

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Relaciones Laborales

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2019/2020

Convocatoria: Septiembre

**RELACIONES LABORALES INTERNACIONALES Y DESPLAZAMIENTOS
TEMPORALES DE TRABAJADORES DE LA UNIÓN EUROPEA A ESPAÑA.**

International Labour Relations and temporary displacements of workers of the European Union to Spain.

Realizado por la alumna: Doña Marta Delgado Acosta

Tutorizado por la Profesora: Doña Olga María Morales Delgado

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa.

Área de conocimiento: Derecho Internacional Privado

ABSTRACT

The globalization and internationalization of markets, the search for business opportunities outside our borders and the mobility and interconnection between the different States has given rise to the phenomenon of temporary work displacements that we are going to analyze throughout this work. The increase in this type of mobility and the impact it has on the functioning of the internal market make its regulation essential, giving rise to Private International Law, the drafting of different European Directives and their transposition in each State.

Employment contracts entered into between individuals with a foreign element (company and / or worker and / or place of service provision) are regulated by Private International Law regulations, as they require a different response from that provided for internal private situations. It is concerned with providing a legal answer to three great unknowns regarding transnational relations: the jurisdiction of the Spanish courts regulated in the Brussels I bis Regulation, the choice of applicable law (Rome I Regulation) and the recognition and enforcement of foreign judgments (Law 29/2015, of July 30).

All the Legal Orders of the European Union regarding international contracting have as a priority the protection of the weak part of the contract, the worker. Therefore, throughout the work we are going to carry out an analysis on the regulation of international employment contracts and how measures are established to protect the displaced worker through the establishment of a normative hard core that guarantees a series of working conditions minimal.

Finally, the content of Directive 96/71 will be analyzed, which is transposed into Spanish legislation by Law 45/1999, which in turn has undergone an amendment operated by Royal Decree-Law 9/2017. Culminating with the study of the new Directive 2018/957 that entered into force on July 30, 2020, with special emphasis on the news that it includes in terms of temporary work trips.

RESUMEN

La globalización e internacionalización de los mercados, la búsqueda de oportunidades de negocio fuera de nuestras fronteras y la movilidad e interconexión entre los diferentes Estados ha dado lugar al fenómeno de los desplazamientos temporales de trabajo que vamos a analizar a lo largo de este trabajo. El incremento de este tipo de movilidad y la incidencia que tiene en el funcionamiento del mercado interior hacen imprescindible su regulación, dando lugar al Derecho Internacional Privado, a la redacción de diferentes Directivas europeas y su transposición en cada Estado.

Los contratos de trabajo celebrados entre particulares con algún elemento extranjero (empresa y/o trabajador y/o lugar de prestación de servicios) se regulan por normas de Derecho Internacional Privado, ya que requieren de una respuesta distinta de la prevista para situaciones privadas internas. El Derecho Internacional Privado se preocupa por dar respuesta jurídica a tres grandes incógnitas en materia de relaciones transnacionales: la competencia de los tribunales españoles (Reglamento Bruselas I bis), la elección del derecho aplicable (Reglamento Roma I) y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (Ley 29/2015, de 30 de julio). Todos los Ordenamientos Jurídicos de la Unión Europea en materia de contratación internacional tienen como prioridad la protección de la parte débil del contrato, el trabajador. Por lo que a lo largo del trabajo vamos a llevar a cabo un análisis sobre la regulación de los contratos de trabajo internacionales y como se establecen medidas de protección del trabajador desplazado a través del establecimiento de un núcleo duro normativo que garantiza una serie de condiciones laborales mínimas.

Finalmente, se analizará el contenido de la Directiva 96/71, que es objeto de trasposición en la legislación española por la Ley 45/1999, que a su vez ha sufrido una modificación operada por Real Decreto-ley 9/2017. Culminando con el estudio de la nueva Directiva 2018/957 que entró en vigor el 30 de julio de 2020, con especial énfasis en las novedades que recoge en materia de desplazamientos temporales de trabajo.

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	1
1.1 Objeto y justificación	1
1.2 Sectores del contenido	3
1.2.1. Competencia Judicial Internacional	4
1.2.2 Determinación de la ley aplicable.....	8
1.2.3. Validez extraterritorial de resoluciones.....	9
1.3. Fuentes de producción normativa del DIPr español	11
2. LAS RELACIONES LABORALES INTERNACIONALES: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL. 15	
2.1. Determinación del Tribunal estatal competente para conocer del litigio internacional en materia de relación individual de trabajo.....	17
2.1.1 Ámbitos de aplicación del RB I-bis en materia laboral.	17
2.1.2. Foros de CJI del Reglamento Bruselas I Bis	20
2.1.3. Foros del artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial	24
2.2 Determinación del Derecho laboral aplicable para resolver el fondo de este litigio laboral. Reglamento Roma I	26
3. SITUACIÓN ESPECIAL EN EL REGLAMENTO ROMA I: DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	31
3.1 DIRECTIVA 96/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996.	35
3.1.1. Antecedentes de la Directiva 96/71.	35
3.1.2. Ámbito de aplicación y contenido de la Directiva 96/71.....	41
3.2. LEY 45/1999 DE 29 DE NOVIEMBRE, SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL.	45
3.2.1 Ámbito de aplicación de la Ley 45/1999.	45
3.2.2. Concepto de desplazamiento temporal de trabajadores.....	46
3.2.3. Núcleo mínimo de derechos laborales del país receptor.....	47
3.3. Modificación operada por Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.....	50
4. DIRECTIVA 2018/957 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 28 DE JUNIO DE 2018.....	51
4.1. Ámbito de aplicación y plazo de transposición	51
4.2. Contenido y modificación de la regulación actual	52
5. CONCLUSIONES	60

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr) constituye una disciplina del ordenamiento jurídico español que se ocupa de regular todas aquellas relaciones jurídicas entre particulares (privadas) en las que está presente algún elemento de extranjería (internacionalidad); de ahí su denominación, Derecho Internacional Privado. Entre esas situaciones privadas internacionales objeto del DIPr se incluyen también las relaciones laborales internacionales, en tanto que situaciones privadas o entre particulares, en las que intervengan elementos extranjeros, ya sea en los sujetos o en el lugar de prestación de los servicios.

