

DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL LABORAL GENUINO Y LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO

GENUINE POSTING AND THE LAW APPLICABLE TO THE EMPLOYMENT CONTRACT

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 15.01.2018 / Aceptado: 05.02.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4113>

Resumen: La aplicación correcta de la Directiva 96/71 exige identificar el desplazamiento temporal genuino. A tal efecto, los criterios de la Directiva 2014/67 se muestran insuficientes. El artículo construye el concepto de desplazamiento genuino profundizando en los elementos definitorios del desplazamiento temporal: temporalidad, mantenimiento de la relación laboral con el empleador del Estado de establecimiento y vínculo con la prestación transnacional de servicios. La implicación práctica más importante es que las autoridades del Estado de desplazamiento pueden decidir la aplicación íntegra de su ley laboral cuando encuentran que el desplazamiento no es genuino.

Palabras clave: desplazamiento transnacional de trabajadores, ley aplicable al contrato de trabajo, libre prestación de servicios, derecho de la Unión Europea.

Abstract: The right application of Directive 96/71 requires the identification of genuine posting. To this aim the criteria laid down by Directive 2014/67 are insufficient. The article frames the concept of genuine posting building upon the defining characteristics of posting: temporality, the maintenance of the employment relationship with the home country employer, and the link with the transnational provision of services. The main practical implication is that the authorities of the host country can impose the full application of its employment law when they find that the posting is not genuine.

Keywords: posting of workers, law applicable to the individual employment contract, freedom to provide services, law of the European Union.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de desplazamiento de la Directiva 96/71. 1. Mantenimiento de la relación laboral entre empleador que desplaza y trabajador desplazado. 2. Temporalidad del desplazamiento. 3. Trabajo del desplazado y prestación transnacional de servicios. III. A la búsqueda del desplazamiento genuino. 1. Desplazamiento genuino y mantenimiento de la relación laboral con la empresa prestadora del servicio. 2. Desplazamiento genuino y temporalidad del desplazamiento. 3. Desplazamiento genuino y prestación transnacional de servicios. IV. La sobreaplicación de la Directiva 96/71 y su control.

I. Introducción

1. En la práctica de la movilidad transnacional de trabajadores por cuenta de su empleador, una de las formas jurídicas más habituales es el desplazamiento temporal en el marco de una prestación transnacional de servicios. Tan típica y habitual es esta forma de movilidad que desde hace décadas es

objeto de una regulación específica, cuya disposición básica es la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación transnacional de servicios¹. Desde su aprobación misma, el grado de cumplimiento de esta Directiva ha estado siempre en entredicho, la casuística ha sido un semillero de problemas jurídicos y, por si fuera poco, el tema se encuentra en el centro de un debate político tan importante a nivel global como es el que pone en relación la diversidad de condiciones de trabajo con el comercio internacional, en particular el comercio de servicios².

2. El grado de cumplimiento de la Directiva 96/71 ha sido continuamente puesto en duda por numerosas voces; en el terreno político, especialmente por aquellas que representan a Estados miembros con condiciones de trabajo –sobre todo las salariales, pero no solo– relativamente elevadas. Este cuestionamiento es el que fundamentalmente ha conducido a la aprobación de una nueva Directiva, la 2014/67/UE, que pretende expresamente garantizar el cumplimiento de la Directiva de 1996³. Aunque tiene mucho de “norma de compromiso” y ha “eludido los problemas centrales” que viene planteando el tema⁴, la Directiva de 2014 contiene avances positivos, sobre todo desde la perspectiva de la actuación inspectora y de la cooperación interestatal⁵.

3. En uno de sus primeros Considerandos se encuentra explicitada la finalidad de la nueva Directiva de 2014: se trata de “la identificación de los desplazamientos reales y la prevención de abusos y elusiones”⁶. Uno de los problemas clave que han planteado siempre los desplazamientos acogidos a la Directiva 96/71 es ciertamente el de su “realidad”, pero en el sentido de autenticidad o genuinidad, no en el sentido de que el desplazamiento no exista en la realidad. Resulta preferible hablar de genuinidad, más que de realidad –“genuine”, no “real”, es el adjetivo que utiliza la correspondiente versión inglesa del texto que consideramos–, puesto que en español “genuino” es, según la Real Academia Española, lo “auténtico” y “legítimo”. Este matiz de “legitimidad” es muy importante en lo que aquí hemos de tratar, como también lo es la noción básica de “autenticidad”, que conecta con lo que es verdadero y no falso o simulado (“véritable”, como en la versión francesa de este texto). Convengamos, por tanto, en que una de las finalidades últimas de la Directiva de 2014 es la identificación del desplazamiento genuino, del auténtico y legítimo.

4. La relevancia jurídica de identificar el desplazamiento genuino radica fundamentalmente en la determinación de la ley aplicable a la relación laboral. Si el desplazamiento es genuino, cae dentro del

¹ Para una bibliografía básica sobre el tema, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Elcano, 2000; M.E. CASAS BAAMONDE, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001; M.E. CASAS BAAMONDE, S. DEL REY GUANTER (DIRS.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002; y J. GÁRATE CASTRO, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

² Al respecto, M. LLOBERA VILA, *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; J.M. GOERLICH PESET, A. GUAMÁN HERMÁNDEZ, *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, CES, Madrid, 2011. Una completa revisión del problema desde sus orígenes puede verse en J. CREMERS, J.E. DOLVIK, G. BOSCH, “Posting of workers in the single market: attempts to prevent social dumping and regime competition in the EU”, *Industrial Relations Journal*, vol. 38(6), 2007, pp. 524-541. Una visión más global y de conjunto puede verse en S. LALANNE, “Posting of workers, EU enlargement and the globalization of trade in services”, *International Labour Review*, vol. 150(3-4), 2011, pp. 213-234.

³ Para un estudio de conjunto y visión crítica de la Directiva 2014/67, O. FOTINOPOULOU BASURKO, “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 70 (2015), pp. 129-153; también, J.A. TORMOS PÉREZ, “De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2015.

⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2016, p. 410.

⁵ Véase P. PÁRAMO MONTERO, “La nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3 (2015): “La Directiva mejora significativamente el marco regulatorio de las situaciones de desplazamiento temporal y define criterios orientadores para evitar el abuso de las llamadas empresas-buzón, que actúan en fraude de ley reclutando mano de obra de menor coste en otros Estados Miembros. La Directiva ahora ofrece una mejor y más detallada descripción de estas situaciones y potencia la cooperación entre Estados Miembros”.

⁶ Considerando (5) de la Directiva.

ámbito de aplicación de la Directiva 96/71; si no lo es, se aplicarían directamente las normas de derecho internacional privado, en concreto el Reglamento Roma I. Ocurre a menudo que el desplazamiento temporal constituye el único episodio de una relación laboral que nace y se extingue cuando lo hace el propio desplazamiento, con lo que, en tal caso, la aplicación de la ley del país de destino, como ley aplicable en defecto de elección, sería plausible al amparo del artículo 8 del citado Reglamento. El efecto de la Directiva es invertir esta solución: si el desplazamiento es genuino, la ley aplicable será la del país de origen, sin perjuicio de la aplicación de un conjunto de normas mínimas en virtud del artículo 3 de la propia Directiva. Es cierto que en otros supuestos de hecho, la aplicación del Reglamento Roma I podía conducir directamente a la aplicación de la ley del país de origen (porque se hubieran prestado servicios con anterioridad en el propio país de origen, porque se aplique la cláusula de escape de los vínculos más estrechos, etc.). Para tales casos, es cierto que, como ha apuntado CASAS BAAMONDE, la Directiva viene a cubrir “un defecto importante de la regulación unificada del Convenio de Roma”⁷, en cuanto que, como pusiera de relieve RODRÍGUEZ-PIÑERO, la Directiva se erige en “norma de conflicto prevalente”⁸, con el resultado de una “aplicación limitada del principio de territorialidad”⁹. Y es que, en palabras de P. MANKOWSKI, “*the private law regulation of individual employment contracts is only part of the picture*”¹⁰.

II. El concepto de desplazamiento de la Directiva 96/71

5. Tratar de identificar el desplazamiento genuino, como quiere la Directiva 2014/67, exige lógicamente manejar algún concepto solvente de desplazamiento. Un desplazamiento en el sentido de la Directiva 96/71 debe definirse en atención a tres elementos constitutivos esenciales: el mantenimiento de la relación jurídica laboral entre el empleador que desplaza y el trabajador desplazado durante todo el tiempo del desplazamiento; el carácter temporalmente limitado del desplazamiento; y la vinculación estrecha entre el trabajo del trabajador desplazado y los servicios industriales, comerciales o profesionales que el empleador del Estado miembro de origen presta al destinatario ubicado en el Estado de desplazamiento.

1. Mantenimiento de la relación laboral entre empleador que desplaza y trabajador desplazado

6. El artículo 1 de la Directiva 96/71 ofrece una aproximación descriptiva al concepto de desplazamiento. No proporciona un concepto o definición de desplazamiento, sino que, al regular su ámbito de aplicación, propone una triple taxonomía de desplazamientos. De este modo, la Directiva se aplica:

- (a) al desplazamiento del trabajador realizado en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en otro Estado miembro, al territorio de este segundo Estado, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento;
- (b) al desplazamiento del trabajador al territorio de un Estado miembro, a fin de prestar servicios en un centro de trabajo o en 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; y

⁷ M.E. CASAS BAAMONDE, “Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma”, *Relaciones Laborales*, 1994-I, v.e. Recuérdese que el Convenio de Roma fue sustituido por el Reglamento 593/2008 (Roma I), una sustitución que se ha calificado de “comunitarización” del Convenio, al reproducir el Reglamento gran parte de las soluciones de aquel; dato este importante en la práctica, pues “la jurisprudencia generada por el Convenio [...] es aprovechable, mutatis mutandis, para la interpretación del Reg. Roma I” (A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49, 2009, p. 127).

