



TEMA 3.2 – MOVILIDAD DE LAS EMPRESAS Y DESPLAZAMIENTO INTRACOMUNITARIO DE TRABAJADORES ASALARIADOS

.....

I. INTRODUCCIÓN

Como ya anticipamos en el tema 3.1, dos son los sucesos que en mayor medida inciden actualmente en la movilidad laboral de trabajadores y empresas en la UE: 1º) los movimientos migratorios para la búsqueda y desempeño de un trabajo por cuenta ajena en otro país y, 2º) las estrategias de adaptación empresarial a las exigencias del mercado y las posibilidades que ofrece el mercado interior.

Este segundo fenómeno incide en la movilidad de las empresas entre países de la UE por la oportunidad que ofrece un mercado de 27 Estados donde establecerse con carácter permanente y vender sus productos o donde ejecutar una actividad de forma temporal y prestar sus servicios. En ocasiones, esta movilidad supone trasladar a los trabajadores asalariados que, aun habiendo sido contratados en un Estado miembro son enviados temporalmente a otro Estado para trabajar por cuenta de su empresario.

En este tema trataremos la conceptualización y delimitación jurídica del segundo tipo de movilidad laboral existente en el seno de la UE: el desplazamiento intracomunitario de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional. Este fenómeno es consecuencia del ejercicio de una de las libertades fundamentales existentes en el mercado interior: la libre prestación de servicios que, junto con la libertad de establecimiento, supone una de las principales libertades económicas de las que disponen las empresas en el territorio de la Unión. A ellas dedicamos esta parte del TEMA 3.

II. EL DESPLAZAMIENTO INTRACOMUNITARIO DE TRABAJADORES

1. Concepto y fundamento legal en el Derecho primario de la Unión

Hoy en día, la migración laboral entre países de la UE para la búsqueda y desempeño de un trabajo representa la mayor parte de los movimientos intracomunitarios de trabajadores (11 millones de personas aproximadamente). Ahora bien, existe otro tipo de movilidad laboral que, conectada con la globalización, la existencia del mercado interior en la UE y los procesos de descentralización productiva empresarial, ha tomado protagonismo en las últimas tres décadas: el desplazamiento temporal de trabajadores asalariados por parte de sus empresas (aproximadamente 2,5 millones de trabajadores cada año).

Concepto: el desplazamiento de trabajadores es un tipo de movilidad laboral existente en la UE por el que las empresas envían a sus trabajadores asalariados a otro Estado miembro distinto al de su contratación para ejecutar una actividad temporal, regresando a su país de origen una vez finalizada la ejecución por la que fue desplazado.

En este tipo de movilidad laboral supranacional, el traslado de trabajadores obedece, no a la voluntad o iniciativa del trabajador, sino al mandato de su empresa, que en virtud del ejercicio de su poder de dirección y para dar respuesta a una demanda de servicios transnacional, los envía temporalmente a otro país distinto al de su contratación. Estos trabajadores no se integran de forma permanente en el Estado de acogida pues, finalizada la prestación por parte de su empleador en el extranjero, regresan a su Estado de origen.

El fundamento jurídico que da cabida a esta posibilidad NO es el artículo 45 del TFUE que permite a los trabajadores trasladarse por su cuenta entre países. El desplazamiento intracomunitario de trabajadores asalariados efectuado por iniciativa de las empresas no es considerado una expresión de la libre circulación de trabajadores que les garantiza el derecho a recibir el mismo trato que los trabajadores locales; es el resultado del disfrute de una de las libertades económicas fundamentales en el mercado interior: la libre prestación de servicios contenida en los artículos 56 a 62 del TFUE.

