientos no está exenta de polémica. En primer lugar, porque, como ha sido puesto de manifiesto por algún sector de la doctrina, puede dar lugar a comportamientos empresariales fraudulentos⁵. Y en segundo, porque pudiera parecer que el texto de la Directiva tiene la virtualidad de modificar la ley que resulta aplicable al contrato de trabajo (norma determinada según las directrices marcadas por el Reglamento Roma I). Argumento sobre el que Hungría y Polonia sustentaron sendos recursos de anulación contra la Directiva 2018/957⁶. Sin embargo, al igual que ocurriera con su antecesora, la Directiva de 2018 no es una norma de conflicto. No regula la ley aplicable a los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios ni busca modificarla. Esta norma persigue garantizar unas condiciones de trabajo que impidan la desigualdad de trato en este ámbito particular y eviten el *dumping* social entre las empresas que operan en el mercado interior “con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral” (siguiendo la literalidad de los artículos art. 3.1 y 3.1bis).

La particularidad aportada por la Directiva de 2018 respecto de los trabajadores desplazados temporalmente radica en que el catálogo de garantías laborales se modula en función de la duración del propio desplazamiento. Mientras que para los trabajadores cuyo desplazamiento no supere los 12 meses de duración (ó 18 en el supuesto de existir una notificación motivada del prestador de servicios) la protección queda, en principio, materialmente limitada a las garantías laborales previstas en la nueva redacción del art. 3.1 de la Directiva 96/71 -siempre que resulten más favorables para el trabajador que las contempladas en las disposiciones nacionales de la ley que resulte aplicable al contrato de trabajo (*ex art. 3.7*)⁷; para aquellos otros cuyo desplazamiento puede considerarse de larga duración cambia el estándar de protección, virando de una cobertura de mínimos a una aplicación sin precedentes del principio de igualdad de trato en un ámbito en el que el derecho

⁵ En este sentido, Marchal Escalona, N., “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 62/2019, pp. 97 y 98.

⁶ Sentencias de 8 de diciembre de 2020, *Hungría y Polonia/ Parlamento y Consejo* (asuntos C-620/18 y C-626/18).

⁷ Y digo en principio porque es posible que los Estados las amplíen al posibilitar la aplicación de exigencias adicionales siempre que se trate de disposiciones de orden público (art. 3.10).

de los trabajadores se ha visto supeditado al ejercicio prioritario de la libertad de prestación de servicios⁸.

La Directiva 2018/957 dedica una mención especial a los trabajadores que son desplazados por una empresa de trabajo temporal o agencia de colocación al territorio de otro Estado miembro girando nuevamente el enfoque dado en este campo por la Directiva original. Si la Directiva del 96 establecía como una opción para los Estados la aplicación a estos trabajadores de las condiciones de trabajo previstas para aquellos directamente contratados por una ETT o una agencia de colocación en el Estado de destino de la prestación, la Directiva de modificación lo convierte en una imposición de mano del art. 3.1 *ter* (ex art. 5 de la Directiva 2008/104/CE).

Mención especial merece la extensión del principio de igualdad de trato a la cuestión salarial, sobre todo teniendo presente que el salario se erige como una de las causas principales (si no la principal) de las desigualdades existentes entre las empresas que desplazan mano de obra y las locales del Estado de destino, y por la que hasta entonces ha sido posible seguir obteniendo cierta ventaja competitiva. Este despliegue supone un cambio destacable respecto al contenido en la Directiva original que pasa de garantizar al trabajador desplazado el salario mínimo estipulado en la normativa del Estado de acogida⁹ a la retribución determinada en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, convencionales o arbitrales del territorio en el que se encuentre desplazado el trabajador, quedando con ello bloqueadas las vías de escape que aún permitía la Directiva 96/71. Particularmente destacable resulta la extensión en la aplicación de la legislación laboral del país de destino a los convenios y laudos en aquellos casos en los que en dicho lugar no rija un modelo de convenio colectivo de eficacia general o no se cuente con un sistema de declaración de aplicación universal de convenios colectivos. Solución con la que ya no resulta posible que los trabajadores desplazados que no se encuentren afiliados a los sindicatos que han negociado un determinado convenio nacional en el país de destino sean retribuidos conforme al salario pactado en el convenio colectivo aplicable en la empresa que desplaza y que ha sido celebrado en el país de origen si ello comporta una retribución salarial inferior.