⁸ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”, *Relaciones Laborales*, núm. 23, 1999, v.e.

⁹ J.F. LOUSADA AROCHENA, R.P. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 154.

¹⁰ P. MANKOWSKI, “Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation”, en F. FERRARI, S. LEIBLE (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, p. 173.

- (c) al desplazamiento del trabajador por una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador durante el período de desplazamiento.

7. No es difícil inducir de estas descripciones particulares un principio característico del concepto general de desplazamiento, como es el de que exista una relación laboral entre la empresa por cuya cuenta se realiza el desplazamiento y el trabajador desplazado “durante el período de desplazamiento”. En realidad, “la exigencia fundamental no debiera atender tanto al mantenimiento de una relación laboral con la empresa de procedencia durante el tiempo de desplazamiento, sino, más bien, a la ausencia de relación laboral con la empresa de destino durante ese mismo tiempo”¹¹. Esta es una idea que desde el principio subrayó la mejor doctrina española¹², pero que quizá, y desafortunadamente, no haya asumido suficientemente el legislador comunitario, el cual, como luego veremos, sigue empeñado en invertir el foco de atención.

8. Como se desarrollará más en detalle después, este vínculo jurídico de naturaleza laboral entre empleador y trabajador desplazado resulta enormemente fecundo en consecuencias prácticas. En realidad, el pilar del desplazamiento es el mantenimiento de este vínculo. Pero hay más: este vínculo ha de ser exclusivo, en el sentido de que no podrá admitirse como desplazamiento de la Directiva 96/71 aquel que suponga la configuración de una posición empresarial plural en la que la empresa receptora de los servicios transnacionales se erige también en empleadora del trabajador desplazado. La previsión del Considerando 36 del Reglamento Roma I¹³ en cuanto a que el trabajador puede ser contratado por un empleador que pertenezca al mismo grupo que el empleador originario, sin que esta nueva contratación contradiga la temporalidad de la expatriación ni suponga una quiebra de la habitualidad del lugar de prestación de servicios, no puede entenderse, desde luego, como una habilitación en sentido contrario al aquí defendido. Lo que ampara el Reglamento Roma I en este pasaje es lo que en otro lugar he denominado “patrón unitario de expatriación”¹⁴, pero nada dice acerca del concepto de desplazamiento de la Directiva 96/71.

2. Temporalidad del desplazamiento

9. Además del mantenimiento de una relación laboral entre empresa que desplaza y trabajador desplazado durante el período de desplazamiento, otro elemento característico del concepto de desplazamiento es su duración temporal. Así se desprende del artículo 2.1 de la Directiva 96/71, cuando trata de definir lo que sea “trabajador desplazado”: “todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente”. Dejando al margen la imprecisión de este entrecomillado en cuanto a la distinción entre Estado de desplazamiento y Estado “en cuyo territorio trabaje habitualmente” –a la que luego volveremos–, importa destacar ahora que el desplazamiento no puede ser permanente o sin término. Lo que no hace la Directiva de 1996, ni tampoco ha querido hacer la de 2014, es determinar qué haya de entenderse exacta y precisamente por “período limitado”.

¹¹ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, A. MADAMÉ MARTÍN, “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2007, p. 18.

¹² M.E. CASAS BAAMONDE, *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001, pg. 84: “La [Ley 45/1999] exige, como la Directiva, la existencia de ‘una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento’ (art. 2.1.2º), esto es, la inexistencia de contrato de trabajo entre el trabajador desplazado y la empresa que recibe la prestación de servicios”.

¹³ Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

¹⁴ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2016.

10. Esta indeterminación de la temporalidad es clásica en el derecho internacional privado del trabajo. Recuérdese que el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ya hablaba de trabajo o empleo temporal en su artículo 6.2 a), sin más precisiones que oponer lo “temporal” a lo “habitual”. El Reglamento Roma I ha ido algo más allá, no tanto en su articulado, apenas invariado en este concreto punto¹⁵, cuanto en sus Considerandos. En el número 36 de estos, el legislador comunitario ofrece una pauta interpretativa importante de la noción de temporalidad: “la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”. La temporalidad no se acota, por tanto, mediante una referencia cuantitativa –una duración máxima, por ejemplo–, sino mediante un indicador cualitativo, como es la expectativa de reanudación de su trabajo en el país de origen.

11. Este indicador cualitativo, sin embargo, plantea un problema básico importante, que deriva de la constante epistemológica a la sobrevaloración de la retrospectiva y la correspondiente infravaloración de la prospectiva. Para cualquier autoridad, judicial o administrativa, que sitúa su enjuiciamiento en un momento temporal concreto, lo que ha ocurrido ya en el pasado es más importante que lo que pueda ocurrir en el futuro. Este último es siempre incierto y las intenciones sobre comportamientos futuros no dejan de ser meras manifestaciones de voluntad que pueden cumplirse o no y que, por si todo ello fuera poco, son fácilmente manipulables. La conclusión es que determinar la temporalidad del desplazamiento sobre la base de una expectativa de reanudación del trabajo en el país de origen conlleva un grado de incertidumbre elevado y puede ser especulativa, mientras que verificar el tiempo transcurrido suele permitir alcanzar una decisión más sólida.

12. La indefinición de la regulación contractual contrasta vivamente con lo que acontece en el plano de seguridad social. Tradicionalmente, la regulación de la duración de la movilidad ha permanecido escindida en dos planos, el de seguridad social y el que podemos llamar contractual, que comprende el contenido del contrato y, en particular, las condiciones de trabajo. En el plano de seguridad social, la regulación tiende a mostrarse taxativa, lo que se manifiesta en la delimitación exacta o numérica de la duración de la movilidad. Por el contrario, las normas que inciden en el plano contractual están imbuidas de un principio de flexibilidad e, incluso, de relativo respeto a la autonomía de las partes, casi del todo ausente en el plano de la seguridad social.

13. Esta diferenciación de aproximaciones al tema de la duración de la movilidad encuentra su sentido en la diversa naturaleza de cada rama del ordenamiento. En el ámbito jurídico público, que incluye seguridad social o fiscalidad, donde el Estado es sujeto de la relación jurídica relevante, la norma es categórica. El paradigma al respecto es el artículo 12.1 del Reglamento europeo 883/2004¹⁶, que permite que el trabajador desplazado en otro Estado miembro por cuenta de su empleador siga sujeto a la legislación del Estado de origen, “a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de 24 meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona”. En los convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, ocurre algo similar, en la medida en que la temporalidad se acota normativamente mediante la determinación de una duración máxima¹⁷. Es probable que todas estas normas pretendan limitar la discrecionalidad de la agencia, entidad u órgano encargado de la gestión del correspondiente sistema de seguridad social. Sin embargo, también es cierto que tanto el Reglamento europeo (art. 16) como los convenios suelen contemplar vías de escape excepcional, que permiten a las autoridades un margen de flexibilidad.

14. En un ámbito jurídico privado, como es el contractual, una intervención tan precisa en cuanto a la definición de temporalidad no se ha considerado apropiada. Como consecuencia de todo lo anterior,

¹⁵ El artículo 8 del Reglamento Roma I sigue contraponiendo temporal a habitual, sin más anotación.

¹⁶ Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

¹⁷ Sobre el tema, B. ALONSO-OLEA GARCÍA, *Trabajador expatriado y seguridad social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 81 y ss.

la temporalidad de la movilidad produce un doble efecto en el plano contractual. Por un lado, en aplicación del Reglamento Roma I, la ley aplicable no cambia por el hecho de que el trabajador sea desplazado temporalmente para realizar su trabajo en otro Estado. Por otro lado, en aplicación de la Directiva 96/71 y más en concreto de su artículo 3, la temporalidad del desplazamiento es trascendente a la hora de determinar una serie de condiciones mínimas de trabajo (períodos máximos de trabajo, períodos mínimos de descanso, duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, cuantías de salario mínimo, etc.).

15. Esta concepción tan abierta de la temporalidad como característica propia de los desplazamientos de la Directiva 96/71 plantea problemas casi insolubles en la práctica, entre ellos la larga duración de numerosos desplazamientos. No extraña, por ello, que entre las propuestas de modificación de la Directiva en cuestión se halle la de establecer una limitación concreta a la duración del desplazamiento. En la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión en 2016¹⁸, la duración máxima del desplazamiento se fija en veinticuatro meses, de modo que si la duración prevista del desplazamiento fuera superior, debería aplicarse íntegramente la legislación del Estado de destino desde el primer día del desplazamiento, mientras que si la duración prevista fuera inferior a los veinticuatro meses pero posteriormente el desplazamiento se prolongase más allá de los dos años, la legislación del Estado de destino se aplicaría a partir del día siguiente al cumplimiento de los veinticuatro meses¹⁹.