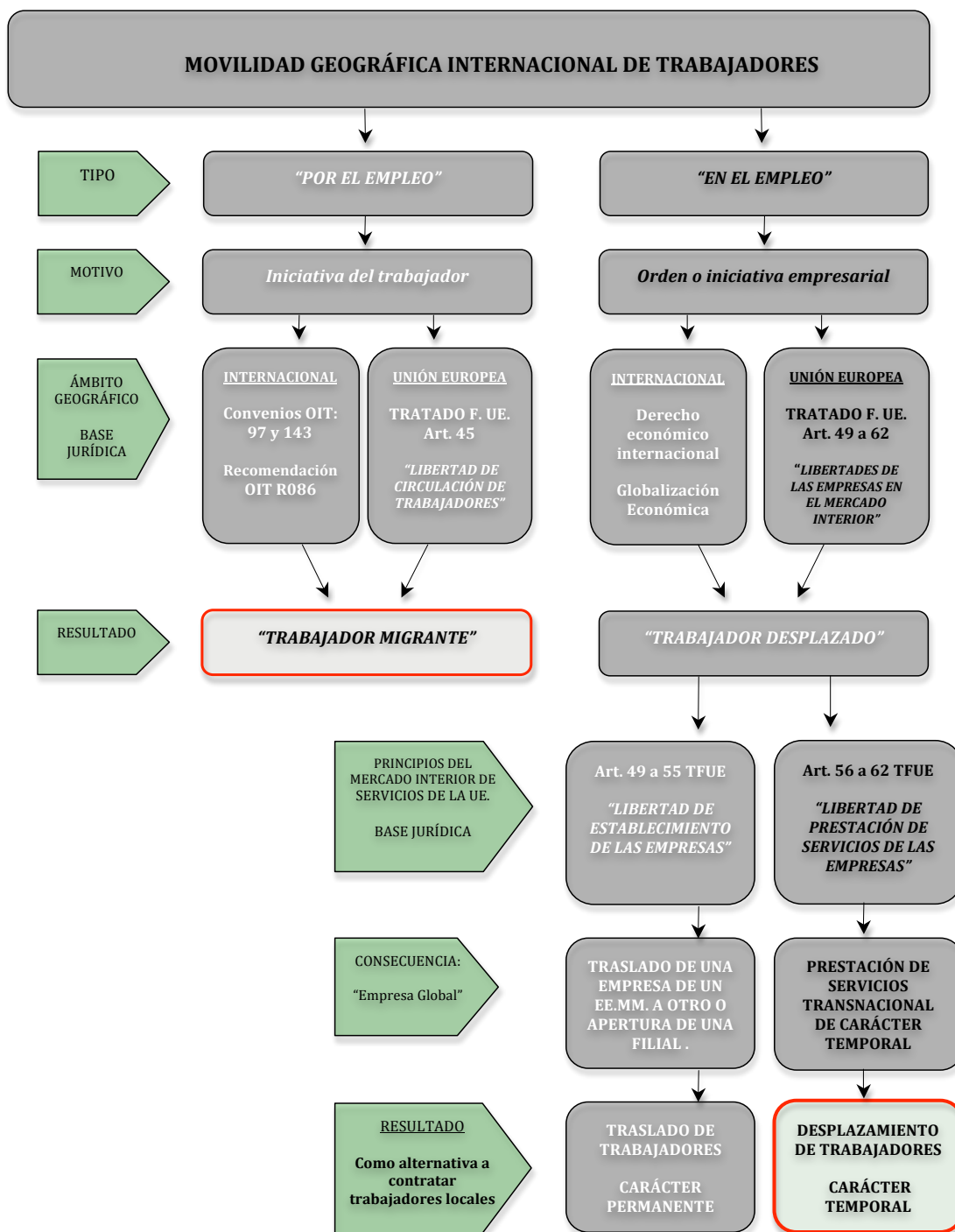
Por su parte, la libertad de establecimiento regulada en los artículos 49 a 55 del TFUE garantiza el derecho de toda persona física o jurídica establecida en el territorio de algún Estado miembro, a instalarse con carácter permanente en otro país miembro a través de un establecimiento principal, o bien a través de agencias, sucursales o filiales al objeto de ejercer una actividad económica y ofrecer allí bienes o servicios para la venta.

