

[Directiva 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](#)
[DOUE L 173/16, de 9-VII-2018]

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

1. MOTIVOS QUE LLEVARON A LA MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA

El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se trata de una situación que reviste una importante complejidad jurídica y que requiere una respuesta normativa adecuada al supuesto de hecho, suficiente para equilibrar los intereses en juego y, fundamentalmente, garantizar la seguridad jurídica.

Decimos que se trata de una cuestión compleja porque, en primer lugar, se trata de una situación internacional en donde se genera un conflicto de ley aplicable (entre la ley del país de origen del trabajador y la ley del país al que es desplazado); y, en segundo lugar, porque este conflicto no se solventa únicamente con la aplicación del Reglamento Roma I (*DO L 177/6, de 4.7.2008*), sino que a mayores debe tenerse en cuenta una norma imperativa como era la Directiva 96/71/CE (*DO L 018 de 21/01/1997, 0001-0006*). De esta manera, a un desplazamiento debe aplicarse con carácter general el contenido de Roma I, junto con las condiciones mínimas de protección previstas según la Directiva 96/71.

Las dificultades aplicativas no quedan ahí, puesto que esta Directiva no contenía una delimitación precisa del supuesto de hecho, esto es, del «desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios». En especial, no se determinaba cuándo un desplazamiento se va a considerar temporal (encuadrándose, por tanto, en el ámbito de la Directiva y su marco de protección) y cuándo no. Con este motivo, se elaboró la Directiva 2014/67/UE (*DO L 159/11 de 25.5.2014*), con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la Directiva 96/71 y evitar el fraude y el *dumping* social surgidos al calor de su indefinición. En la Directiva de 2014 se incluyeron así una serie de criterios a partir de los cuales se pretendía facilitar la identificación de situaciones reales de desplazamiento.

Como es sabido, la razón mayoritaria del uso de estos desplazamientos se encuentra en la diferencia que existe entre los distintos ordenamientos jurídico-laborales de los Estados miembros de la Unión Europea y su desarrollo económico. Mientras

que en Estados como Francia o Alemania existe un salario medio situado por encima de la media europea, en otros países como Polonia, Rumanía o Bulgaria, su salario medio se encuentra por debajo de la media europea (*The posting of workers Directive – Current situation and challenges. Study for the EMPL Committee*, 2016, 17-19).

La importancia de esta delimitación no es baladí, recordemos, por la diferente consecuencia jurídica que cada situación tiene asociada. De no apreciarse que concurre al caso un supuesto incardinable en la Directiva 96/71, resulta de aplicación enteramente la norma de conflicto de Roma I, según la cual, en defecto de pacto, el primer punto de conexión sería el siguiente: «El contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país» (artículo 8.2 Reglamento 593/2008. DO L 177/6 de 4/7/2008). En su virtud, se observaría la ley del país de origen del trabajador, presumiblemente –según los datos mencionados *ut supra*– menos favorable que la ley del país de destino.

La dificultad aplicativa de esta normativa, unida a las ventajas competitivas abusivas que se pueden obtener desplazando trabajadores, constituyen los antecedentes que nos han conducido hasta la vigente Directiva 2018/957 (*Directiva 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*. DO L 173/16 de 9.7.2018).

2. LOS CAMBIOS PRODUCIDOS EN LA NUEVA DIRECTIVA 2018/957

2.1. Introducción de la igualdad de trato

Quizás la modificación de mayor trascendencia es la introducción del principio de igualdad de trato sobre la base de la no discriminación prescrita por los Tratados (artículo 2 Tratado de la Unión Europea DO C 326 de 26.10.2012, 13/390). Así se explica en el Considerando 6 (DO L 173/16 de 9.7.2018).

La igualdad de trato va a tener su plasmación en diversos aspectos y elementos de la relación laboral del trabajador desplazado. En primer lugar, modificando el art. 1 de la Directiva 96/71, a través de la inclusión de un apartado 1 bis, por el cual se establece que la aplicación de la Directiva no afectará al ejercicio de derechos fundamentales laborales, tales como la huelga, la adopción de otras medidas de conflicto colectivo o la negociación colectiva, previstos «conforme a la legislación o las prácticas nacionales» (DO L 173/16 de 9.7.2018). Se trata en toda regla de una consecuencia de la polémica suscitada tras el conocido asunto Laval (STJCE 18 diciembre 2007, as. C-324/05, Laval).

Así mismo, en relación con los trabajadores desplazados en una cesión transnacional, la inclusión del apartado 1 *ter*, en relación con el Considerando 12, determina que, por observancia del principio de igualdad de trato, debe aplicarse a estos trabajadores desplazados por empresas de trabajo temporal la misma lógica que recoge la Directiva 2008/104 (Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. DO L 327 de 5.12.2008, 9). Esto es, que los desplazados por la empresa cesionaria y los propios trabajadores de la usuaria, que pertenecerán al mercado laboral del Estado de destino, tienen derecho a que se les apliquen las mismas condiciones de trabajo.

La igualdad de trato no solamente se observa respecto de los trabajadores, sino también con referencia a las empresas. En la nueva redacción del apartado 8 del artículo 3, en referencia a que los convenios colectivos o laudos que pueden tenerse en cuenta para la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo protegidas, a falta de un sistema de aplicación universal de convenios, deben cumplir con la condición de respetar la igualdad de trato «entre dichas empresas [aquellas que desplacen al trabajador] y las demás mencionadas en el presente párrafo que se hallen en una situación similar» (DO L 173/16 de 9.7.2018). Se trata de una consecuencia más del asunto Laval.