16. La fijación de una duración máxima del desplazamiento tampoco está exenta de problemas, pero seguramente es mejor que carecer de todo límite legal. Por ejemplo, un problema surge por la suma de períodos que resulta del reemplazo de trabajadores desplazados para el mismo trabajo. La citada Propuesta de Directiva trata de resolver este problema estableciendo que “en caso de sustitución de trabajadores desplazados que realizan el mismo trabajo en el mismo lugar, deberá tenerse en cuenta la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de los trabajadores afectados, por lo que se refiere a los trabajadores desplazados por un período de al menos seis meses”. Pero esta regla complementaria resulta poco coherente con el hecho de que se utilice la técnica normativa de integrar el concepto de habitualidad de la regla “lex loci laboris” (artículo 8 del Reglamento Roma I). En efecto, la Propuesta de Directiva trata de forzar la aplicación de la ley del país de destino estableciendo que cuando el desplazamiento va a durar más de veinticuatro meses “se considerará que el Estado miembro a cuyo territorio se haya desplazado al trabajador es el país en el que realiza habitualmente su trabajo”.

3. Trabajo del desplazado y prestación transnacional de servicios

17. Resulta esencial a la definición de desplazamiento en el sentido de la Directiva 96/71 que este se realice justamente en el marco de una prestación transnacional de servicios. Ello resulta inequívocamente del nombre mismo de la Directiva. La cuestión es de gran importancia y nuevamente tiene implicaciones prácticas numerosas y trascendentes.

18. Es bien sabido que la base jurídica de la Directiva 96/71 es la libre prestación de servicios, una libertad fundamental reconocida hoy en los artículos 56 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Con esta Directiva, el legislador comunitario reacciona frente a las medidas nacionales que diversos Estados habían adoptado en defensa de sus mercados laborales, prosiguiendo la labor iniciada por el Tribunal de Justicia de remoción de restricciones a la libre prestación de servicios cuando existe desplazamiento físico de trabajadores al país del receptor de los servicios, tratando, eso sí, de lograr un equilibrio entre la remoción de restricciones y la protección de los intereses de los trabajadores²⁰. En la búsqueda de ese equilibrio, una pauta importante es la de distinguir entre establecimiento y ser-

¹⁸ COM(2016) 128 final.

¹⁹ Sobre la Propuesta de Directiva, puede verse A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, “La propuesta de reforma de la Directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores en el marco del plan de trabajo de la Comisión Europea para el 2016”, *Revista de Derecho Social*, núm. 73, 2016, pp. 113-126.

²⁰ STJUE 3 febrero 1982, C-62/81, *Seco* (un caso de exigencia de cotizaciones en Luxemburgo a trabajadores desplazados temporalmente por los que ya se cotizaba en Francia).

vicios, por cuanto es doctrina clásica que un Estado “no puede subordinar la ejecución de la prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de todos los requisitos exigidos para un establecimiento”²¹; lo contrario supondría privar de todo contenido a la libre prestación de servicios. En la sentencia del Tribunal de Justicia que así razona (la muy conocida *Vander Elst*), se repite uno de los argumentos más habituales en este contexto: el que sostiene que un trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios de un primer Estado a un segundo Estado “no pretende en modo alguno acceder al mercado laboral de este segundo Estado”²². Antes de *Vander Elst*, la sentencia *Rush Portuguesa* había elaborado notablemente acerca de la diferencia entre que los trabajadores accedan al mercado laboral de otro Estado y que los trabajadores sean desplazados por su empleador a otro Estado a fin de prestar un servicio transnacional²³. De este argumento del “acceso al mercado laboral” me ocuparé, en todo caso, luego, pero vale la pena dejar apuntado que difícilmente puede negarse que la puesta a disposición de trabajadores por parte de una empresa de trabajo temporal –un supuesto contemplado, como se ha visto ya, en el artículo 1 de la Directiva 96/71– no suponga un acceso al mercado laboral del país receptor de esos trabajadores. La negativa solo parece coherente con una concepción ciertamente antigua de lo que sea un mercado laboral.

19. Lo que debe quedar claro, por el momento, es que no hay desplazamiento en el sentido de la Directiva 96/71 si no existe una auténtica prestación de servicios a la que el trabajo del desplazado quede estrechamente vinculado. Una primera manifestación jurídica del vínculo es que tanto el trabajo del desplazado como el servicio transnacional comparten una misma naturaleza temporal. No está de más recordar que el Tribunal de Justicia ha insistido en la naturaleza temporal de la prestación de servicios contemplada en el Tratado y en que esta naturaleza debe determinarse a la luz de la duración, regularidad, periodicidad y continuidad de los servicios²⁴. Pero lo cierto es que “ninguna disposición del Tratado permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio en otro Estado miembro no puede considerarse ya una prestación de servicios”²⁵, y de hecho, “el concepto de “servicio” en el sentido del Tratado puede abarcar servicios de muy distinta naturaleza, incluidos los servicios cuya prestación se efectúa durante un período prolongado, incluso de varios años, por ejemplo cuando se trata de servicios prestados en el marco de la construcción de un gran edificio. Asimismo, pueden constituir servicios en el sentido del Tratado las prestaciones que un operador económico establecido en un Estado miembro realiza de manera más o menos frecuente o regular, incluso durante un período prolongado, para personas establecidas en uno o varios Estados miembros, como por ejemplo la actividad remunerada de asesoramiento o de consulta”²⁶. Esta amplísima concepción de los servicios, en detrimento del concepto de establecimiento, permite al Tribunal de Justicia aligerar las cargas y restricciones de los prestadores de servicios, que estratégicamente pueden optar por no establecerse en los países en que operan, incluso aunque estas operaciones sean estables, frecuentes, regulares, prolongadas o cíclicas.

20. No es mi intención entrar a juzgar aquí acerca del correcto trazado de la línea divisoria entre servicios y establecimiento. Desde la perspectiva iuslaboralista, en lo que sí me interesa entrar es en cómo la ubicación de esta línea viene arrastrando al propio concepto de desplazamiento de trabajadores al amparo de la Directiva 96/71. Puesto que la temporalidad es un concepto sumamente elástico, que solo parece anclarse legalmente a una expectativa de reanudación del trabajo en el país de origen, el elemento rector acaba siendo el vínculo con la prestación transnacional de servicios empresariales. Dada la extensísima área que los servicios cubren en detrimento del establecimiento, los desplazamientos de trabajadores han acabado ellos mismos por cubrir áreas que más bien deberían corresponder a contrataciones laborales locales, es decir, contrataciones laborales con arreglo al derecho local del país

²¹ STJUE 9 agosto 1994, C-43/93, *Vander Elst*, 17.

²² *Vander Elst*, cit., 21.

²³ STJUE 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*.

²⁴ STJUE 30 noviembre 1995, C-55/94, *Gebhard*, 39.

²⁵ STJUE 11 diciembre 2003, C-215/01, *Schnitzer*, 31.

²⁶ *Schnitzer*, cit., 30.

de destino. Esta vieja idea (recuérdese, Rush Portuguesa, Vander Elst, etc.) de que el desplazamiento no supone acceso al mercado laboral del país de destino se antoja, de este modo, teórica, cuando no falsa.

21. Si un desplazamiento es temporal cuando concurren una mera expectativa de regreso al país de origen y una vinculación con una libertad de servicios ampliamente concebida, es fácil que un buen número de trabajadores desplazados formen parte, en realidad, del mercado laboral del país de destino; no en un sentido formal, claro está, pues su vinculación formal es con el mercado laboral del país de origen, pero sí en un sentido material o económico. Quizá una de las manifestaciones más reveladoras al respecto se contiene en la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión en relación con el artículo 4, apartado 3, letra g) de la Directiva 2014/67, en la que se dice que el hecho de que la Directiva contemple “los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado)” como un elemento posiblemente indicativo de que el desplazamiento no es genuino, “no debería interpretarse en modo alguno como la imposición de una prohibición de la posible sustitución de un trabajador desplazado por otro trabajador desplazado o como una traba a la posibilidad de dicha sustitución, que puede ser inherente en particular a servicios prestados de forma estacional, cíclica o repetitiva”. Estos servicios estacionales, cíclicos o repetitivos guardan estrecho parentesco con lo que en España conocemos como trabajo fijo-discontinuo, un trabajo que, pese a su discontinuidad o estacionalidad, es, en efecto, permanente o fijo. Difícilmente puede sostenerse que este tipo de tareas no forman parte del propio mercado laboral del país de destino.

22. Debiera imponerse, por tanto, una desacople entre la duración de los servicios y la duración del desplazamiento, de tal manera que pueda seguir manteniéndose una concepción generosa de los servicios –si así se considera en interpretación de los Tratados– al tiempo que se reconduce a sus justos términos el ámbito de lo que es un desplazamiento laboral temporal. Por esta vía transita la Propuesta de Directiva de modificación de la Directiva 96/71, tal y como se deduce de su Considerando 8. Es significativo que en él se diga, a propósito de la limitación de la duración máxima del desplazamiento laboral, que esta limitación “no afecta la potestad de las empresas que desplazan trabajadores al territorio de otro Estado miembro de ejercer el derecho a la libre prestación de servicios también en los casos en los que el desplazamiento supere los veinticuatro meses”.

23. Un desacoplamiento como el que aquí se propone no conlleva desvincular el desplazamiento laboral de la prestación transnacional de servicios: el desplazamiento siempre habrá de producirse en el marco de una tal prestación. Lo que conlleva es desligar la duración del desplazamiento de la duración de la prestación de servicios: mientras que los servicios mercantiles pueden ser de larga duración –varios años–, el desplazamiento laboral acogido a la Directiva 96/71 no debería exceder una duración máxima razonable. La razonabilidad radica, a mi juicio, en el punto que no desincentive las prestaciones de servicios de corta duración. Para un prestador de servicios, tener que asumir la plena aplicación de la legislación laboral de destino carece de sentido en prestaciones transnacionales de corta duración: el prestador del servicio renunciará a prestar un servicio de dos meses si ello implica asumir toda la legislación laboral del país de destino; en cambio, cuando la prestación es de larga duración –más de un año, a nuestro juicio, supone ya una duración suficientemente larga a estos efectos– resulta proporcional imponer al prestador del servicio que asuma el cumplimiento de la legislación laboral del país de destino.