1.1 Objeto y justificación

La justificación de la existencia del Derecho Internacional Privado radica en la necesidad de regular aquellas relaciones jurídicas que trascienden la esfera del ordenamiento jurídico español, en definitiva situaciones privadas que se entablan entre particulares en plano de igualdad (aunque en alguna materia como la laboral haya una parte débil a proteger), y que a diferencia de las relaciones puramente internas, aquí existe algún elemento de extranjería, que conecta esa relación jurídica horizontal o situación privada con otros ordenamientos jurídicos. Por tanto, situaciones privadas y además internacionales, con algún elemento extranjero, que las hacen diferentes a relaciones jurídicas puramente internas, donde no existe ningún elemento extranjero que conecte con otro ordenamiento jurídico estatal.

Además, estas relaciones con elemento extranjero se generan en nuestros días con una rapidez, constancia y habitualidad notables debido al gran volumen de relaciones entre personas físicas jurídicas pertenecientes a distintos Estados que se da en la actualidad, como consecuencia de la globalización e internacionalización de los mercados y a la movilidad e interconexión entre los diferentes Estados¹, máxime en el ámbito laboral que nos ocupa en este trabajo de fin de grado, donde cada vez es más común la presencia de elementos extranjeros.

¹ ESPLUGUES MOTA, C.: Derecho Internacional Privado, 7ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pág. 69.

En cuanto a los presupuestos que justifican la existencia de esta disciplina que va a regular las relaciones privadas o entre particulares (civiles, mercantiles y laborales) donde están presentes elementos de extranjería (en los sujetos de esa relación horizontal y/o en el objeto de la misma, incluso en la forma de producirse), son tres:

- El primer presupuesto es la existencia en el mundo de más de 150 derechos y Tribunales de Estados distintos. Por tanto, no todos los contenidos materiales son idénticos ni es tan sencillo determinar el Tribunal Estatal competente para resolver las relaciones vinculadas a más de un Ordenamiento, así como el derecho estatal concreto que se va a aplicar a las mismas.

- Pero además, un segundo presupuesto que justifica la existencia del DIPr, se produce constantemente en el mundo actual globalizado y es la existencia de actividad humana vinculada a esos distintos ordenamientos jurídicos, esto es, relaciones humanas, comerciales, civiles, mercantiles y laborales transfronterizas que superan las fronteras estatales, es decir, que trascienden la esfera jurídica del ordenamiento jurídico estatal, lo que obliga a regularlas con normas diferenciadas y que los Estados desarrollen una necesaria coordinación entre ellos en orden a su regulación.

-Por último, la necesidad de dar una respuesta legal y jurídica distinta a esas relaciones de tráfico externo que cada día son más habituales.

El DIPr va a tener por objeto precisamente regular esas relaciones jurídicas internacionales, o lo que es lo mismo, situaciones privadas internacionales. De ahí su propia denominación “Internacional” y “Privado”, porque para que nos encontremos ante una relación jurídica internacional objeto de DIPr tienen que concurrir dos requisitos:

1) El primer requisito es que se trate de una situación privada, una relación jurídica horizontal, es decir, que los sujetos que participan en la relación actúen como particulares, pudiendo ser tanto personas físicas como jurídicas. Incluso el Estado siempre y cuando actúe como un particular en el tráfico jurídico y no con potestad de imperio (ejemplo: cuando el Estado contrata a un trabajador mediante la formalización de un contrato laboral y no cuando nombra a un funcionario, que no sería una situación “privada”). Las materias privadas pueden tener naturaleza civil, mercantil o laboral.

2) El segundo requisito es el de la “internacionalidad”, es decir, la existencia de al menos un elemento extranjero en esa relación entre particulares, de tal manera que esa relación trasciende el ordenamiento jurídico estatal; al contener nacionalidad o domicilio extranjero en uno o en ambos sujetos de la relación; en el objeto de esa relación jurídica (situación del bien, lugar de prestación de los servicios); o incluso puede estar en la forma de producirse el acto o negocio jurídico en cuestión (modo de celebración del contrato de trabajo), como ya hemos indicado.

1.2 Sectores del contenido

En relación a su **contenido**, el DIPr se preocupa por dar respuesta jurídica a tres grandes incógnitas en materia de relaciones transnacionales:

- Ante una situación privada internacional vinculada no solo al derecho español: *¿Son competentes los Tribunales jurisdiccionales españoles para conocer y resolver los litigios o problemas jurídicos que nazcan de la relación internacional?*

- En caso afirmativo, *¿Cuál es el derecho o ley estatal que han de aplicar los Tribunales españoles competentes para resolver el fondo del litigio, el derecho español o un derecho extranjero?*

- *¿Qué efectos producirán en España las decisiones que adopten los Tribunales de otros países para resolver situaciones privadas internacionales?, o ¿qué eficacia va a tener en otros Estados la sentencia dictada por los órganos jurisdiccionales españoles?*²

Para resolver estas cuestiones, el contenido del DIPr está compuesto por tres sectores esenciales de normas, o lo que es lo mismo, tres conjuntos de normas bien diferenciadas³ a efectos de responder a las cuestiones anteriormente señaladas, que regulan aspectos distintos, tribunales estatales competentes y ley estatal aplicable; y en caso de sentencia obtenida en otro país, procedimiento y requisitos para su reconocimiento y/o ejecución.

² CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Contenido del Derecho Internacional Privado”. *Derecho internacional privado*. Vol. I., 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pág. 40 apartado 66; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: Sectores del Derecho internacional privado. *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2018, pág.36, punto 1.10.

³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *op. cit.*, pág.36, punto 1.11.

1.2.1. Competencia Judicial Internacional

Se trata del **primer sector del contenido de las normas de DIPr**, compuesto por el conjunto de normas de DIPr que se ocupan de determinar si para un tribunal estatal existe o no **Competencia Judicial internacional** (en adelante CJI).