Sobre ambas libertades se sustenta el mercado interior desempeñando actualmente un papel fundamental como instrumentos clave para el desarrollo económico. Hay que señalar, no obstante, que la libertad de establecimiento viene referida al acceso y ejercicio intracomunitario de actividades no asalariadas (de sociedades o trabajadores por cuenta propia) en cualquiera de los Estados miembros de forma estable y permanente. Su ejercicio implica el sometimiento a toda la legislación laboral y de orden público, como consecuencia de la integración económica y jurídica del empleador en el Estado receptor.

No sucede así con la libre prestación de servicios. La finalidad de esta libertad económica es garantizar el derecho a prestar servicios temporalmente en cualquier país de la Unión, sin necesidad de establecerse en él. Es decir, con ausencia de participación estable y continua en la vida económica del Estado miembro anfitrión. Esta es la principal diferencia con la libertad de establecimiento: el carácter transitorio de la actividad, que no conlleva la integración de la empresa en el país de acogida temporal.

En efecto, esta libertad empresarial pretende garantizar el derecho de cualquier nacional de la UE, sea persona física o jurídica, a la realización de actividades profesionales, empresariales o artísticas, en un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentre establecida, en igualdad de condiciones respecto a los nacionales del país en el que se presta el servicio. Esto es, en condiciones de no discriminación, directa o indirecta, por razón de nacionalidad. Cuando se hace ejercicio de esta libertad económica y, eventualmente, la empresa se acompaña de trabajadores contratados en el Estado de origen asistimos a un desplazamiento intracomunitario de trabajadores quienes, cumpliendo con una orden empresarial, se desplazarán a ejecutar su actividad a otro Estado miembro durante un periodo determinado de tiempo.

FIGURA 1 – Manifestaciones de movilidad laboral supranacional de trabajadores



Fuente – Reproducido de CONTRERAS¹.

¹ CONTRERAS HERNÁNDEZ, Ó., *Desplazamiento de trabajadores en la UE: análisis de la situación actual y combinación metodológica para el estudio prospectivo de la Directiva (UE) 2018/957*. Tesis doctoral dirigida por MERINO SEGOVIA, A., Universidad de Castilla-La Mancha, 2019. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/23364>, p. 73

2. Antecedentes de la regulación del desplazamiento de trabajadores en la UE.

La regulación en el Derecho derivado de la Unión se produjo en los años 90 cuando el número de trabajadores desplazados que acompañaban a sus empresas a otros países para prestar servicios se incrementó exponencialmente y, con ello, los conflictos de interpretación de normas y las pugnas entre empresas locales y extranjeras, así como entre los Estados miembros. El motivo principal era la desigualdad de trato y discriminación por razón de nacionalidad que sufrían tanto trabajadores como empresas que estaban sometidos a distintos regímenes legales.

Como en otras vicisitudes del Derecho social europeo, estos conflictos fueron resueltos por el TJUE. El caso más célebre (considerado como el precedente judicial de la Directiva reguladora del fenómeno) es la sentencia de 27 de marzo de 1990 (*Rush Portuguesa*, asunto C-113/89). El supuesto de hecho es el siguiente: una empresa portuguesa desplaza trabajadores portugueses para prestar temporalmente servicios en Francia para la construcción de una vía de ferrocarril. Esta empresa aplica condiciones laborales de Portugal y no aplica las condiciones laborales fijadas en Francia (más favorables). Esta situación se pone de manifiesto durante una inspección de trabajo que finalizó con la imposición de una sanción a la empresa portuguesa. Esta empresa impugnó ante los tribunales franceses la sanción y obtuvo, previa resolución de una cuestión prejudicial, respuesta favorable a su pretensión pues el TJUE declaró ajustado a derecho el desplazamiento y la aplicación de condiciones laborales portuguesas dado que se estaba haciendo uso de su libre prestación de servicios que daba cabida a la situación descrita.