II. A la búsqueda del desplazamiento genuino

24. El empeño fundamental, como se ha dicho, de la Directiva 2014/67 es la identificación del desplazamiento genuino. La gran tensión clásica de fondo en esta materia se da entre, por un lado, la defensa del mercado interior de servicios (libertad de los prestadores de servicios para ejercer actividades en cualquier Estado miembro sin restricciones injustificadas) y, por otro, la defensa de los mercados nacionales y sus respectivos niveles de condiciones de trabajo. En este último polo, coexisten en realidad al menos tres intereses diferentes: primero, el de las empresas locales, que compiten con prestadores de

servicios establecidos en otros Estados; segundo, el de los trabajadores del mercado laboral local, cuyos empleos o condiciones de trabajo resultan amenazados por la competencia de trabajadores desplazados con peores condiciones de trabajo; y tercero, el de los propios trabajadores desplazados, cuyo interés naturalmente es percibir la mayor de las remuneraciones y beneficiarse de las mejores condiciones de trabajo, si estas fueran las del país de destino.

25. La Directiva 96/71 vino inicialmente a inclinar el equilibrio hacia el segundo polo, al permitir a los Estados imponer un buen número de condiciones de trabajo nacionales a los prestadores de servicios, en la línea de lo que la primera jurisprudencia del Tribunal de Justicia, anterior a la propia Directiva, parecía apuntar. Sin embargo, el punto de equilibrio fijado por la Directiva ha venido mostrándose muy inestable en la aplicación práctica, especialmente como resultado de tres órdenes de factores: la controvertida jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que justo tras la aprobación de la Directiva empezó a producir efectos restrictivos en la cuestión esencial de en qué medida la ley laboral del país de establecimiento puede ser desplazada por la ley donde el trabajo efectivamente se presta²⁷; los insuficientes mecanismos de control en los Estados (tanto de establecimiento como de destino); y la muy mejorable cooperación administrativa entre Estados²⁸.

26. La Directiva 2014/67 se dicta, precisamente, con la finalidad de atajar buena parte de estas deficiencias. Se trata, ante todo, de una norma adjetiva o de control, una norma de garantía que pretende facilitar la supervisión efectiva y la aplicación coercitiva de las normas sustantivas fundamentalmente contenidas en la Directiva de 1996. A tal efecto, la Directiva de 2014 ofrece una serie de criterios para determinar la existencia de un desplazamiento genuino. Se trata de un conjunto de criterios que, por un lado, no son exhaustivos, sino meramente indicativos, y, por otro, deben formar parte de una evaluación global por parte de la autoridad que lleve a cabo el control, no pudiendo, por ello, considerarse de forma aislada.

27. Un buen modo de acercarse a estos criterios es partiendo del concepto de desplazamiento que hemos construido con los tres elementos expuestos: (1) mantenimiento de la relación laboral con la empresa prestadora del servicio durante todo el tiempo del desplazamiento; (2) temporalidad del desplazamiento, y (3) vinculación del desplazamiento con la prestación transnacional de servicios. De esta forma, será posible detectar en la Directiva de 2014 aquellas previsiones que van encaminadas a facilitar la verificación de la concurrencia de los tres elementos por las autoridades competentes.

1. Desplazamiento genuino y mantenimiento de la relación laboral con la empresa prestadora del servicio

28. El primero de los elementos sobre los que opera la Directiva de 2014 es la exigencia de que la relación laboral se mantenga durante todo el tiempo del desplazamiento entre el trabajador desplazado y la empresa establecida en el Estado de origen. Se ha apuntado más arriba que, al poner el acento en la relación laboral con el empleador del Estado de establecimiento, el legislador comunitario invierte el foco de atención. Por supuesto que debe mantenerse la relación laboral con el prestador del servicio durante todo el tiempo del desplazamiento, pues sin este vínculo no estaríamos bajo el paraguas de la libertad de prestación de servicios, sino que estaríamos ante un ejercicio de la libre circulación de trabajadores. Pero lo más relevante es que durante ese período de desplazamiento no debe establecerse relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa receptora de los servicios transnacionales.

²⁷ Al respecto, P. DAVIES, “The Posted Workers Directive and the EC Treaty”, *Industrial Law Journal*, vol. 31, núm. 3 (2002), p. 298-306, quien analiza cómo el TJ, en las sentencias Arblade (C-369/96), Mazzoleni (C-165/98), Finalarte (C-49/98), Portugaia (C-164/99) y Comisión contra Alemania (C-493/99), limita los efectos favorables al Estado de destino de la jurisprudencia anterior (especialmente Rush Portuguesa).

²⁸ Al respecto, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA y A. MADAMÉ MARTÍN, “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2007, pp. 40 y ss.

De otro modo, es decir, si tal relación laboral se estableciera, el trabajador no sería un desplazado en el sentido de la Directiva 96/71, sino que pasaría a integrarse plenamente en el mercado laboral del país de destino. Nótese que cuando hablamos de que no debe establecerse relación laboral, nos referimos a una relación laboral de facto: no importa si el trabajador desplazado y la empresa de destino han formalizado un contrato de trabajo; lo único relevante es si han constituido una relación laboral de hecho.

29. La Directiva 2014/67 no presta atención suficiente a este importante aspecto. Su artículo 4, específicamente dirigido a la identificación de los desplazamientos genuinos, clasifica los indicadores de genuinidad en dos grupos. El primer grupo se refiere a la verificación de que la empresa que presta el servicio “lleva a cabo verdaderamente actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna” (apartado 2 del artículo 4). El segundo grupo se refiere a la comprobación de si el trabajador desplazado “realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja” (apartado 3 del artículo 4). Resulta claro que mientras el primer grupo conecta con el tercer elemento definitorio del desplazamiento (vinculación del desplazamiento con la prestación transnacional de servicios), el segundo grupo conecta con el segundo elemento definitorio del desplazamiento (temporalidad del desplazamiento). El único elemento definitorio que parece quedar al margen es, por tanto, el primero (mantenimiento de la relación laboral con la empresa prestadora del servicio durante todo el tiempo del desplazamiento).

30. Como se ha explicado, el requisito del mantenimiento de la relación laboral con la empresa prestadora del servicio significa, en realidad, que el trabajador desplazado no puede tener una relación laboral con la empresa destinataria de los servicios transnacionales. Para determinar si el trabajador mantiene una relación laboral con la empresa del país de destino, los criterios que las autoridades laborales o judiciales deben aplicar son los que en España englobaríamos bajo los artículos 1.2 y 43 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de identificar al empleador real del trabajador y esto debe hacerse, en cualquier Estado, atendiendo a los criterios reales definitorios de la relación laboral.

31. Resulta útil, a este respecto, la regla contenida en el artículo 4.5 de la Directiva 2014/67. Aunque este apartado no esté probablemente redactado exactamente para lo que aquí estamos considerando, sus principios sí son de pertinente aplicación. La regla dice que cuando se trate de determinar si una persona es un trabajador, los Estados “deben guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador, independientemente de cómo se caracterice la relación en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado las partes”. Los principios que fundamentan esta regla son útiles para determinar si existe una relación laboral entre la empresa receptora de los servicios y el trabajador desplazado: principio de realidad (atención a los “hechos”, no tanto a los acuerdos entre las partes) y principio de calificación de la relación laboral atendiendo al desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador.

32. Tanto la recalificación del trabajador (falsamente) autónomo en trabajador por cuenta ajena como la determinación del verdadero empleador son, por tanto, tareas que cualquier autoridad nacional debe realizar conforme a los principios reseñados. Particular importancia tiene, en este ámbito, la determinación del verdadero empleador, ya que esta determinación es clave para excluir la aplicación de la Directiva 96/71 cuando el trabajador desplazado desempeña su trabajo con subordinación a órdenes e instrucciones de la empresa de destino o con medios de trabajo proporcionados por esta. Esta operación jurídica de identificación del verdadero empresario es muy habitual en el Derecho del Trabajo, especialmente en el ámbito de la “cesión ilegal de trabajadores” (artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores).

33. Repárese en que la clave para determinar al verdadero empleador no está en el hecho de que el desplazamiento sea temporal. No obstante, algunos de los criterios enunciados en el artículo 4.3 de la Directiva 2014/67 pueden ser aplicables en la tarea aquí considerada. Por ejemplo, el criterio de si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos alude a una función empresarial típica, como es la de soportar los gastos del trabajo

por cuenta ajena. El hecho de que estos gastos fueran directamente soportados por la empresa de destino sería indiciario, desde luego, de una cesión ilegal.