Acudiremos a este primer sector, por tanto, para esclarecer cuáles son los Tribunales estatales que tendrán competencia para conocer de un asunto relativo a una situación privada internacional y resolver el litigio laboral. Es la primera cuestión que el DIPr debe abordar ⁴, debido a la existencia de relaciones jurídicas vinculadas a más de un ordenamiento jurídico, lo que hace necesaria la determinación del Tribunal estatal que tiene competencia para conocer el asunto. En concreto, la competencia judicial internacional en nuestra Ley interna se encuentra recogida en los artículos 21 al 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ).⁵

Ahora bien, en este sector de la CJI al igual que en los restantes que integran el contenido del DIPr, debemos acudir a los Reglamentos Comunitarios, con primacía de aplicación, que han producido una “comunitarización” del DIPr, al que haremos referencia en el epígrafe de fuentes de producción de las normas de DIPr, al haber priorizado el legislador comunitario regular de forma homogéneas y legislando directamente en materia de contratos internaciones, y en otras materias muy importantes, tanto en conflicto de jurisdicciones, como en conflicto de leyes, así como de reconocimiento y cooperación en todos los Estados Miembros.⁶

⁴CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 42 apartado 69

⁵FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, Civitas. Madrid, 2016, pág. 58 apartado 28

⁶Artículo 81.1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. 2. *A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; e) una tutela judicial efectiva; f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.*”

La competencia judicial internacional se define como la potestad que tiene un Estado para conocer la controversia derivada de una situación internacional privada en la que se encuentran vinculados dos ordenamientos jurídicos distintos ⁷. La potestad o competencia para conocer un litigio o cuestión derivada de una relación jurídico-privada es atribuida y regulada por un conjunto de normas que conformaran este primer sector y que han sido fijadas libremente por cada país, a través de acuerdos entre los diferentes Estados, o aceptando que la UE regule la competencia en algunas materias.⁸ Por lo tanto, se trata de determinar, en este primer sector de normas, cuáles son las materias o situaciones privadas internacionales que los Tribunales pueden conocer y cuáles son los criterios, condiciones y requisitos que debe reunir para tener la competencia. De esta forma, el legislador contempla una serie de circunstancias que se deben dar para atribuirle al Tribunal de un Estado y no al Tribunal del otro Estado implicado, la competencia para conocer el litigio internacional privado. Y estas circunstancias o criterios atributivos de competencia judicial internacional son los llamados **foros de competencia**.

Los foros de atribución de la competencia pueden clasificarse atendiendo a varios criterios; según su alcance, se clasifican en *foros exorbitantes* y *foros usuales*; o *foros concurrentes* y *foros exclusivos*: ⁹

a) **Foros excesivos o exorbitantes**: son aquellos foros que no responden a criterios de proximidad más o menos objetivos, sino que tienen como ámbito de competencia a ese Estado, aunque exista escasa vinculación del caso. Consiste en beneficiar a los nacionales del Estado del foro y se basa en criterios ciertamente débiles para atribuir la competencia, entre los que se encuentra:

⁷CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 106. En este manual se define la competencia judicial internacional como: “*Aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de los litigios derivados de situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la contenciosa o a la voluntaria*”; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J: *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2017, pág. 59. Este autor establece que “*el objeto de las normas de competencia internacional es determinar si los Tribunales españoles son o no competentes para conocer de un litigio internacional, cuando este presenta vínculos con otros Estados*”.

⁸RODRÍGUEZ BENOT, A. (Director): *Manual de Derecho Internacional Privado*, Tecnos, Madrid 2018, pag.45-46.

⁹CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág.123-124; RODRÍGUEZ BENOT, A. (Director): *op. cit.*, pág.49; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, ed.Civitas. Madrid, 2018, pág. 59 apartado 32, párrafo 2.

-*Forumarrestii* o el foro de la nacionalidad del demandante, que consiste en que serán competentes los Tribunales del Estado en el que tiene la nacionalidad el demandante

-*Forumpatrimonii*: en virtud de este foro los Tribunales serán competentes porque el demandado posee bienes en su territorio, aunque esos bienes no guarden relación alguna con el objeto del litigio o tengan escaso valor en el asunto.

-*Forumpresentiae*: en este foro el Estado competente para conocer el litigio es aquel en cuyo territorio se le haya notificado la demanda al demandante, aunque este se encontrará de forma ocasional en ese territorio. Es decir, por el mero hecho de encontrarse en ese territorio ocasionalmente el demandado, los Tribunales de ese territorio adquieren por este foro la competencia internacional privada.

Cada Estado, dentro de su potestad para conformar libremente su propio sistema de competencia judicial internacional, tiene la libertad de fijar cuantos foros exorbitantes considere. No obstante, la validez extraterritorial que los demás Estados le otorgan a las decisiones provenientes de la competencia atribuida por estos foros exorbitantes es escasa; no suelen reconocer sentencias dictadas en base a foros exorbitantes, por lo que se da una especie de sanción indirecta por parte de los demás Estados.¹⁰

Ahora bien, cuando las reglas de competencia las establece el legislador comunitario, se dispone un sistema distributivo entre los tribunales de los distintos Estados Miembros y no van a existir foros exorbitantes, lo usual es utilizar foros concurrentes y apropiados; aplicando todos los Tribunales los mismos foros, lo que conduce a que no exista problema alguno con el reconocimiento de sentencias, que se convierte en automático, *libre circulación de sentencias en la Unión Europea*.

b) **Foros normales, usuales o apropiados**: son aquellos que atribuyen la competencia a los tribunales de un país basándose en criterios razonables, neutrales y con proximidad entre el órgano competente y el asunto que se está tratando. Las sentencias que emanan de la competencia atribuida por estos foros son reconocidas por el DIPr de casi todos los Estados.

¹⁰ Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *op.cit.*, pág. 59 apartado 32, párrafo 2.