Finalmente, con el objetivo de alcanzar la efectividad en la protección del trabajador desplazado, la Directiva de 2018, no sólo reitera la necesidad de reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades y organismos competentes

⁸ Con excepción de los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de extinción del contrato de trabajo, así como los regímenes complementarios de jubilación.

⁹ De hecho, lo que quedaba garantizado entonces era el salario reconocido en determinados instrumentos normativos (ex arts. 3.1 y 3.8 de la Directiva 96/71) en aquellos casos en los que el trabajador realizase actividades enumeradas en el anexo de la norma y siempre y cuando dicha obligación no fuera exceptuada conforme a alguno de los apartados 2 a 5 del primitivo art. 3.

de los Estados miembros como medida necesaria para acabar con el fraude y el abuso que suele producirse en este ámbito, sino que determina igualmente la corresponsabilidad de los Estados de origen y de destino en materia de vigilancia, control y ejecución de las obligaciones contempladas en la propia norma. De tal forma que cuando un Estado miembro compruebe, tras una evaluación global realizada de conformidad con el art. 4 de la Directiva 2014/67, que una empresa está creando, de manera indebida o fraudulenta, la impresión de que la situación de un trabajador entra en el ámbito de aplicación de la Directiva actual, a dicho Estado corresponde velar por que ese trabajador se beneficie de la legislación y las prácticas aplicables conforme a la propia norma. En este sentido y desde el marco de la cooperación administrativa ya prevista en las Directivas 96/71 y 2014/67, se conmina a las autoridades y organismos competentes a disponer de los medios necesarios para alertar de la existencia de tales situaciones; reforzando con ello la dimensión transnacional de las inspecciones, investigaciones e intercambios de información entre las autoridades u organismos competentes de los Estados miembros afectados. Todo un reto al que vienen enfrentándose los Estados miembros desde la Directiva de 1996.

3. SU INCIDENCIA REAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. ANÁLISIS DE SU TRANSPOSICIÓN DE MANO DEL RDL 7/2021

Como no podía ser de otro modo, la primera mención de este análisis va referida tanto a la morosidad de la incorporación normativa a nuestro ordenamiento jurídico como al instrumento jurídico utilizado para ello. Circunstancias para las que se procura justificación en la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril¹⁰; sobre los distintos acontecimientos que han acaecido en la conformación del actual Gobierno de nuestro país, en el primer caso; y sobre la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad (presupuesto habilitante recogido en el art. 86.1 de nuestra Carta Magna), apremiada por la previsible formalización de demanda ante el Tribunal de Justicia por incumplimiento de las obligaciones que impone el Derecho de la Unión -en concreto, el transcurso

¹⁰ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2021).

del plazo fijado para la transposición- al existir procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea contra nuestro país, en el segundo¹¹.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta además que desde las instituciones europeas no se exige que se utilice un determinado vehículo normativo en la transposición de directivas (haciéndolo depender del concreto sistema de fuentes y de reserva normativa que exista en cada país miembro), no debe olvidarse que, en este ámbito, el TJUE ha señalado la necesidad de que el rango normativo de la disposición elegida para incorporar el Derecho comunitario coincida con el de las disposiciones que regulen las mismas cuestiones a nivel nacional¹²; lo que en nuestro país tiene lugar fundamentalmente en normas con rango de ley ordinaria en este campo. Circunstancias que parece haberse tenido presentes si atendemos a la solicitud de dictamen realizada al CES sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 45/1999 así como otras leyes en materia laboral para la transposición de la Directiva (UE) 2018/957¹³, en el que, a pesar de no recogerse de una manera tan clara como se hizo con ocasión de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva del 96¹⁴, se valora positivamente la vía de la tramitación normativa parlamentaria ordinaria.

Hecha esta breve observación, el impacto práctico que ha tenido la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2018/957, no sólo ha sido escaso,

¹¹ Se da la circunstancia además de que, desde el 19 de enero de 2017, la recepción de una carta de emplazamiento alcanza mayor gravedad, porque, pese al carácter opcional previsto en el artículo 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Comisión anunció un cambio de enfoque pasando a solicitar de manera sistemática la suma a tanto alzado. De manera que, aunque un Estado miembro subsane la infracción mediante la transposición de la directiva en el curso de un procedimiento de infracción, la Comisión ya no desistirá de su recurso sólo por ese motivo.

¹² Sentencias de 8 de abril de 1976, *Royer* (asunto C-48/75); de 15 de marzo de 1990, Comisión/ Reino de los Países Bajos (asunto C-339/87); y de 19 de enero de 1994, *Asociación para la protección de animales salvajes y otros* (asunto C-435/92).