34. El balance de lo aportado por la Directiva 2014/67 en este terreno es, por lo que se acaba de ver, manifiestamente mejorable. Los indicadores que hubiera podido aportar la Directiva son los que habitualmente se utilizan en las investigaciones inspectoras o en los procesos judiciales en materia de cesión de mano de obra. Esta conexión estrecha entre pervivencia de la relación laboral con el empleador del Estado de establecimiento y cesión ilegal de mano de obra la ha puesto de relieve el magnífico Criterio Técnico núm. 97/2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española. En su apartado Tercero, se proponen, "para su utilización conjunta y ponderada", una serie de acertados criterios que versan: (a) sobre el poder de decidir la extinción del contrato de trabajo; (b) sobre el poder de determinar el trabajo que ha de realizarse y el modo para llevarlo a cabo; (c) sobre la disposición de personal directivo y mandos que ejerzan las tareas directivas, organizativas y disciplinarias durante el desplazamiento, debiendo este ejercicio ser efectivo y corresponderse con la identificación que los trabajadores desplazados hagan sobre cuál es su empresa y qué personas físicas la representan, organizando y dirigiendo el trabajo; (d) sobre la asunción de gastos de alojamiento, manutención, transporte, etc. del trabajador desplazado; (e) sobre la facilitación de herramientas, ropas, equipos de trabajo y de seguridad, etc. al trabajador desplazado; y (f) sobre el cumplimiento de las obligaciones empresariales relativas a salarios, seguridad social, exámenes médicos, etc.

35. El catálogo de criterios que proporciona la Inspección en su Criterio Técnico supera con creces lo previsto en la Directiva 2014/67, y permite un enjuiciamiento de las situaciones desde la perspectiva del mantenimiento de la relación laboral de origen. Pero, como se ha subrayado ya anteriormente, y en palabras del Criterio Técnico, "si el trabajador desplazado pasara a depender de otra empresa en el Estado de acogida, se rompería el vínculo orgánico con el empresario que los desplaza y no estaríamos ante un supuesto de desplazamiento". Conviene apuntar, finalmente que todos estos criterios deben igualmente aplicarse a las situaciones en las que la movilidad se produce entre empresas dentro de un mismo grupo empresarial multinacional, y ello porque, con independencia de la valoración que una puesta a disposición intragrupo merezca desde la perspectiva de derecho interno del artículo 43 ET, lo cierto es que si la empresa que ejerce las funciones empresariales es la de destino, no puede hablarse de un desplazamiento genuino en el sentido de la Directiva 96/71.

2. Desplazamiento genuino y temporalidad del desplazamiento

36. El apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 2014/67 enuncia una serie de criterios –no exhaustivos– a fin de “determinar si un trabajador desplazado realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja”. El derecho vigente no proporciona límite numérico alguno a la duración máxima del desplazamiento. Recuérdese que el criterio legal más explícito al respecto es el que proporciona el Considerando 36 del Reglamento Roma I, y según este, la temporalidad se asocia a la “suposición” de que “el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”. De la lectura de los criterios del artículo 4.3 de la Directiva de 2014 y del citado Considerando 36 resultan dos concepciones distintas de la temporalidad. Una primera concepción de la temporalidad es la que la define por contraste con el país en el que el trabajador desplazado habitualmente trabaja. Una segunda concepción, muy distinta, de la temporalidad es la que la configura en el marco de una relación laboral de más larga duración con el empleador de origen, de la que el desplazamiento temporal resulta ser así un mero episodio o tramo.

37. La primera concepción resulta del artículo 4.3 de la Directiva 2014/67. Para empezar, este apartado comienza señalando que se trata de determinar “si un trabajador desplazado realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja”. Nótese que el legislador no dice que el desplazado realice temporalmente su labor en un Estado distinto de aquel en el que normalmente trabaja “para el empleador que lo desplaza”. El desplazamiento al extranjero se

configura como temporal en relación con el Estado en el que el trabajador normalmente trabaja, sin que sea necesario que este trabajo normal se preste al mismo empleador que realiza el desplazamiento. La temporalidad del desplazamiento es, en esta concepción, un episodio en la vida laboral de un trabajador que normalmente trabaja en un país distinto, no un episodio en una concreta relación laboral con un concreto empleador. El criterio de la letra c) del artículo 4.3 vuelve a insistir en la misma idea: el desplazamiento se realiza a un Estado distinto de aquel en el que el trabajador “suele desempeñar su labor”, sin precisar si esta labor debe ser para el mismo empleador en el marco de una relación laboral única. Y lo mismo ocurre con el criterio de la letra d): “si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestados los servicios para los que fue desplazado”. No dice el texto que el trabajador vuelva a trabajar *para el mismo empleador* al Estado miembro desde el que se desplaza, sino que basta con que vuelva al Estado de origen, aunque sea para allí buscar empleo o trabajar para otra empresa con otra relación laboral.

38. La segunda concepción resulta directamente de las normas que constituyen el núcleo duro del derecho internacional privado laboral. Se trata de algo totalmente lógico si se piensa que la finalidad del artículo 8 del Reglamento Roma I es designar la ley aplicable a un “contrato de trabajo”, es decir, a una “relación laboral”²⁹. La lógica normativa en el Reglamento Roma I se mueve dentro del marco de una relación laboral, por mucho que esta pueda presentar episodios variados y múltiples vicisitudes, lo que en la práctica genera patrones distintos de expatriación³⁰. Por tanto, para el Reglamento Roma I, cualquier episodio o vicisitud, como es un desplazamiento temporal a otro Estado, ocurre “dentro” de la relación laboral, no dentro de la “vida laboral” de un trabajador, quien puede mantener a lo largo de su vida múltiples relaciones laborales (contratos) con diferentes empleadores. Y así, cuando su artículo 8 establece que “no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”, es evidente que se está asumiendo que tanto el trabajo en el país de origen como el trabajo temporal en el país de destino se realizan para un mismo empleador en el marco de una relación laboral concreta. No es óbice que el propio Reglamento prevea, ahora en el Considerando 36, que “la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal”. No es óbice porque lo que busca el Reglamento con este Considerando es aclarar que la mera formalidad de suscribir un nuevo contrato laboral coextenso con el desplazamiento temporal no impide realizar una valoración más amplia del conjunto de pactos que conforman la relación laboral desde una perspectiva global. De esta valoración puede resultar perfectamente que, pese a existir episodios de desplazamiento o expatriación temporales para cada uno de los cuales se ha estipulado un contrato de trabajo formal, la relación laboral global sea, en realidad, única, por lo que la ley aplicable también será única; a esto me he referido en otro lugar al tratar del “patrón unitario” de expatriación, en contraste con el “patrón plural”³¹.

39. En realidad, las dos concepciones de la temporalidad del desplazamiento tienen sentido; solo que cada una de ellas en el diverso contexto regulador a que pertenece. En el contexto del Reglamento Roma I, se trata de identificar una ley aplicable a un contrato de trabajo, y en este contexto la búsqueda de una ley estable, que permanezca a lo largo de episodios meramente temporales, es un objetivo legítimo, plausible y acertado. En cambio, el contexto normativo de la Directiva 96/71 es muy distinto: de lo que se trata aquí es de facilitar a los prestadores de servicios establecidos en cualquier Estado miembro la prestación transnacional de servicios allí donde surja un cliente o una oportunidad de negocio. Para ello, es lógico que la Directiva ampare la contratación laboral ex novo con la sola finalidad de dar cumplimiento a la prestación de servicios comprometida, en una suerte de contrato de obra o servicio

²⁹ “Even though the Rome I Regulation designates the law applicable to ‘contractual obligations’, its provisions specify the law applicable to a ‘contract’, i.e. ‘contract by contract’” (A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law. Commentary. Volume II. Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, p. 60).

³⁰ Sobre esto, véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Expatriación de trabajadores y ley aplicable...”, cit.

³¹ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Expatriación de trabajadores y ley aplicable...”, cit.

determinado con duración limitada a la duración del encargo o servicio comercial³². Esa contratación ex novo podrá finalizar seguramente al término de la propia prestación de servicios transnacionales, con lo que el contrato de trabajo, en realidad, se habrá desarrollado en su integridad en el país de destino. No se estará, por tanto, en el supuesto contemplado por el último inciso del artículo 8.2 del Reglamento Roma I, puesto que el trabajo temporal en otro país no es, en el desplazamiento descrito, un episodio de una relación laboral más larga; al contrario, el trabajo temporal en el país de destino agota completamente el contrato de trabajo estipulado en el país de origen con la empresa prestadora de los servicios.

40. Una aplicación estricta del artículo 8 del Reglamento Roma I abocaría probablemente, en el supuesto que se acaba de describir –relación laboral que se agota en el desplazamiento temporal–, a considerar que la ley aplicable en defecto de elección es la del país de destino, en cuanto es el único lugar habitual de trabajo que cabe identificar. Sin embargo, en el Reglamento Roma I, la cláusula de escape del apartado 4 del propio artículo 8 puede proporcionar la vía para aplicar al contrato la ley del país de origen, si es que fuera posible encontrar vínculos más estrechos con este país (país del establecimiento del empleador, país de residencia del trabajador, quizá nacionalidad de las partes, etc.). Tal opción no es ni mucho menos descabellada, y de ella es muestra, en el ámbito interno español, el controvertido artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que “la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo”. Más allá de esta mención casi anecdótica al artículo estatutario, lo cierto es que la cláusula de escape ha recibido una interpretación muy generosa por el Tribunal de Justicia, especialmente en su sentencia *Schlecker*³³. La mejor doctrina de derecho internacional privado ha señalado que, en materia laboral, la cláusula de escape es de “aplicación no excepcional y de orientación conflictual”³⁴. El efecto de esta cláusula es conferir a la autoridad juzgadora un amplio margen de flexibilidad para dejar de aplicar la ley del lugar de trabajo –no digamos ya la ley del establecimiento de contratación, cuyo carácter subsidiario, casi residual, es claro tras lo sentado en *Koelzsch*³⁵ y en *Voogsgeerd*³⁶– cuando, a partir de un “conjunto de circunstancias” entienda que el contrato presenta, en realidad, “vínculos más estrechos” con otro país. Se ha dicho, con razón, que esta regla, interpretada extensivamente, como en *Schlecker*, puede producir un efecto muy similar a la regla de aplicación de la ley del país de origen³⁷.