Se consideran foros usuales: *el Foro del lugar de situación del bien*: en virtud de este foro tendrán competencia judicial internacional los Tribunales del Estado en donde se encuentre situado el bien. Se trata de una competencia exclusiva reconocida en el artículo 24.1 RB I-bis en los litigios sobre derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes¹¹ ; el *foro del domicilio del demandado*: los órganos judiciales del país donde se encuentre el domicilio del demandado serán los competentes para conocer el litigio.¹²

c) **Foros concurrentes o facultativos**: son aquellos foros que, en litigios determinados, atribuyen la competencia a un Estado, lo que no excluye la posibilidad de que otros Estados conozcan también el mismo asunto, y se les reconozca la sentencia que dicten. Esto con independencia de si la atribución de la competencia a ese otro Estado se le concede en base a este mismo foro u otro foro de competencia distinto.

d) **Foros exclusivos**: establecen el carácter exclusivo de la competencia en una serie de materias, de tal manera que el sistema de competencia judicial internacional de un Estado solo admite la competencia de sus propios Tribunales, excluyéndose así la posibilidad de que tenga competencia para conocer el litigio los órganos jurisdiccionales de otro Estado. De tal forma, que no reconocerá ni ejecutará las sentencias dictadas por otros tribunales en estas materias. Un ejemplo de foro exclusivo es que solo los tribunales españoles van a tener competencia para conocer litigios sobre el derecho real de un inmueble que se encuentra en España.¹³

● En el ámbito laboral se utilizan *foros usuales o concurrentes (Tribunales del Estado del domicilio del demandado o del lugar de prestación de servicios)* y no existen foros exclusivos. Si bien en el Derecho Autónomo pervive un foro o criterio de atribución de CJI exorbitante (contrato celebrado en España), pero no en la reglamentación comunitaria

¹¹ Artículo 24.1 RB I-bis: “Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación:1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito”.

¹² Artículos 22 LOPJ y 4.1 RB I-bis: “*Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado*”.

¹³ Artículo 45.1 e) ii RB I-bis: “*A petición de cualquier parte interesada, se denegará el reconocimiento de la resolución en caso de conflicto con lo dispuesto en el capítulo II, sección 6*”. En esta sección se recoge la competencia de litigios, sobre el derecho real de inmuebles, al Estado donde se encuentre in situ el bien.

que utiliza foros concurrentes que protejan al trabajador y la *sumisión o elección de Tribunal estatal competente también* se limita en protección de la parte débil del contrato.

1.2.2 Determinación de la ley aplicable.

Se trata del **segundo sector del contenido** del DIPr, conformado por las normas que señalan cual es la **Ley estatal aplicable** a esa situación privada internacional. Determinan el derecho material concreto, sea del foro o un derecho extranjero aplicable para resolver el fondo del litigio.

Es la segunda cuestión a la que el DIPr da respuesta; una vez que conocemos que órganos jurisdiccionales tienen competencia para conocer del asunto, ahora se trata de concretar qué derecho va a aplicar el Tribunal competente para resolver el litigio, el derecho propio de los tribunales que conocen del asunto o la ley de otro Estado vinculado a esa situación privada internacional.

En definitiva, ante un litigio relativo a una situación privada internacional, una vez se atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales españoles en base a las normas de competencia judicial internacional, toca establecer el derecho aplicable *¿Cuáles serán las normas laborales propias o extranjeras, que deben aplicarse, para resolver el asunto?* Para determinar la ley aplicable, el DIPr contempla una pluralidad de tipo de normas:

- **Técnica de reglamentación indirecta o norma de conflicto:** la norma no da la respuesta material sino que lo que hace es remitir a la ley que se va a aplicar, que será la del país que tiene algún punto de conexión con la relación jurídica internacional.¹⁴ Se sitúa la relación jurídico-internacional en un Estado, considerándose la ley de este aplicable para resolver el asunto por circunstancias como por ejemplo el lugar de prestación de los servicios. Es un método indirecto porque no aporta una solución material al asunto, sino que remite a un derecho, propio o extranjero, que es donde hay que buscar la respuesta material y se trata de la técnica más utilizada por el DIPr de todos los países.¹⁵

- **Técnica de reglamentación directa o normas materiales especiales:** son normas que regulan directamente determinadas normas específicas que contemplan y dan

¹⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *op. cit.*, pág.138 apartado 85; CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 192-193 apartado 1,2 y 3 a).

¹⁵ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 43 apartado 70.

solución a ese tipo de litigios privados internacionales. Son normas escasas pero existen fundamentalmente en convenios internacionales e instrumentos legales del Derecho de la UE.¹⁶

- **Técnica de reglamentación intermedia o normas de extensión:** consiste en la extensión de la aplicación de normas de derecho interno a litigios privados internacionales, resolviéndose el conflicto mediante normativa estatal.¹⁷

- La norma de conflicto (técnica de reglamentación indirecta) es la utilizada en mayor medida para resolver las situaciones privadas internacionales, remitiendo a través de su **punto de conexión** (criterios fácticos o jurídicos, personales o materiales, abiertos o cerrados que se contienen en la norma) a un derecho material estatal, propio de los tribunales que conocer o un derecho extranjero (**consecuencia jurídica**) y que se considera vinculado al **supuesto** (institución regulada) para resolver el litigio planteado.

Así al contrato internacional de trabajo, que implica una relación individual de trabajo con elemento extranjero (en los sujetos, bien en la empresa o bien en el trabajador, incluso en ambos, o en el lugar habitual de prestación de los servicios), la ley aplicable va a ser determinada por la norma de conflicto laboral que, como veremos, está contenida en un Reglamento Comunitario de gran especialización y va a formularse para localizar ese derecho aplicable mediante puntos de conexión diversos, jerárquicos o alternativos, que nos indicarán el derecho más vinculado para resolver el asunto.

1.2.3. Validez extraterritorial de resoluciones

El **tercer sector** que conforma el contenido de las normas de DIPr, es el **Reconocimiento y Ejecución de sentencias y resoluciones extranjeras**. Son las normas que afectan a la validez de las resoluciones judiciales y extrajudiciales fuera del territorio estatal donde se dictan; en definitiva este conjunto de normas regulan el procedimiento para reconocer y ejecutar una sentencia extranjera en España, determinan cuáles serán los

¹⁶CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 193, apartado 4b); FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *op. cit.*, pág.145 apartado 95.