Circunstancia que, por otro lado, y para más inri, queda recogida en la exposición de motivos de la Ley 45/1999, por la se llevó a cabo en nuestro país la transposición de la Directiva 96/71.

¹³ Dictamen 02/2021, del Consejo Económico y Social, de 3 de marzo de 2021, Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, así como otras leyes en materia laboral, para la transposición 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.

Disponible en: <http://www.ces.es/documents/10180/5251137/Dic022021.pdf>

¹⁴ Dictamen relativo al anteproyecto de ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Pleno extraordinario de 9 de junio de 1999. En este documento se indicaba de manera expresa que la norma de incorporación había de tener el mismo rango que aquellas normas o disposiciones internas que regulasen la materia que debía adaptarse a la Directiva 96/71. Disponible en: <http://www.ces.es/documents/DIC/1999/10>

sino que ha requerido pocos cambios normativos. Lo que paradójicamente parece contradecir la relevancia de la norma europea que evidenciaba en el apartado anterior. Y es que nuestra legislación nacional ya cumplía en lo esencial con los objetivos y pautas marcadas en la Directiva de 2018.

Una de las novedades más destacables de la Directiva de modificación como es la supresión del acotamiento de las normas del Estado de acogida aplicables que la Directiva del 96 realizaba, no sólo en función de la materia, sino también de la naturaleza del instrumento jurídico en el que se encontraban reguladas, ya fue incorporada a nuestro ordenamiento de la mano de la Ley 45/1999. Desde entonces, todo trabajador desplazado temporalmente a España puede gozar de las garantías establecidas y previstas en cualquier convenio colectivo con independencia de que las actividades que desempeñe estén o no contempladas en el anexo de la Directiva del 96. Por otro lado, el hecho de que en nuestro país rija un modelo de eficacia general del convenio colectivo hace igualmente innecesaria la regla de garantía o de extensión de los convenios prevista en la nueva redacción del art.3.8.

No obstante, en nuestro sistema actual existe una particularidad que no debe ser pasada por alto. Me refiero a la preferencia aplicativa actual del convenio colectivo de empresa frente al de sector en determinadas materias que podría poner en jaque el objetivo buscado por la Directiva de 2018¹⁵. Como evidencia Cruz Villalón, de mantenerse dicha preferencia podría darse el caso de que una empresa que desplaza trabajadores a nuestro país pretenda aplicar su convenio empresarial; lo que podría provocar, además de la disparidad de condiciones de trabajo, la más que cuestionable ventaja competitiva respecto a las empresas que prestan los mismos servicios en destino. Circunstancia que la Directiva pretende evitar y sobre la que se hace un llamamiento a la reflexión de cara a la reforma de la negociación colectiva en materia de concurrencia entre convenios y, en particular, de preferencia aplicativa del convenio empresarial¹⁶.

No dejando de lado el ámbito de las condiciones de trabajo, la norma de transposición extiende (al igual que la Directiva de la que trae causa) la aplicación del principio de igualdad a ciertas condiciones laborales respecto de las que no había un criterio claro. Me refiero a las condiciones de alojamiento y al reembolso

¹⁵ En su Dictamen 02/2021, el CES determina, sin embargo, la prevalencia inequívoca del convenio colectivo sectorial en base a una argumentación rebatible a mi modesto parecer desde el momento en el que en una materia tan trascendental como es la remuneración, por ejemplo, la propia Directiva de 2018 remite para su determinación a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio esté desplazado el trabajador. Materia que además pertenece al elenco de aquellas para las que se dispone la preferencia aplicativa del convenio de empresa (art 84.2 ET).

¹⁶ Cruz Villalón, J., “Desplazamiento de trabajadores: del cuestionamiento del sistema de relaciones laborales a lo meramente técnico”, *Reflexiones y comentarios de cuestiones sociales y laborales de actualidad*. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/05/desplazamiento-de-trabajadores-del.html>

de gastos de viaje, alojamiento y manutención, sobre los que volveré no obstante más adelante.