En este contexto, ante la necesidad de elaborar una norma de Derecho de la Unión destinada a responder a los conflictos generados en el mercado interior, así como a regular la aplicación de ciertas condiciones del Estado de acogida y, sobre todo, orientada a impedir la posible competencia desleal entre empresas y el deterioro de los derechos de los trabajadores desplazados, la UE, todavía integrada por 15 Estados, después de más de 5 años de intensas negociaciones alcanzó un consenso político que redundó en la aprobación 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*.

La adopción de esta Directiva estuvo precedida de un claro enfrentamiento entre los Estados del norte de Europa, con niveles de protección social elevados, y algunos otros países, en concreto, Irlanda, Portugal y Reino Unido. Estos Estados temían perder ventajas competitivas con la aprobación de esta Directiva, de forma que, el día de la votación en el Consejo, Portugal se abstuvo y el Reino Unido se opuso votando en contra de la Directiva por entender que concedía demasiados derechos a los trabajadores y que, de esa forma, perjudicaba la libre prestación de servicios, así como la importación y exportación de trabajadores a costes inferiores a aquellos fijados en el país de destino.

3. El desplazamiento intracomunitario de trabajadores en el Derecho derivado y principales características del fenómeno

3.1. Normativa reguladora y objetivo general

El marco legislativo de la UE en materia de desplazamiento de trabajadores está integrado por distintos actos legislativos de Derecho derivado:

- 1) La Directiva 96/71/CE *sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*;
- 2) La Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, *sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.*
- 3) La Directiva (UE) 2018/957, *que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.*

Junto a estas tres Directivas encontramos las normas nacionales de transposición. En España, la Directiva 96/71/CE se traspuso mediante la aprobación de la Ley 45/1999, Esta norma se ha visto alterada con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2017 que es la norma que ha incorporado al Derecho interno español la Directiva 2014/67/UE.

La Directiva 96/71/CE impone a los Estados miembros la obligación de velar porque las empresas que lleven a cabo desplazamientos transnacionales garanticen a los trabajadores desplazados determinadas condiciones de trabajo y empleo que se encuentren vigentes en el país donde se efectúa el trabajo, siempre que estas sean más favorables. Ahora bien, no se declara aplicable toda la normativa laboral del Estado de acogida sino únicamente aquella que se encuentre establecida en disposiciones legales y/o por convenios colectivos de aplicación universal.

3.2. *Ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE: los supuestos de desplazamiento*

El ámbito subjetivo de aplicación de esta norma, más allá de los Estados miembros, lo conforman el empleador que efectúa un desplazamiento transnacional para prestar servicios en un país distinto al de su establecimiento, y los trabajadores por cuenta ajena que son desplazados cumpliendo una orden empresarial para ejecutar su trabajo de forma temporal en un país distinto al de su contratación original.

Los artículos 1.1 a 1.3 de la Directiva 96/71/CE establecen que, salvo a las empresas de la marina mercante respecto al personal de navegación que queda expresamente excluido, esta Directiva será de aplicación a las empresas establecidas en un Estado miembro cuando, adopten una de las siguientes medidas transnacionales:

- a) Desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios (otra empresa) que opera en dicho Estado miembro.
- b) Desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, a un establecimiento o a una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento.
- c) En su calidad de empresa de trabajo temporal (ETT) desplazar un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de otro Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la ETT y el trabajador durante el período de desplazamiento.

En todos estos casos, la empresa solo podrá desplazar trabajadores si existe una relación laboral previa con el trabajador, y esta relación laboral se mantiene durante todo el periodo de desplazamiento, que debe ser, necesariamente, de carácter temporal.

3.3. Protección mínima de los trabajadores desplazados

Los trabajadores desplazados, aun cambiando temporalmente de país de trabajo, siguen sometidos al ordenamiento laboral del Estado de origen que es donde han firmado su contrato de trabajo. No obstante, ciertas condiciones de trabajo del país de destino donde se ejecutará el trabajo (denominadas el *núcleo duro*: jornada, salario, vacaciones..) les serán aplicables siempre y cuando sean más favorables que las ya garantizadas y siempre que estén establecidas por disposiciones legales o por convenios colectivos declarados de aplicación universal del país de acogida:

La Directiva 96/71/CE, modificada por la Directiva (UE) 2018/957 (aplicable a partir del 30 de julio de 2020), enumera una serie de condiciones de trabajo imperativas, estableciendo en el artículo 3.1 **el núcleo mínimo de condiciones de trabajo y empleo del Estado de acogida aplicables a los trabajadores desplazados**. Son las siguientes:

- (a) los períodos máximos de trabajo, así como los períodos mínimos de descanso;
- (b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;
- (c) la remuneración², incluido el incremento por horas extraordinarias; esta letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional;
- (d) las condiciones de desplazamiento de los trabajadores, en particular por parte de empresas de trabajo temporal;
- (e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo;
- (f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes;
- (g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación;
- (h) las condiciones de alojamiento de los trabajadores, cuando el empleador se las proporcione a trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual³;
- (i) 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 profesionales⁴.

Todas estas condiciones deberán ser aplicables a los trabajadores desplazados siempre que estén establecidas en las leyes y/o los convenios colectivos del Estado de acogida y siempre que sean más favorables que las que ya le son aplicables en su país de origen.

Esta lista es exhaustiva con una única excepción: un Estado de acogida podrá, de conformidad con el Tratado, y sobre la base de la igualdad de trato, exigir también la

² La Directiva (UE) 2018/957 modificó la forma de retribuir a los desplazados, de forma que a partir del 30 de julio de 2020 se retribuye a estos trabajadores con la "remuneración" de país en el que estén desplazados en vez de con las "cuantías de salario mínimo".

³ A partir del 30 de julio de 2020

⁴ A partir del 30 de julio de 2020

aplicación de las condiciones de trabajo en materias distintas de las enumeradas anteriormente en la medida en que se trate de disposiciones de orden público.

3.4. La seguridad social y los trabajadores por cuenta ajena desplazados

Aunque la coordinación de seguridad social en la UE la veremos en el TEMA 4, puede anticiparse que en los supuestos de desplazamiento de trabajadores asalariados, en materia de seguridad social y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento (CE) 883/2004 rige el principio de unicidad de la legislación aplicable. Esto supone que, con carácter general, solo será una norma la competente para determinar los derechos y obligaciones de seguridad social de estos trabajadores.

En principio, los trabajadores asalariados desplazados para efectuar trabajos en un solo Estado miembro seguirán vinculados al sistema de seguridad social del país en el que el empleador ejerce normalmente sus actividades (Estado de envío). Así lo estipula el artículo 12.1 del Reglamento (CE) 883/2004 donde se señala que, siempre y cuando no trascurren más de 24 meses y la persona en cuestión no sea enviada en sustitución de otra desplazada previamente, estos trabajadores estarán sometidos a la legislación de un único Estado, el de origen, conservando una única afiliación, alta y cotización. Esta norma establece una excepción a la regla general contemplada en su artículo 11.3 a) que determina que, de acuerdo con el principio de territorialidad, es de aplicación la ley del lugar de trabajo (*lex loci laboris*). Esta excepción admite que, para el caso de los trabajadores desplazados temporalmente a otro Estado miembro, aun no coincidiendo el lugar de prestación de servicios ocasional y la ley aplicable, se mantenga la relación jurídica de seguridad social con el país de procedencia a todos los efectos.

Para ello, junto a la necesaria preexistencia de un vínculo orgánico real entre la empresa y el trabajador y su mantenimiento durante todo el período de desplazamiento, deberá cumplirse con el requisito de temporalidad limitada, que, como se ha señalado, no podrá ser superior a 24 meses. Si se sobrepasa esta duración, se aplica la legislación de seguridad social del Estado donde haya prestado servicios durante este período.