¹⁷Idem, pág. 194, apartado 6 c).

efectos que tendrán en España las decisiones tomadas por los Tribunales o Autoridades de otro Estado sobre cuestiones de derecho privado internacional.¹⁸

Este sector de normas de DIPr no va a ser desarrollado en este trabajo por los límites de extensión, ahora bien, es importante señalar que el reconocimiento en España de una sentencia en materia de contrato de trabajo dictada por el Tribunal de un Estado Miembro viene regulado en el Reglamento (UE) N° 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil-Reglamento Bruselas I-bis (en adelante RB I-BIS), que es un Reglamento doble, en su primera parte se contienen las normas de Competencia Judicial Internacional y en la segunda parte las de este tercer sector, recogándose en su art.39¹⁹ un sistema de reconocimiento automático, que solo deniega una sentencia que sea absolutamente incompatible con una decisión estatal o extranjera; o que atente contra el orden público; o que el procedimiento de notificación al demandado se haya llevado a cabo de forma indebida, vulnerando sus derechos,²⁰ de ahí que se señale la existencia de otra libertad comunitaria: la libre circulación de sentencias dentro de la UE.

Por otro lado, cabe señalar que los efectos de sentencias dictadas por países con los que España tiene firmado convenios internacionales, como es el Convenio de Lugano y los Convenios bilaterales, se encuentran fijados y regulados en dichos convenios.²¹ En cuanto al reconocimiento de sentencias extranjeras con los que España no tenga firmado convenios o tratados internacionales, se acudirá a lo establecido en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

¹⁸CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 44 apartado 72.

¹⁹Artículo 39 del RB I-bis: *“Las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva”*.

²⁰GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *op. cit.*, pág.509, punto 33.27.

²¹Entre los convenios bilaterales sobre reconocimiento de sentencias entre España y otros países no pertenecientes a la UE nos encontramos con: el Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, elaborado en Pekín el 2 de mayo de 1992; Instrumento de Ratificación del Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989; Convenio sobre ejecución de sentencias civiles entre España y Colombia, elaborado en Madrid el 30 mayo 1908. etc.

1.3. Fuentes de producción normativa del DIPr español

El DIPr español, como rama de nuestro ordenamiento jurídico, se nutre de normas de distinta naturaleza y se encuentran repartidas en distintos textos legales, puesto que no existe un código que englobe todas las normas de DIPr. Por lo que, el mayor inconveniente del DIPr es la dispersión de las normas que lo conforman; de ahí la importancia de clasificar y delimitar cuales son las fuentes normativas del DIPr español. Dentro del DIPr se manifiesta la existencia de una pluralidad de fuentes de reglamentación, distinguiendo por su primacía el Derecho comunitario (Reglamentos y Directivas); el Derecho Convencional, con normas que derivan de Tratados y Convenios Internacionales multilaterales o bilaterales; y por último el Derecho Autónomo, que en materias como la contratación internacional (contrato de trabajo), está prácticamente desplazado en su aplicabilidad por la primacía de las normas comunitarias.

Ambos ordenamientos jurídicos, el comunitario y el nacional propiamente dicho, se complementan, se coordinan y coexisten integrados en el sistema jurídico de cada Estado Miembro, de tal forma que el derecho comunitario se concibe como derecho propio del Estado nacional, sin que exista motivo de contradicción o enfrentamiento. Un ejemplo claro es el recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) 1/2004 de 13 de diciembre de 2004, donde se cuestiona la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado europeo por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. En dicha Sentencia el TC declara que no hay contradicción entre ambas normativas y ordenes jurídicos.²²

Tomando en consideración su origen, las normas de DIPr se clasifican atendiendo al principio de primacía comunitario y jerárquico respecto de las de origen internacional, frente a las internas procedentes del legislador nacional; así podemos distinguir por razón de su origen fuentes de producción institucional o comunitaria, internacional o convencional y nacional o autónoma.

²² CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág.57; ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *Derecho Internacional Privado*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pág. 97-100.

● **Derecho Internacional Privado Institucional-Comunitario** (en adelante DIPr Comunitario): se encuentra constituido por fuentes comunitarias, fundamentalmente Reglamentos y Directivas. Se trata de normas que provienen de la Unión Europea (en adelante UE) y son reflejo de la capacidad legislativa de la UE para elaborar normas relativas a los distintos sectores del DIPr en materias prioritarias que incluyen la contratación internacional, aplicables en todos los Estados miembros, a través de la vía incorporada con el Tratado de Lisboa, en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE).²³

En dicho artículo se le otorga al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE la potestad para adoptar medidas legislativas que regulen y unifiquen las normas de funcionamiento del mercado interior de la UE. De esta manera, se consigue una coordinación normativa entre los diferentes Estados en materias relevantes como las relaciones laborales entre particulares dentro de la UE, así como el reconocimiento y la aplicación mutua de sentencias judiciales y extrajudiciales entre Estados pertenecientes a la UE.

En concreto, cabe resaltar que el Reglamento Bruselas I bis es el primer conjunto normativo al que acudimos para conocer que órgano es el competente para resolver un litigio laboral, encargándose, asimismo, al tratarse de un Reglamento doble, en su segunda parte, como ya se ha señalado, del reconocimiento automático de sentencias dentro de la Unión Europea y pertenece al DIPr Comunitario. Al igual que el Reglamento Roma I en materia de ley aplicable a los contratos internacionales que ha desplazado toda la reglamentación autónoma en la materia.

El artículo 93 C.E ratifica esa potestad de legislación comunitaria directa del Art. 81 del TFUE²⁴, al establecer que el Parlamento Español cede a la UE la regulación de

²³ Artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “1...Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. 2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;...”

²⁴ Artículo 93 CE: “Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

materias que requiera la construcción del espacio económico y social comunitario. En este sentido, la autonomía y libertad legislativa de los organismos e instituciones europeas es absoluto. De tal forma, que el DIPr Comunitario tiene primacía sobre los convenios internacionales y la legislación nacional, es decir, si se produce una colisión normativa entre un derecho de la UE y un derecho nacional interno elaborado por el legislador español, prevalece el europeo²⁵.