41. A diferencia de lo que acontece en el contexto del Reglamento Roma I, en el contexto de la Directiva 96/71, carece de sentido considerar el desplazamiento como episodio de una relación laboral más prolongada, lo cual no significa que esto no pueda darse en la práctica. La Directiva pone el acento en la libertad de prestar servicios transnacionales dentro de la Unión, siendo el desplazamiento un elemento ancilar a dicha libertad, y el contrato de trabajo un elemento, a su vez, subsidiario del propio desplazamiento. Que este desplazamiento se efectúe en el marco de un contrato de trabajo preexistente o que el contrato de trabajo se estipule con el único objeto de desplazar al trabajador es en buena medida irrelevante para la Directiva. Así se entiende que la Directiva 2014/67, al tratar de listar criterios indicativos del cumplimiento del requisito de la temporalidad, señale en la letra d) del artículo 4.3 “si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestados los servicios para los que fue desplazado”. Lo relevante no es que regrese para continuar prestando servicios para el mismo empleador que lo ha desplazado, sino que regrese para continuar trabajando como parte del mercado laboral del país de origen. La Directiva

³² Desde luego, se ha considerado contrario al derecho comunitario exigir una antigüedad laboral mínima de seis meses en la empresa a la fecha de desplazamiento del trabajador (caso Comisión contra Luxemburgo, C-445/03).

³³ C-64/12.

³⁴ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2014, p. 1007.

³⁵ C-29/10.

³⁶ C-384/10.

³⁷ A.A.H. VAN HOEK, “Private international law: an appropriate means to regulate transnational employment in the European Union?”, *Erasmus Law Review*, 7(3), 2014, p. 164.

no contempla, por tanto, el desplazamiento como un episodio de una relación laboral más amplia, sino al trabajador desplazado como temporalmente fuera de su mercado laboral normal o habitual.

42. Sorprende, por lo dicho, que el legislador comunitario haya tratado de conectar ambas concepciones en un precepto que por ello mismo resulta jurídicamente muy extraño: según la letra c) del artículo 4.3 de la Directiva 2014/67, un criterio para ponderar la temporalidad del desplazamiento es “si el desplazamiento se realiza a un Estado miembro distinto de aquel en el que o desde el que el trabajador desplazado suele desempeñar su labor, de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 593/2008 (Roma I) o el Convenio de Roma”. La primera parte del fragmento entrecomillado puede servir al efecto que la Directiva se propone, pero la segunda parte, con su referencia al Reglamento Roma I (o al Convenio de Roma), está completamente desenfocada: en el Reglamento, el cambio temporal de lugar de trabajo se produce en el marco de un contrato de trabajo o relación laboral de más larga duración, mientras que en el ámbito normativo de la Directiva 96/71, al que pertenece la Directiva de cumplimiento de 2014, el cambio de lugar de trabajo se predica respecto del trabajador mismo, en cuanto que forma parte de un mercado laboral distinto.

43. Un tema importante a la hora de medir la temporalidad del desplazamiento es la relativa a la sustitución o reemplazo de los trabajadores desplazados, es decir, al envío sucesivo de desplazados a fin de realizar el mismo trabajo en el marco de la misma prestación de servicios transnacional. La Directiva 96/71 establece una disposición sobre reemplazo de trabajadores desplazados, a propósito del cálculo del período de un año que opera como período de referencia para las duraciones a que aluden los apartados 2, 3 y 4 del artículo 3. Estos apartados fijan duraciones máximas muy breves (ocho días, un mes) para ciertos desplazamientos, en relación con los cuales pueden introducirse excepciones a la garantía de condiciones de trabajo y empleo mínimas del artículo 3.1 de la propia Directiva. La duración de estos desplazamientos “se calculará sobre un período de referencia de un año a partir de su comienzo” y, “al calcular el período de un año, se incluirá en el cálculo el tiempo que en su caso haya estado desplazado el trabajador al que haya que sustituir” (artículo 3.6 de la Directiva). Se trata, como es fácil comprobar, de una disposición sobre reemplazo de trabajadores desplazados que tiene un alcance muy particular. Hay que buscar en otro lado alguna disposición sobre sustitución o reemplazo de desplazados que tenga alcance más general.

44. La Directiva 2014/67 sí se ocupa de señalar, con alcance más general, que “los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado)”³⁸ deben tomarse en consideración por las autoridades de control a fin de juzgar acerca de la temporalidad del desplazamiento. Se trata de una típica disposición antifraude, que trata de evitar que, mediante el fácil expediente de enlazar sucesivos reemplazos de trabajadores, pueda considerarse temporal el desplazamiento cuando se está, en realidad, ante la cobertura de un puesto estable o permanente. El problema aplicativo que encuentra esta disposición es la inexistencia de una duración máxima legalmente fijada para el desplazamiento, con lo que el mero hallazgo de que ha existido una cadena de reemplazos para el mismo puesto no puede considerarse, por sí solo, contrario a la normativa comunitaria. Esto resultará frustrante, sin duda, para el funcionario que tras un ímprobo esfuerzo por detectar el reemplazo se topa con la dificultad jurídica de extraer alguna consecuencia relevante. El examen de la “naturaleza de las actividades”, a que se refiere la letra e) del artículo 4.3 de la propia Directiva de 2014, podrá constituir un complemento importante para que la autoridad de control pueda dictaminar que el desplazamiento carece de naturaleza temporal, pero la ausencia de un límite determinado a la duración del desplazamiento dificulta enormemente la operatividad de todas estas previsiones.

45. Por lo demás, los restantes criterios del artículo 4.3 de la Directiva 2014/67 o son francamente inanes (decir que, a fin de determinar si el desplazamiento es temporal, la autoridad de control debe tomar en consideración “si el trabajo se realiza durante un período limitado en otro Estado miembro” o

³⁸ Artículo 4.3 g).

“la fecha de inicio del desplazamiento” es decir más bien poco) o parecen desconectados de la idea de temporalidad: no se acaba de ver de qué manera el hecho de que el empresario proporcione “el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos” (artículo 4.3 f) está conectado con el carácter temporal o permanente del trabajo; estará más bien conectado con la identificación del verdadero empleador, un aspecto al que ya me he referido antes.

46. La necesidad de establecer una limitación normativa a la duración del desplazamiento realizado al amparo de la Directiva 96/71 resulta con claridad de todo lo anterior. A la hora de estimar qué límite es razonable, no puede utilizarse una argumentación como la que sí puede esgrimirse en materia de seguridad social. En este último ámbito normativo, hay un interés importante a preservar, como es la continuidad de las carreras de cotización o aseguramiento. Este interés de la persona física es importante porque, en términos prácticos, la gestión de las contingencias resulta más sencilla cuando uno acredita vínculos con un solo ordenamiento nacional de seguridad social, que cuando acredita vínculos de aseguramiento y cotización con dos o más Estados. Es razonable, por tanto, intentar posponer cualquier cambio de ley aplicable en materia de seguridad social; en este sentido, un plazo de 24 meses como el que fija el artículo 12 del Reglamento 883/2004 resulta sensato.

47. En cambio, en materia puramente contractual, no existe tal interés. El interés prioritario de la persona física desplazada es beneficiarse de las condiciones laborales y de empleo más beneficiosas, y si estas provienen de la legislación del Estado de destino, obtener la aplicación lo más amplia posible de esta legislación. Es cierto que el otro lado de la ecuación se ubica el interés del prestador de servicios, y a este es al que atiende la Directiva 96/71 cuando establece aquello que el prestador deberá cumplir en relación con los trabajadores que desplace. Pero este interés solo es legítimo en la medida en que trata de amparar prestaciones de servicios de corta duración, para las cuales puede resultar desproporcionada la aplicación de la totalidad de la legislación laboral del país de destino. La desproporción se produce porque en una prestación de servicios de corta duración el precio global del servicio no compensa el coste de identificación, gestión y aplicación de la legislación laboral de destino. Sin embargo, cuando la prestación de servicios es de mayor duración, el precio global de los servicios, que es mayor como resultado de la propia mayor duración de los mismos, justifica una mayor inversión en la identificación, gestión y aplicación de la ley laboral de destino. Con esta fundamentación, una duración máxima para el desplazamiento temporal como la que se plantea en la Propuesta de Revisión de la Directiva 96/71 resulta claramente injustificada: una duración máxima de 24 meses, que es la de la normativa de seguridad social, es desproporcionadamente exagerada al fin que se persigue. Para un prestador de servicios, si estos van a tener una duración superior a un año, la inversión en identificar, gestionar y aplicar la ley laboral de destino está plenamente justificada.

3. Desplazamiento genuino y prestación transnacional de servicios

48. La aplicación de la Directiva 96/71 queda supeditada a la existencia de una auténtica prestación transnacional de servicios, una libertad económica fundamental consagrada en los artículos 56 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La clave de la libre prestación de servicios radica en el hecho de que el prestador se encuentra establecido en un Estado miembro distinto de aquel en que se halla el receptor de los servicios³⁹. La entrada en juego de la perspectiva laboral se produce cuando a esa relación comercial transnacional se le añade el desplazamiento físico de trabajadores por cuenta ajena a fin de ejecutar la prestación en el Estado de destino. Nótese, en efecto, que, si el servicio transnacional se presta sin desplazamiento físico de trabajadores, la Directiva 96/71 no cumple papel alguno en la situación; dicho de otro modo, la Directiva no resulta aplicable⁴⁰.