Sin abandonar aún el ámbito de las condiciones de trabajo, otro de los aspectos incorporados a nuestra legislación es el de los umbrales temporales que, como ya sabemos, modulan las garantías laborales del trabajador desplazado, pues no eran contemplados por la Directiva original y, en consecuencia, tampoco por la Ley 45/1999. Esta determinación temporal viene acompañada además por una serie de elementos destinados a evitar los comportamientos empresariales fraudulentos. En concreto, tanto la Directiva como la norma nacional contemplan la posible sustitución de un trabajador desplazado por otro como vía empresarial para tratar de burlar la protección ofrecida por la nueva normativa. En este sentido, se contempla la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de cada una de las personas trabajadoras desplazadas a efectos de la superación del tope de los 12 o 18 meses antes referido. Suma para la que tendrá que atenderse a la identidad del trabajo realizado y a la del lugar de realización; y para cuya determinación se proponen criterios como la valoración de la naturaleza del servicio objeto de la prestación de servicios transnacional, el trabajo que se realice o la dirección o direcciones del lugar de trabajo.

Dentro ese objetivo de bloqueo de comportamientos empresariales no deseados, el RDL 7/2021 recoge una nueva redacción para el art. 2.2 de la Ley 45/1999, en el que pasa a contemplarse el desplazamiento en cadena. De tal forma que para aquellos supuestos en los que un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria del mismo u otro Estado miembro sea desplazado temporalmente a nuestro país (por esta última) queda garantizado también el principio general de igualdad de condiciones de trabajo.

Mención especial merece la advertencia contemplada por la propia norma ante una posible cesión ilegal de mano de obra en el supuesto de que durante el desplazamiento a nuestro país la persona trabajadora quede sometida al poder de dirección de la empresa establecida o que ejerza su actividad en España.

La última alusión a este precepto va referida a la identificación de la empresa de trabajo temporal como obligada al cumplimiento de las obligaciones establecidas y a la distribución de responsabilidades entre ésta y la empresa usuaria en materia de prevención de riesgos laborales. Cuestión esta última sobre la que podría sustentarse un interesante debate a raíz de la situación generada por la pandemia de Covid-19. ¿Hubiera sido factible aplicar las previsiones de la Directiva de 2018 y las vigentes entonces en nuestro país a un trabajador que, habiendo sido desplazado a España en el marco descrito, se encontrara teletrabajando en su país? O lo que es lo mismo ¿sería admisible en esta materia el desplazamiento virtual de un trabajador? La respuesta no parece simple. En primer lugar, porque la normativa habla de trabajador “destinado”, por lo que parece inferirse un desplazamiento físico. No obstante, el panorama generado por el Covid ha articulado un escenario

sin precedentes, por lo que quizás en este caso la labor de interpretación normativa debería ser más amplia. En segundo, porque si tomamos como inicio de análisis la preferencia fijada para el teletrabajo en el art. 5 del RDL 8/2020¹⁷ podría llegar a plantearse la cuestión de orden público para que la Ley 45/1999 resultara de aplicación al supuesto aquí descrito durante el estado de alarma en nuestro país.

De la misma manera que en el apartado anterior dedicaba una mención especial a la cuestión salarial creo también necesario detenernos un poco más en la transposición llevada a cabo en relación con la materia. Lo cierto es que en ella, el RDL 7/2021 se ha limitado a reproducir lo previsto en la Directiva de 2018 al recoger que los complementos específicos por desplazamiento serán considerados parte de la remuneración en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención; precisando que, en caso de que ni el contrato de trabajo ni las disposiciones aplicables a la relación laboral indiquen 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 ni, en su caso, cuáles son esos elementos, se considerará que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos (art 4.3). Apreciación con la que parece quererse evitar la minoración salarial a través de la reducción de cantidades que no tienen tal apreciación.

No obstante, teniendo en cuenta que la nueva redacción del art. 3.1 de la Directiva establece que el concepto de remuneración será el determinado por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio esté desplazado el trabajador, no debe olvidarse que el Estatuto de los Trabajadores (*ex* apartados 1 y 2 del art. 26) recoge una regla indisponible en esta materia, cual es la diferenciación entre salario y percepción extrasalarial, conforme a la cual no es posible que por la vía contractual o por la convencional se modifique el carácter de una determinada partida retributiva. Lo contrario permitiría la paradoja de eludir cotizaciones a la Seguridad Social o la no computación a efectos de cálculo de determinadas indemnizaciones¹⁸. En consecuencia, como señala la doctrina, será necesario analizar la aplicación práctica que finalmente se realice en base a esta posibilidad.

En este apunte salarial conviene recordar que la igualdad retributiva establecida en la Directiva de 2018 ya fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico de la mano del primitivo art. 4 (y por remisión, de mano del art. 3.4) de la Ley 45/1999. Prueba de ello, es que el RDL 7/2021 no incluye ninguna nueva apreciación al respecto. Ahora bien, igualdad retributiva no debe interpretarse como igualdad de costes, pues si atendemos, por ejemplo, a los costes de cotización siguen existiendo

¹⁷ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020).