2.2. Ampliación del concepto de remuneración

En la nueva redacción del artículo 3, se modifica el concepto de salario por el de remuneración, al igual que se incluyen dentro de este nuevos componentes. Sobre este extremo también guarda vinculación la igualdad de trato (considerando 8 Directiva 2018/957/UE. DO L 173/16 de 9.7.2018), así como la doctrina que asentó el asunto Sähköalojen Ammattiliitto (STJUE 12 febrero 2015, as. C-396/13, Sähköalojen), sin embargo, por su entidad merece ser tratado en su propio apartado en este texto.

Anteriormente, en el artículo 3 (el referido al núcleo duro de protección de la Directiva, a las condiciones mínimas de trabajo) se mencionaba, únicamente (en cuanto a salario y complementos), «las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias» (artículo 3 Directiva 96/71/CE. DO L 018 de 21/01/1997 0001-0006). Tras la reforma, la terminología empleada va a ser la de remuneración del trabajador, mucho más amplia y que deberá referenciarse, como marca el considerando 18, en «el importe bruto de la remuneración». Igualmente se incluirán los complementos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención que correspondan al trabajador desplazado, en sus viajes dentro del Estado donde haya sido desplazado por su empleador, bien sea desde su domicilio habitual allí hasta su lugar habitual de trabajo, sea cuando su empleador le envíe de manera temporal desde ese lugar hasta otro lugar de trabajo, pero siempre dentro del territorio del Estado de

destino. No podrán considerarse complementos incluidos dentro de las condiciones mínimas aseguradas por la ley del Estado de destino aquellos que tengan por finalidad el reembolso de los gastos de desplazamiento desde el Estado de origen hasta el de acogida. En caso de dudas acerca de una finalidad u otra de estos complementos, se establece una presunción *iuris tantum* en favor de esta última finalidad (artículo 3.7 Directiva 2018/957/UE. DO L 173/16 de 9.7.2018). En definitiva, este cambio obedece a evitar la discriminación existente entre los trabajadores pertenecientes al mercado laboral del Estado de destino (a quienes se les abonan estos complementos conforme a la *lex fori*) y los trabajadores desplazados (a quienes anteriormente se les podían abonar estos complementos conforme a la ley de origen).

Otra cuestión de vital importancia, y que también se debe a la igualdad de trato, es la inclusión en las condiciones mínimas del artículo 3 de las condiciones de desplazamiento y de alojamiento de los trabajadores desplazados, en idéntico sentido que los complementos ya referidos.

2.3. Establecimiento de una duración máxima para el desplazamiento

Ya en la propuesta de modificación realizada por la Comisión [COM (2016) 128 final, 2016/0070 (COD)] se fijaba un tope máximo para el desplazamiento, pues, a pesar de que siempre se ha considerado el desplazamiento como un fenómeno temporal por su naturaleza, podía devenir *de facto* en indefinido, como hemos mencionado al inicio de este artículo. La Comisión propuso una duración máxima de 24 meses. En mi opinión, resultaba más acertada y equilibrada una duración de 12 meses, prorrogable en 6 meses adicionales para casos justificados, opción por la que finalmente se ha decantado también el legislador europeo (considerandos 9, 10 y 11 Directiva 2018/957/UE. DO L 173/16 de 9.7.2018).

Esta previsión se incluye en un nuevo apartado dentro del artículo 3, el 1 bis, de manera tal que aquellos trabajadores cuyo desplazamiento efectivo en el territorio del Estado de acogida supere los 12 meses o, en su caso, los 18 tras notificación motivada a la autoridad laboral por parte del empleador, pasará a considerarse integrado en el mercado laboral de este Estado. En consecuencia, las autoridades laborales del Estado de destino podrán someter al empleador «incumplidor» al cumplimiento de una serie de condiciones adicionales de trabajo propias de ese Estado, siempre y cuando estas no impidan u obstaculicen la libre prestación de servicios. Ello dependerá, como es entendible, de la interpretación que se le otorgue en el futuro a cada caso concreto.

En relación con el considerando 11, relativo a los supuestos en que el empleador sustituye al trabajador desplazado por otro, encadenando respecto de un mismo puesto de trabajo (*de facto* indefinido) sucesivos empleados desplazados, el apartado 1 bis del artículo 3 establece un sistema de cómputo de la duración. Se recoge que

cuando una empresa «[...] sustituya a un trabajador desplazado por otro trabajador desplazado que realice el mismo trabajo en el mismo lugar, la duración del desplazamiento será, a efectos del presente apartado, la duración acumulada de los periodos de desplazamiento de cada uno de los trabajadores desplazados que se trate» (artículo 3. 1 bis Directiva 2018/957/UE. DO L 173/16 de 9.7.2018). Se da solución con ello, o se intenta, a los supuestos de fraude y de *dumping* social en los que el empleador busca camuflar una prestación laboral indefinida por una temporal, y poder emplear así a trabajadores desplazados de países con una ley laboral más barata.

3. CONCLUSIÓN

El resultado ha sido una Directiva que, por inclusión del principio de no discriminación y el establecimiento de una duración máxima, favorecerá con seguridad el reequilibrio entre la protección de los trabajadores desplazados y la libre prestación de servicios, así como una obstaculización al fraude y al *dumping* social.

No obstante, desde algunos sectores se habían puesto esperanzas en que en este procedimiento de reforma se acabara incluyendo, en el ámbito protector de aplicación de la Directiva, el sector del transporte por carreteras. Finalmente, este se rechaza expresamente en el considerando 15, aludiendo a la particular complejidad jurídica que plantea este sector, reservando su regulación mediante otros instrumentos.

Y es que el desplazamiento de trabajadores continuará ocasionando nuevas dificultades jurídicas en tanto en cuanto no se logre armonizar el nivel de desarrollo económico de todos los Estados miembros.

Sergio LÓPEZ GARCÍA
Máster de Acceso a la Abogacía
Universidad de Salamanca
id00681330@usal.es