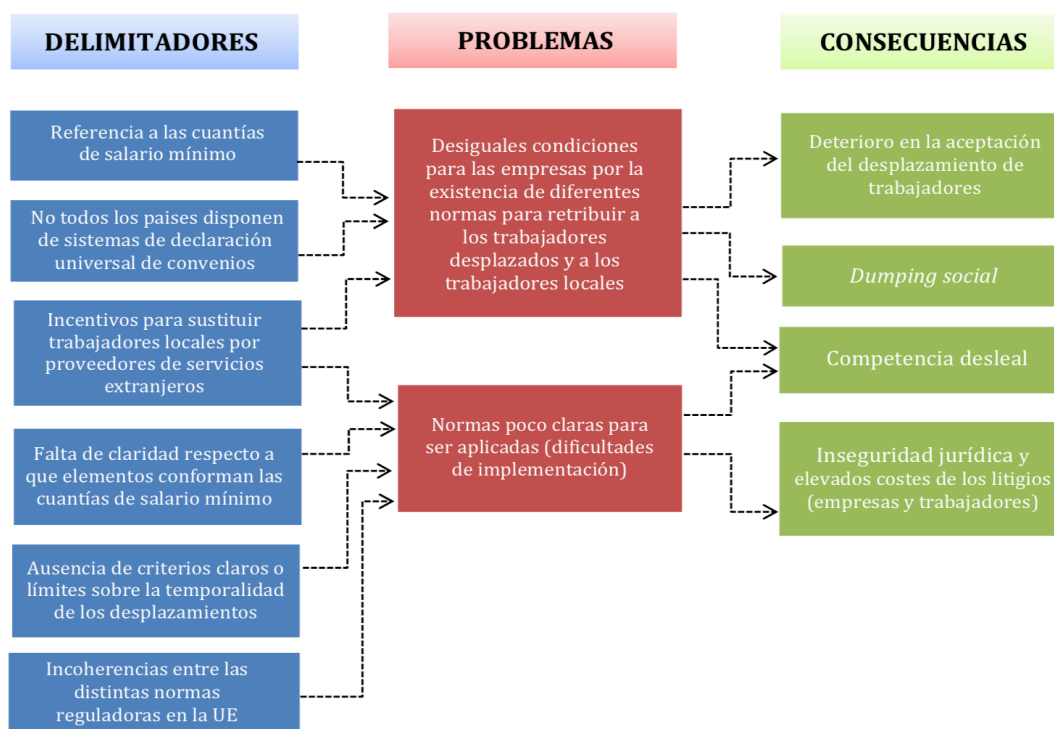
4. Principales problemas del desplazamiento intracomunitario de trabajadores

Sintetizados los aspectos clave de este tipo de movilidad laboral supranacional y su regulación jurídica actual, hay que hacer referencia a los principales problemas que genera este fenómeno pues, entre otras consecuencias han dado lugar a una numerosa litigiosidad a nivel nacional, a polémicas resoluciones del TJUE⁵ y a reformas legales en 2014 y 2018 que vienen a responder a los conflictos existentes.

Lo cierto es que los conflictos generados superan la regulación jurídica existente tanto en el DUE como en los ordenamientos nacionales. Vamos a ver una figura que sintetiza los principales problemas y consecuencias del desplazamiento de trabajadores.

⁵ Son célebres en este ámbito las sentencias del TJUE en los casos *Laval*, *Rüffert* y *Comisión/Luxemburgo* donde el Tribunal, efectuó una interpretación extensiva haciendo prevalecer la cuestión económica sobre la dimensión social y consideró la Directiva 96/71/CE como una norma de máximos no mejorable por los Estados *so pena* de provocar obstáculos a la libre prestación de servicios incompatibles con el Derecho de la Unión. Para saber más, *vid.*, STJUE 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).

FIGURA 2 - Mapa resumen de los principales problemas y consecuencias del desplazamiento



Fuente – Reproducido de CONTRERAS⁶.