³⁹ Sobre la incidencia de las libertades económicas fundamentales en el tema del desplazamiento temporal, remito al detenido estudio de B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El desplazamiento temporal de trabajadores...*, cit., concretamente a su Capítulo Segundo.

⁴⁰ En este sentido, sentencia del Tribunal de Justicia de 18-9-2014, en el asunto *Bundesdruckerei GmbH (C-549/13)*: “conforme al propio tenor de la cuestión prejudicial, ésta versa sobre una situación en la que “el subcontratista está establecido

49. La vinculación entre el desplazamiento del trabajador y la prestación de servicios implica que no pueda hablarse de desplazamiento genuino cuando se utiliza la libertad de prestación de servicios en fraude de ley. Esto ocurre cuando el prestador de servicios se establece artificialmente en un Estado en el que no ejerce efectivamente una actividad económica. El artículo 4.2 de la Directiva 2014/67 proporciona criterios encaminados a “determinar si una empresa lleva a cabo verdaderamente actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna” en el Estado de establecimiento. Esta determinación se llevará a cabo por las autoridades a partir de una “evaluación global de todos los elementos fácticos”, tomando en consideración “un marco temporal amplio” y prestando atención a los datos sobre las actividades que lleva a cabo la empresa tanto en el Estado de establecimiento como en el de acogida.

50. A estos efectos, los criterios más relevantes seguramente sean, por un lado, identificar el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental y donde emplea personal administrativo, y por otro lado, computar el número de contratos celebrados o el volumen de negocios obtenido en el Estado miembro de establecimiento. Conectado con ambos, también será relevante el lugar donde la empresa tenga su domicilio social y su sede administrativa, ocupe espacio de oficina, pague sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social y, en su caso, posea una licencia profesional, un registro cameral o colegial.

51. Más oscuro resulta el criterio del artículo 4.2 b) de la Directiva 2014/67: “el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y el lugar desde el que se les desplaza”. No parece que deba excluirse que la prestación de servicios transnacional pueda llevarse a cabo con personal contratado ad hoc en el propio Estado en que deba llevarse a cabo la prestación. Lo que ocurre es que este supuesto no parece que tenga encaje en la Directiva 96/71. Recordemos que, según lo explicado anteriormente, esta Directiva contempla la temporalidad como una expectativa de regreso al Estado de origen; es decir, el desplazamiento al extranjero se configura como temporal en relación con el Estado en el que el trabajador normalmente trabaja. Si el trabajador es contratado en el Estado de destino para trabajar en este temporalmente para un empleador establecido en otro Estado, en el marco de una prestación de servicios que realiza este empleador a otra empresa radicada en el Estado de destino, parece claro que, en aplicación del artículo 8 del Reglamento Roma I, la ley aplicable en defecto de elección debe ser la del país de destino. No ha lugar, por tanto, a aplicar aquí la Directiva 96/71, ya que la relación laboral se configura plenamente como una relación laboral local, enteramente sujeta a la legislación del país de destino (a salvo un pacto de elección de otra ley aplicable que resulte más beneficiosa para el trabajador, tal y como ampara el artículo 8 del Reglamento Roma I).

52. Tampoco es clara la relevancia que en el juicio de que tratamos pueda tener el criterio enunciado en la letra c) del artículo 4.2 de la Directiva 2014/67: “el Derecho aplicable a los contratos que celebra la empresa con sus trabajadores, por un lado, y con sus clientes, por otro”. Vayamos por partes. Respecto del derecho aplicable a los contratos de trabajo que celebre la empresa, habrá que entender que el criterio va referido a otros contratos laborales, distintos de los contratos con los trabajadores desplazados cuyos desplazamientos están en cuestión. Se tratará de saber, con este criterio, en qué medida la actividad de la empresa está volcada masivamente en el Estado de destino, más que en el Estado de establecimiento. Parece, en todo caso, que la referencia al derecho aplicable debe entenderse hecha a la ley aplicable en defecto de elección, puesto que de otro modo, es decir, de entenderse hecha a la ley aplicable por pacto, se estaría dejando casi al arbitrio del empleador la operatividad de este criterio.

53. Respecto de la segunda mención, la relativa al derecho aplicable a los contratos que celebra la empresa con sus clientes, se tratará de indagar hacia qué país gravita jurídicamente la actividad em-

en otro Estado miembro de la UE [distinto de Alemania] y sus trabajadores dedicados a la ejecución de las prestaciones objeto del contrato operan exclusivamente en el país de origen de aquél”. Tal situación no se incluye en ninguna de las tres medidas transnacionales a que se refiere el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 96/71, de modo que esta Directiva no es aplicable al litigio principal” (par. 26-27).

presarial comercial. Si mayoritariamente los contratos comerciales quedan sujetos a la ley del país de destino, estaremos ante un indicador de que la actividad empresarial principal se realiza en este país, no en el de establecimiento. En este caso, puede atenderse a la ley aplicable designada por las partes y, en defecto de elección, a los criterios aplicables en cada caso a tenor del Reglamento Roma I.

54. Todo lo anterior puede estar muy bien en orden a determinar si una empresa lleva a cabo actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna en el Estado de establecimiento; sin embargo, la clave del tema de la vinculación entre desplazamiento y prestación de servicios va más allá de lo anterior. Como ha sabido ver con claridad el Criterio Técnico 97/2016 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la protección de la libre prestación de servicios “requiere para su aplicación que exista realmente una empresa en el Estado de establecimiento y que lleve a cabo una auténtica prestación de servicios”; por este motivo, se deberá verificar no solo que no estamos ante una mera empresa-buzón, sino “que existe realmente una prestación de servicios y que no se trata con ello de encubrir una cesión ilegal de trabajadores”⁴¹. La pregunta de fondo es si el suministro de mano de obra puede constituir una válida prestación de servicios, amparada por el derecho comunitario.

55. En su clásica sentencia de 17 diciembre 1981, caso *Webb*, el Tribunal de Justicia sostuvo que “la actividad que consiste en la cesión por parte de una empresa, a cambio de una remuneración, de mano de obra que sigue estando al servicio de dicha empresa, sin que exista un contrato de trabajo con el usuario, constituye una actividad profesional que reúne los requisitos establecidos en el párrafo primero del artículo 60 [del Tratado CEE]. En consecuencia, debe ser considerada como un servicio a efectos de dicha disposición”. El Tribunal enjuiciaba en este caso la actividad de puesta a disposición de trabajadores por parte de una empresa de trabajo temporal, por lo que también pudo añadir que los Estados miembros pueden “someter la cesión de mano de obra en su territorio a un régimen de autorizaciones, para poder denegar su concesión cuando existan razones para temer que dicha actividad pueda perjudicar las buenas relaciones en el mercado laboral o que los intereses de los trabajadores de que se trate no queden suficientemente garantizados”. Hay que entender, por tanto, que la cesión de trabajadores podrá constituir una actividad profesional para aquellas empresas que cumplan los requisitos razonablemente exigidos por los Estados, entre otros el de autorización. Para las empresas que no cuentan con esta autorización, por tanto, la cesión de trabajadores no constituye una prestación de servicios legítima, y por tanto el desplazamiento de trabajadores realizado para ejecutar dicha cesión no encuentra amparo en la Directiva 96/71. Como concluye el Criterio Técnico 97/2016 de la Inspección, “la empresa prestadora no puede limitarse a suministrar mano de obra”.

56. Una prestación de servicios que merece un tratamiento singular desde la perspectiva que nos ocupa es la que se produce entre empresas del mismo grupo multinacional o incluso entre centros de trabajo o sucursales de la misma empresa. La Directiva 96/71 contempla entre los supuestos que dan lugar a su aplicación “desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en 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” (artículo 1.3 b). Ciertamente, una prestación de servicios intragrupo está amparada por la libertad de prestación de servicios, sin perjuicio de sus implicaciones en diversos órdenes (fiscal, por ejemplo). Desde la óptica laboral, el desplazamiento del trabajador podrá anclarse en la Directiva 96/71 siempre que se produzca real y efectivamente en el marco de tal prestación de servicios, que por este mismo motivo ha de quedar perfectamente delimitada. Así, es decir, si el trabajador se desplaza para prestar él su trabajo de manera indistinta, desvinculada de una concreta prestación empresarial de servicios, el desplazamiento no podrá ampararse en la Directiva. Así lo contempla también la Inspección de Trabajo, que en su citado Criterio Técnico 97/2016, prevé para los casos de desplazamiento a sucursal, centro de trabajo de la misma empresa, o a empresa del mismo grupo, que la prestación laboral que el desplazado desarrolle cuente con “un mínimo de sustantividad propia dentro de lo que es la actividad global del centro o la empresa receptores de la prestación”. En

⁴¹ Apartado primero del Criterio Técnico.

este sentido, la mera cesión de trabajadores intra grupo o los meros desplazamientos a otros centros o sucursales de la misma empresa, a fin de integrarse en la organización de destino o a fin de desarrollar en ellos tareas que son inherentes a los centros de destino, no pueden calificarse de desplazamientos de la Directiva 96/71. Serán, en su caso, expatriaciones, a las que habrá de dar el tratamiento contractual que proceda al amparo del Reglamento Roma I, pero no podrán las empresas ampararse en la libre prestación de servicios para excluir el cumplimiento de las legislaciones locales aplicables en cada caso.