Tanto las Cortes Generales como el propio Gobierno tienen la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de las normas que emanen de la UE en todo el territorio español, tal y como se establece en dicho artículo 93 C.E. No obstante, cabe matizar que aunque el derecho europeo tenga primacía sobre el derecho español, la C.E goza de supremacía jerárquica, de tal modo, que en caso de que el DIPr del Derecho de la UE contradiga algún precepto imperativo de la C.E o vulnere algún derecho fundamental, este se declarará inaplicable o invalidado²⁶.

- **Derecho Internacional Privado Convencional** (en adelante DIPr Convencional): constituido por las normas contenidas y recogidas en los tratados internacionales y convenios bilaterales o multilaterales, según se trate de dos o más países que firman un convenio²⁷. El DIPr Convencional surge por la necesidad de adoptar criterios comunes sobre la regulación de determinadas materias relevantes, como los asuntos laborales, en los diferentes Estados. Cada Estado tiene sus propias normas de DIPr pero es importante que en ciertas materias haya una coordinación legislativa entre los países, o lo que es lo mismo una regulación común. En el caso de España ha ratificado muchos tratados y convenios internacionales.

Los tratados internacionales se utilizan no solo en la determinación de la competencia judicial internacional (Convenio de Lugano), sino también en materias de reconocimiento de sentencias extranjeras entre Estados vinculados por un convenio bilateral o multilateral y en el ámbito de la cooperación internacional. Los tratados

²⁵Un ejemplo de colisión normativa donde el derecho europeo primo sobre el derecho nacional es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante STJUE) de 15 DE JULIO 1964, el caso COSTA vs. ENEL.

²⁶CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 61, cuestión específica 17; ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *op. cit.*, pág. 100

²⁷Idem, pág. 98; Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J: *op. cit.*, pág. 72, apartado 29.2.

multilaterales suelen incluir también cuestiones relativas a la ley aplicable a la situación privada internacional.

Los Tratados Internacionales son jerárquicamente superiores a la ley interna de los Estados, es decir, que priman sobre la normativa interna de cada país en las materias que regula. De esta forma, tal y como se expone en el artículo 96 de la CE ²⁸, el ordenamiento interno del país incluirá como propias las normas emanadas de los Tratados y acuerdos internacionales, solo pudiendo ser modificadas, derogadas o suspendidas en la forma prevista en la redacción de los propios Tratados, y siempre respetando las normas generales contempladas en el Derecho Internacional.

Asimismo, el artículo 1.5 del Código Civil ²⁹ también establece que las normas de los Tratados y Convenios Internacionales pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado; matizándose que solo serán de aplicación en España en el momento que se publiquen y reconozcan en el B.O.E. .

● **Derecho Internacional Privado Autónomo** (en adelante DIPr Autónomo), son fuentes de producción interna, de elaboración nacional. Se trata de normas que provienen del legislador nacional, son elaboradas por el mismo a través de los mecanismos reconocidos y previstos en el ordenamiento jurídico español. Son normas del DIPr Autónomo las Leyes, Decretos Legislativos, Decretos-Leyes, reglamentos administrativos, etc.³⁰ Dos ejemplos importantes de DIPr Autónomo son:

- La Ley Orgánica del Poder Judicial que en su artículo 25 regula la Competencia Judicial Internacional en materia de contratos individuales de trabajo, aunque se encuentra bastante desplazada por el Reglamento 1215/2012 ya citado.

²⁸Artículo 96 CE: “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”.

²⁹Artículo 1.5 Código Civil: “5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado”.

³⁰CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 72, apartado 29.2.

- La Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, que regula el reconocimiento, en España, de sentencias extranjeras en materia laboral y que es aplicable fuera del ámbito de la UE.

2. LAS RELACIONES LABORALES INTERNACIONALES: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL

Una vez expuestas genéricamente las líneas fundamentales del DIPr regulador de todas aquellas situaciones privadas con elemento extranjero, que las dota de carácter internacional, nos centraremos en la regulación concreta del **contrato de trabajo internacional**, de gran importancia e incidencia al momento actual ya que con la globalización asistimos al incremento de las relaciones laborales con algún elemento extranjero en los sujetos, trabajador y/o empresario, y/o país de prestación habitual de los servicios, o incluso prestación de servicios en más de un país, lo que nos conduce a la problemática de los desplazamientos temporales de trabajadores de un país de origen a otro de destino provisional para regresar al de origen.

Estas relaciones de índole laboral, vinculadas a más de un ordenamiento jurídico y que surgen como consecuencia de la globalización de los mercados y el intercambio de recursos, incluida la mano de obra, cualificada o no, entre los diferentes países, que como sabemos tendrán una regulación diferenciada de aquellas relaciones laborales vinculadas enteramente al tráfico interno (empresa española, trabajador español, para prestar servicios en España), de tal manera que van a contar con soluciones propias que contemplan esa internacionalidad.

Las normas de DIPr no contemplan una definición concreta de contrato de trabajo ni tampoco de trabajador, no obstante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) a través de sentencias ha aportado ciertos elementos que ayudan a esclarecer cuando se trata de contrato individual de trabajo; indirectamente la jurisprudencia emanada por el TJUE establece unas características que deben darse para que se conciba la existencia de un contrato individual de trabajo³¹; y por tanto ayudan a

³¹STJUE del 3 de julio de 1986, fundamentos de derecho 12 y 15: “12-El concepto de trabajador se refiere a toda persona que desarrolla, en beneficio y bajo la dependencia de otro, de forma remunerada, una actividad que no ha determinado ella misma, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo”. “15-la existencia de un vínculo de dependencia frente al empresario, abstracción hecha de la naturaleza de este vínculo, la realidad de las

confeccionar una definición. Por tanto, se trata de contrato individual de trabajo cuando se den los siguientes elementos:

- a) Dependencia: se da cuando un sujeto (trabajador) realiza una actividad bajo la organización y las directrices de otra persona (empresario).
- b) Ajeneidad: significa que un sujeto trabaja para otra persona; que los resultados de su trabajo no le pertenecen, sino que serán beneficios para otra persona.
- c) La relación de trabajo se proporcione durante un periodo considerable de tiempo.
- d) Retribución: cuando el sujeto obtenga de su trabajo una compensación económica.