La realidad social que acompaña a este tipo de movilidad laboral supranacional puede resumirse de la siguiente forma: las empresas desplazantes defienden que su derecho al ejercicio de la libre prestación de servicios implica continuar aplicando la legislación del país de origen, siendo el traslado de sus trabajadores necesario y, eventualmente, susceptible de aportar una ventaja competitiva legítima por la diferencia de costes laborales. Por su parte, los trabajadores desplazados, como garantía de mantenimiento del nivel de vida acorde al país de residencia temporal, exigen la aplicación de las condiciones de trabajo del Estado de acogida siempre y cuando estas sean más favorables. Las empresas establecidas en el país donde se presta el servicio temporal claman por la competencia desleal derivada de la llegada de empresas de países con menores costes socio-salariales. Por último, los países receptores, que deben proteger la posible distorsión de la competencia y el interés general del Estado, tratan de proteger su mercado laboral y su tejido empresarial mediante el establecimiento de normas que limiten la aplicación de condiciones laborales del país de origen de los prestadores de servicios extranjeros cuando estas son inferiores a las establecidas en el país de empleo, tratando de garantizar la aplicación de las condiciones determinadas en su legislación y/o en los convenios colectivos existentes en su territorio.

⁶ CONTRERAS HERNÁNDEZ, Ó., *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*, Bomarzo, Albacete, p. 170.

En definitiva, mismos hechos, pero con resultados e interpretaciones dispares que han provocado desigualdad de trato entre empresas para la prestación de un mismo servicio, así como discriminación por razón de la nacionalidad y trato desigual entre trabajadores desplazados y trabajadores del Estado destinatario de las actividades. Estas circunstancias y conflictos son conocidos por el legislador de la Unión y junto a la incapacidad manifiesta para ser resueltos de forma efectiva por la Directiva 96/71/CE y sus normas de transposición, han obligado a acometer reformas del marco legal que afectarán al devenir de esta expresión de movilidad laboral que, como reitera la Comisión Europea, desempeña un papel esencial en el mercado interior.

Estamos en un momento transitorio pues casi todos los Estados miembros han desarrollado legislación para incorporar las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2018/957 cuyas reglas entraron plenamente en vigor el 30 de julio de 2020. En España se produjo un retraso significativo para la completa transposición de esta norma; pese a que en diciembre de 2020 se comunicó a la Comisión Europea que las nuevas reglas estaban ya parcialmente incorporadas en el ordenamiento español, no fue hasta el 27 de abril de 2021 cuando a través del Real Decreto-ley 7/2021 se ha finalizado la transposición de la Directiva 2018/957 modificando la Ley 45/1999 y otras normas con rango de ley, en concreto, la Ley 14/1994, la LISOS (RD. Legislativo 5/2000) y la Ley 23/2015.

Para terminar, solo hacer referencia a que Polonia y Hungría presentaron ante el TJUE en octubre de 2018 recursos de anulación contra la Directiva (UE) 2018/957 en los solicitaban que se anulara esta norma. Estos países consideraban que una protección mayor de los derechos de los desplazados puede restringir de forma injustificada la libre prestación de servicios en el mercado interior. Con fecha 8 de diciembre de 2020 el TJUE emitió sus sentencias para resolver estos recursos (asuntos C-620/18 y C-626/18). En ellas concluye que la norma impugnada es válida en todos sus extremos, no infringiendo los Tratados y no vulnerando los principios de la Unión. Entiende que garantizar mayor igualdad a los trabajadores desplazados para igualar sus condiciones (especialmente las retributivas) a las de los trabajadores del Estado de acogida no restringe la libre prestación de servicios⁷.

BIBLIOGRAFÍA Y OTROS RECURSOS BÁSICOS UTILIZADOS

COMISIÓN EUROPEA J.M., *Guía práctica sobre el desplazamiento de trabajadores*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019.

CONTRERAS HERNÁNDEZ, Ó., *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*, Bomarzo, Albacete

NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., GÓMEZ MUÑOZ, J.M., (dirs.), *Manual de Derecho Social de la UE*, Tecnos, Madrid, 2011.

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A.I., M., *Materiales de Derecho Social Comunitario, teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 2012.

⁷ Sentencias del TJUE de 8 de diciembre de 2020 (*Hungría / Parlamento Europeo, Consejo de la UE*, asunto C-620/18) y *República de Polonia / Parlamento Europeo, Consejo de la UE*, asunto C-626/18)