¹⁸ Cruz Villalón, J., “Desplazamiento de trabajadores”, cit.

diferencias significativas entre los distintos Estados miembros, lo que a la postre evidencia que las diferencias económicas siguen sin solucionarse definitivamente.

Para proteger de forma efectiva al trabajador desplazado hemos visto como la Directiva 2018/957 adopta una serie de medidas para acabar con el fraude y el abuso que vienen produciéndose en este ámbito, por lo que no resulta sorprendente que el RDL 7/2021 se haga eco de aquello que resulte novedoso.

Así, en materia de cooperación y asistencia, junto a la formulación y contestación a peticiones justificadas de información respecto al desplazamiento de personas trabajadoras en el marco de prestaciones de servicios transnacionales, entre lo que se incluyen los casos de abuso manifiesto y de actividades transnacionales presuntamente ilegales, se añaden los supuestos de trabajo transnacional no declarado y de trabajo autónomo ficticio que se lleven a cabo en el marco que aquí se analiza.

Adicionalmente esa cooperación en materia de información se refuerza con dos actuaciones. La primera, el mandato dirigido a la autoridad receptora competente en nuestro país y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de recabar la información de otras autoridades u organismos cuando, habiendo recibido una solicitud de información por parte de la autoridad o el organismo competente del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado un trabajador por parte de una empresa establecida en España, no la posean. La segunda, la ampliación de las personas de las que pueden hacerse acompañar los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en su condición de autoridad pública, en el ejercicio de sus funciones en nuestro país. De tal forma que, además de la empresa (o su representante), las personas trabajadoras, sus representantes, las personas peritas y técnicas de la empresa, de sus entidades asesoras, pertenecientes a la Administración Pública española u otras personas habilitadas oficialmente, podrán hacerse acompañar de personas peritas o expertas de otros Estados Miembros de la Unión Europea y Estados signatarios del Acuerdo del Espacio Económico Europeo y de la Autoridad Laboral Europea.

De mano igualmente de la cooperación y como preludeo de la posterior incorporación del principio *non bis in ídem*, la norma de transposición establece para la autoridad laboral un cometido adicional a los que le corresponda según la legislación española, cual es el de poner en conocimiento de los órganos competentes de las Administraciones públicas de otros Estados miembros las infracciones administrativas cometidas en España por las empresas establecidas en tales Estados con ocasión del desplazamiento de sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Constituyendo la otra cara de la moneda, el hecho de que las empresas establecidas en España que ya hayan sido administrativa o penalmente sancionadas en el país al que desplazan trabajadores no puedan ser nuevamente sancionadas cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El último de los campos en los que el RDL 7/2021 ha tenido repercusión es el de las infracciones y sanciones, en el que, además de contemplar nuevas reglas sobre notificación a la autoridad laboral de las prórrogas justificadas que comporten superación del plazo inicial máximo (art. 3.8 Ley 45/1999), se recoge una extensa tipificación de infracciones que puedan cometer las empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros, así como de las empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España¹⁹; y se refuerzan las consecuencias ante la posible reincidencia de las empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo por la comisión de infracciones tipificadas como muy graves, contemplándose incluso la inhabilitación por tiempo indefinido (art. 41.4 LISOS).

CONCLUSIÓN

Todo lo visto lleva a concluir que la incidencia práctica real que ha tenido en nuestro país la transposición de la Directiva 2018/957, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, a través del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril ha resultado ciertamente liviana, en contraste con la necesidad de acometidas de mayor calado en otros Estados miembros. El modelo de eficacia general del convenio colectivo que rige en España ha hecho que resultara innecesario realizar una modificación legal profunda para poder incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones de la norma europea; a lo que se añade el hecho de que nuestra legislación nacional ya cumpliera en lo sustancial con sus objetivos básicos.

No cabe duda, sin embargo, de que la ampliación de las conductas sancionables, el refuerzo en materia de coordinación y cooperación entre administraciones y organismos estatales, así como la corresponsabilidad de los Estados de origen y de destino en materia de vigilancia, control y ejecución de las obligaciones contempladas en la propia norma supone un impulso en la lucha contra el abuso y el fraude empresarial en la protección efectiva del trabajador desplazado.

¹⁹ Véase art. 13 RDL 7/2021.