En definitiva, existirá contrato de trabajo cuando una persona (trabajador), durante un cierto tiempo, realice una actividad para otra persona (empresario), y bajo sus órdenes y dirección, a cambio de una retribución económica. Este concepto no debe ser igual que la definición que se contempla en los Derechos nacionales de los Estados miembros, sino que el RB I-bis como conjunto de normas de DIPr elaborado por el Parlamento Europeo debe contemplar una definición autónoma y uniforme para todos los Estados. Es la única manera de garantizar la aplicación uniforme del RB I-bis dentro de la UE³².

El contrato de trabajo es la piedra angular del funcionamiento del tráfico jurídico internacional y a nivel interno existe la necesidad de una regulación de esta institución por parte del DIPr, que al contener una parte débil, el trabajador, ha motivado su especial protección y diferenciación de la regulación de otros contratos internacionales, así como la necesidad de regular también los desplazamientos temporales de trabajadores por distintos países dentro del ámbito del espacio social europeo.

En consecuencia, respecto del contrato internacional de trabajo, procede analizar, en primer lugar, las normas de DIPr que determinan la Competencia Judicial Internacional

prestaciones suministradas y la existencia de una remuneración”; STJUE del 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Ferho*; STJCE de 26 de febrero de 1992, C-3/90, *Bernini*.

³²CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*. Vol. II., 18ª edición, Comares, Granada 2018, p. 1145 punto 5; ESPLUGUES MOTA, C.: *Derecho Internacional Privado*, 12ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p.640-641.

de los Tribunales españoles y luego la *determinación del derecho laboral estatal concreto, propio o extranjero, que debe utilizarse para resolver el fondo del litigio planteado.*

2.1. Determinación del Tribunal estatal competente para conocer del litio internacional en materia de relación individual de trabajo

La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo vinculados a más de un ordenamiento jurídico se fija a través de los siguientes textos legales, por orden de primacía:

(a) **En primer lugar** acudiremos al Reglamento (UE) N°1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil- **Reglamento BRUSELAS I bis- DIPr Comunitario**, para determinar cuáles son los órganos jurisdiccionales competentes en materia laboral ³³, solo si no resulta de aplicación por la materia (que no se trate de contrato de trabajo sino de relaciones colectivas de trabajo o litigios de seguridad social) o no proceda la aplicación por falta de vinculación con el Reglamento (este instrumento que es de aplicación cuasi universal), el mismo remite a la aplicación residual de la legislación interna española para determinar la CJI, que viene constituida por el Convenio de Lugano (cuando resulte aplicable) y por la Ley Orgánica del Poder Judicial, como veremos más adelante.

2.1.1 Ámbitos de aplicación del RB I-bis en materia laboral.

Este reglamento no se va a aplicar siempre, sino que tienen que cumplirse unos determinados ámbitos de aplicación³⁴:

- **Ámbito de aplicación material**: se define en el artículo 1 del RB I-bis, en donde se recoge que dicho texto legal se aplicará solo a litigios que cumplan una doble condición, por un lado que sean litigios internacionales, con algún elemento extranjero; y por otro lado, que la materia objeto del litigio sea de carácter civil o mercantil, es decir, se aplica a relaciones de Derecho Privado, quedando excluidas las materias de Derecho Público, como es la seguridad social, tal y como se recoge en el artículo 1.2 c) del RB I-bis. ³⁵ No obstante,

³³GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *op. cit.*, pág.85.

³⁴RODRÍGUEZ BENOT, A.: *op.cit.*, pág.53-54; ESPLUGUES MOTA, C.: *op. cit.*, Pág.117, apartado B.

³⁵FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *op. cit.*, pág.69, apartado 41; RODRÍGUEZ BENOT, A.: *op. cit.*, pág.53; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *op. cit.*, pág.81, apartado 4.15.; Artículo 1

dicho reglamento será de aplicación en los litigios mercantiles o civiles que se produzcan entre una persona física o jurídica y una administración pública, siempre que esta última actué sin potestad de imperio, sino a título personal.³⁶

Cabe destacar, que en el ámbito de aplicación del RB I-bis se incluye el contrato de trabajo. Se entiende que será de aplicación en relaciones individuales de trabajo y no colectivas, al recogerse en la sección 5 del RB I-bis, la competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo. De tal forma, que, aunque dicho reglamento no recoja explícitamente que será de aplicación solo a los contratos individuales de trabajo, se entiende que de forma implícita se aplicara a las relaciones derivadas de un contrato individual de trabajo con algún elemento de extranjería, de acuerdo a su mención en la sección 5 del RB I-bis. Por tanto, quedan excluidos de su ámbito de actuación, las relaciones colectivas, y los litigios que versen sobre seguridad social (Derecho Público), es decir, que no se van a regular a través de este Reglamento, sino por la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ).³⁷

- **Ámbito de aplicación espacial:** el Reglamento se aplica por todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE en los términos que establece el art. 355 TFUE; quedando excluidos Tribunales extranjeros que no pertenezcan a la UE, determina la CJI de los Tribunales de los Estados miembros, y en alguno casos remite esa determinación al derecho nacional.³⁸

En consecuencia, todos los tribunales y autoridades que desarrollan su actividad en el territorio de los Estados miembros están obligados a aplicar el Reglamento.

- **Ámbito de aplicación temporal:** se cumple cuando se trata de litigios que se han producido a partir del 10 de enero de 2015. ³⁹ Los casos anteriores se regularán por el

del RB I-bis: apartado 1.1 y 2.1 c): “*el presente Reglamento solo será de aplicación en materia civil y mercantil...; quedando excluido de su ámbito de aplicación los litigios de seguridad social*”.

³⁶ESPLUGUES MOTA, C.,: *op. cit.*, pág.119.