III. La sobreaplicación de la Directiva 96/71 y su control

57. La Directiva 96/71 contempla en su ámbito de aplicación una serie de desplazamientos para los cuales establece determinados efectos jurídicos. Como resultado de una jurisprudencia europea muy estricta, que ha primado sistemáticamente la libertad económica sobre los aspectos sociales⁴², la Directiva ha acabado por convertirse en una norma de “máximos”, en una norma que prácticamente “agota” la protección que cabe conferir al trabajador por el Estado de destino. Se ha hablado, así, de la “condición de excepción” de la Directiva 96/71⁴³. La excepcionalidad de la Directiva también destaca cuando se la ubica en el marco general que proporciona el Derecho Internacional Privado⁴⁴. Sin ánimo de pretender agotar las relaciones entre la Directiva y el Reglamento Roma I, debe reconocerse que, para empezar, la Directiva guarda una doble relación con el Reglamento. Por un lado, la Directiva provoca un fraccionamiento (*depeçage*) de la ley aplicable⁴⁵, en la medida en que a una relación contractual gobernada por la ley de un país A se le aplican determinadas disposiciones imperativas de la ley de un país B. Por otro lado, la Directiva integra normativamente mediante los contenidos definidos en su artículo 3 el concepto de “leyes de policía” del artículo 9 del Reglamento, también conocidas como “normas internacionalmente imperativas”⁴⁶. No es este el lugar para desarrollar ambas cuestiones. Tan solo me interesa reseñar que el carácter excepcional de la Directiva se proyecta en cuanto evita el funcionamiento normal del Reglamento Roma I: si el desplazamiento está amparado por la Directiva, la ley aplicable es la del país de origen, sin que resulte de aplicación lo previsto en el artículo 8 del Reglamento, limitándose el Estado de destino a exigir la aplicación de unos mínimos imperativos que son los que resultan del artículo 3 de la Directiva.

58. Desde la óptica del presente trabajo, lo más importante de la Directiva 96/71 es este efecto impeditivo del pleno funcionamiento del artículo 8 del Reglamento Roma I. Pero para que este efecto se produzca, es preciso que estemos ante un desplazamiento genuino, según lo estudiado anteriormente. Conuerdo con quien ha señalado que hasta la fecha hemos asistido a una sobreaplicación de la Directiva 96/71⁴⁷. Ello ha resultado, en parte, de una cierta parálisis de las autoridades de control de los países implicados, sobre todo los receptores; parálisis inducida, también en parte, por una jurisprudencia euro-

⁴² Al respecto, M.T. ALAMEDA CASTILLO, “Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿dónde está la Europa social?”, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (Coord.), *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2010 (v.e.). Un posible nuevo enfoque del Tribunal de Justicia parece entreverse en su sentencia de 12 febrero 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*; en este sentido, véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Un nuevo enfoque de la Directiva 96/71 sobre la protección de los trabajadores desplazados”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2015, pp. 485-491: “El Tribunal de Justicia parece haber tenido en cuenta la necesidad de un nuevo enfoque que evite una interpretación de la Directiva 96/71 puesta al servicio de la libertad de prestación de servicios” (p. 489). También es de interés M.J. SERRANO GARCÍA, “La individualización de la ley aplicable a la cuantía del salario mínimo en los desplazamientos transnacionales de trabajadores”, *La Ley Unión Europea*, núm. 27, 2015.

⁴³ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La libre circulación de los trabajadores en el espacio europeo: del Tratado de Roma a la Directiva Bolkenstein”, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (Coord.), *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2010 (v.e.).

⁴⁴ Véase P. JUÁREZ PÉREZ, “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1999.

⁴⁵ En este sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1993-II.

⁴⁶ A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones esquivadas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49, 2009, pp. 222 ss.

⁴⁷ A.A.H. VAN HOEK, op.cit., p. 168.

pea enormemente restrictiva de las medidas de control y enormemente expansiva de los efectos legales de meros expedientes burocráticos como el conocido certificado A1 (antiguo E101). A este último respecto, es importante razonar, no obstante, por qué la eficacia de este certificado debe limitarse al plano estricto de seguridad social.

59. El certificado A1 se emite por la institución competente del Estado de establecimiento al amparo del artículo 19.2 del Reglamento (CE) 987/2009 (Reglamento de Aplicación del Reglamento 883/2004). El artículo 5 del propio Reglamento codifica la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia⁴⁸, en términos inequívocos: “Los documentos emitidos por la institución de un Estado miembro que acrediten la situación de una persona a los efectos de la aplicación del Reglamento de base y del Reglamento de aplicación, y los justificantes sobre cuya base se hayan emitido dichos documentos, podrán hacerse valer ante las instituciones de los demás Estados miembros mientras no sean retirados o invalidados por el Estado miembro en el que hayan sido emitidos”. Se otorga, por tanto, una competencia exclusiva al Estado de origen no solo para emitir, sino también para retirar o invalidar el certificado emitido: en palabras del Tribunal de Justicia: “incumbe a la institución competente del Estado miembro que ha expedido el certificado E 101 volver a considerar la fundamentación de dicha expedición y, en su caso, retirar dicho certificado cuando la institución competente del Estado miembro en el que el trabajador efectúa un trabajo exprese dudas sobre la exactitud de los hechos que constituyen la base de dicho certificado y, por lo tanto, sobre las menciones que en él figuran”⁴⁹. Mientras no es retirado o invalidado por la institución del Estado de establecimiento, el certificado genera “una presunción de la conformidad a Derecho de la afiliación del trabajador de que se trate al régimen de seguridad social del Estado miembro en el que está establecida la empresa que lo emplea”, siendo “vinculante para la institución competente del Estado miembro en el que dicho trabajador realiza un trabajo”⁵⁰. La falta de acuerdo entre el Estado de establecimiento y el de destino aboca al procedimiento regulado por el artículo 5.4 del Reglamento 987/2009: “podrá elevarse el asunto a la Comisión Administrativa, por conducto de las autoridades competentes, una vez transcurrido al menos un mes desde la fecha en que la institución que recibió el documento haya presentado su solicitud. La Comisión Administrativa tratará de conciliar las posturas de las instituciones en los seis meses siguientes a la fecha en que haya sido consultada”. La conclusión es clara: no es posible para las autoridades administrativas o judiciales del Estado de destino retirar o invalidar el certificado, incluso aunque tengan fundamentos para cuestionar la veracidad de los presupuestos para su emisión.

60. Es cierto que esta conclusión tan rotunda sobre el certificado A1 podría ser revisada si el Tribunal de Justicia llegase a dictar sentencia en la línea apuntada por las Conclusiones del Abogado General en el caso C-359/16 (*Altun*). En sus Conclusiones, el Abogado General considera que una autoridad judicial nacional puede dejar sin efecto el A1 si declara que el solicitante del certificado ha incurrido en “fraude debidamente probado”. Eso sí, según las citadas Conclusiones, “la determinación de la existencia de un fraude exige la concurrencia de un elemento objetivo y de un elemento subjetivo”. El elemento objetivo “consiste en que los requisitos exigidos para la obtención de la ventaja solicitada [...] no se cumplen en realidad”. Pero la concurrencia del elemento objetivo no es suficiente para otorgar estas facultades al Estado de destino; por lo que el Abogado General añade: “Para llegar a la conclusión de que existe un fraude, resulta igualmente necesario, a mi juicio, que se demuestre que los interesados han tenido la intención de disimular el hecho de que los requisitos de expedición del certificado E 101 no se cumplían en la realidad, con vistas a obtener la ventaja derivada de dicho certificado. Esta intención fraudulenta constituye, en mi opinión, el elemento subjetivo que permite distinguir el fraude de la simple comprobación de que no se cumplen los requisitos [...] en virtud de la cual se ha expedido el certificado E 101. La prueba de la existencia de tal intención fraudulenta puede ser una acción voluntaria, concretamente una exposición errónea de la situación real del trabajador desplazado o de la empresa que desplaza dicho trabajador, o bien una omisión voluntaria, como la no revelación de información pertinente”.

61. Con independencia de la validez y eficacia del certificado A1, lo cierto es que su alcance

⁴⁸ Por todas, sentencia de 27 abril 2017, C-620/15, *A-Rosa Flussschiff GmbH*.

⁴⁹ Sentencia *A-Rosa Flussschiff*, cit., par. 44.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 41.

debe limitarse, en cualquier caso, al estricto ámbito de seguridad social. Por ello, una autoridad administrativa o judicial que aprecie que el desplazamiento de un trabajador a su territorio nacional no es genuino, bien porque no sea temporal, bien porque se incurra en cesión ilegal o el empleador real sea el del Estado de destino, bien porque no exista vinculación con una prestación transnacional de servicios, puede y debe declararlo así a los efectos contractuales oportunos, sin necesidad siquiera de cuestionar la validez de certificado de seguridad social y sin necesidad, por tanto, de que las autoridades del Estado de establecimiento muestren su aquiescencia o conformidad. Naturalmente, si la autoridad pretende producir efectos también en el plano de seguridad social, debe seguir el procedimiento de revocación o anulación del certificado regulado en el artículo 5 del Reglamento 987/2009. De este modo, en casos como el resuelto por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid núm. 780/2009, de 30 octubre 2009, en que se aprecia que una sociedad portuguesa contratada por otra española para realizar en Ifema-Madrid trabajos de encofrado incurría en prestamismo laboral, deben aplicarse plenamente las condiciones de trabajo que resultan de la legislación laboral española –incluyendo los convenios colectivos, naturalmente–, al entenderse que los trabajadores suministrados por la entidad extranjera tienen, en realidad, contratos laborales locales con la entidad española, con lo que no ha lugar a la aplicación de la Directiva 96/71.