³⁷SECCIÓN 5 del RB I-bis: Competencia en materia de contratos individuales de trabajo

Artículo 20.1: “*En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección,...*”.

³⁸GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.,: *op. cit.*, pág. 83, punto 3.2.

³⁹Artículo 66 del RB I-bis: “*Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015...; No obstante lo dispuesto en el artículo 80, el Reglamento (CE) no 44/2001 continuará aplicándose a las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes del 10 de enero de 2015*”

Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, antecedente del vigente RB I-bis.

- **Ámbito de aplicación personal, subjetivo o general:** se cumple cuando, con independencia de la nacionalidad de los sujetos implicados, se trate de alguna de las siguientes situaciones:

1) El demandado se encuentre domiciliado en un Estado miembro, tal y como se recoge en el art.5.1 del RB I-bis.⁴⁰

2) El empresario demandado, aunque tenga su domicilio en país extracomunitario, posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, tal y como se establece en el art. 20.2 RB I-bis.⁴¹

3) Si el demandado (empresa o trabajador) no se encuentra domiciliado en territorio comunitario, ni tiene sucursal, agencia u otro establecimiento, procede comprobar si el lugar de prestación de servicios es en territorio comunitario, ya que conforme al art. 21.2 se aplicarían los foros de CJI del Reglamento.⁴²

4) No obstante lo anterior, también procedería aplicar el Reglamento si se produce una sumisión válida en los términos del art. 23,⁴³ que se encuentra limitada en protección del trabajador, a que se produzca el acuerdo tras el nacimiento del litigio o la haga valer el trabajador antes tribunales distintos de los que procedieran por los foros del Reglamento.

• Si no se cumplen los cuatro ámbitos de aplicación, significa que no procede aplicar el RB I-bis, y aplicaremos el art. 6 del Reglamento ⁴⁴ que establece que cada

⁴⁰ Artículo 5.1 del RB I-bis: “Las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo”.

⁴¹ Artículo 20.2 RB I-bis: “Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro”.

⁴² Artículo 21.2 RB I-bis: “Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b)”.

⁴³ Artículo 23 del RB I-bis: “Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio, o; 2) que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección”.

⁴⁴ Artículo 6, apartados 1 y 2 RB I-bis: “1. Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en

Tribunal aplicará la legislación interna que proceda en cada Estado Miembro. Por lo tanto, en nuestro país habría que acudir al DIPr Convencional, y en su defecto, al DIPr Autónomo para determinar la competencia en materia de contratos de trabajo. En definitiva, acudiríamos al **Convenio de Lugano II**, de 30 de septiembre de 2007 (perteneciente al DIPr Convencional) cuando en la relación laboral el domicilio del demandado esté en alguno de los siguientes países: Noruega, Islandia, Suiza (son miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio) o Dinamarca; con los que la UE tiene firmados acuerdos paralelos.⁴⁵

(b) En otro caso y siguiendo el mandato del Reglamento habría que acudir a la **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial** (en adelante LOPJ)-DIPr Autónomo. En concreto, se aplicaría el artículo 25 LOPJ solo determinados en litigios relativos a contrato de trabajo internacional, ya que el Reglamento es cuasi universal en esta materia; y siempre cuando se trate de relaciones colectivas de trabajo y litigios en materia de seguridad social, que están excluidos del ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I bis.⁴⁶

2.1.2. Foros de CJI del Reglamento Bruselas I Bis

En la sección 5 del capítulo II del Reglamento de Bruselas I-bis (en adelante RB I-bis), que se refiere expresamente a la CJI en materia de contrato de trabajo, se reconoce el carácter universal de los foros de competencia, es decir, que se van a aplicar en la mayor parte de las relaciones individuales de trabajo vinculadas a dos o más Estados diferentes, incluso con independencia de donde se halle el domicilio del empresario demandado, ya sea en un Estado perteneciente a la UE o en un país extranjero⁴⁷.

el artículo 18.1, el artículo 2.2, y los artículos 24 y 25; 2. Toda persona, sea cual sea su nacionalidad, domiciliada en el territorio de un Estado miembro, podrá invocar frente a dicho demandado, del mismo modo que los nacionales de este Estado miembro, las normas de competencia judicial vigentes en el mismo, y en particular aquellas que han de comunicar a la Comisión los Estados miembros...

⁴⁵GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *op. cit.*, pág. 86

⁴⁶Idem, pág.87; CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 1151 apartado 13.

⁴⁷CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 1144; Artículo 21.2 RB I bis: *“los foros de competencia se aplican en cualquier supuesto donde el demandante sea un trabajador, y con total independencia del país donde el empresario tiene su domicilio (en un tercer Estado o en un Estado miembro de la Unión Europea”*.

El objetivo de los foros es proteger a la parte débil del contrato de trabajo, al trabajador; otorgándole la competencia internacional a los Tribunales estatales más vinculados a los intereses del trabajador. Es decir, el trabajador puede elegir entre varios foros o criterios para determinar quién conocerá del asunto, evitándose así que el empresario imponga en el contrato de trabajo la elección de un Tribunal que perjudique al trabajador.⁴⁸

En el **artículo 21 RB I-bis** se contemplan diversos criterios de atribución de CJI o **foros en materia de contrato internacional de trabajo:**

- **Primer foro:** domicilio del tribunal del empresario demandado en territorio comunitario (art. 21.1.a)). En virtud de este foro el demandante puede demandar al empresario ante los Tribunales del Estado en el que este último este domiciliado.⁴⁹ También llamado foro general del domicilio del demandado.⁵⁰

- **Segundo foro: Tribunal del país de prestación de los servicios en el caso de trabajos desarrollados habitualmente en un mismo país.** Foro especial del lugar de prestación habitual del trabajo, concurrente con el general. Así en este artículo 21.1 b) i se contempla una segunda situación que consiste en que el trabajador puede demandar al empresario ante un Tribunal de un Estado miembro diferente al que se encuentra domiciliado⁵¹, pudiéndose interponer la demanda siempre y cuando se presente ante los Tribunales del lugar en el que o desde el cual el trabajador realiza habitualmente sus funciones, o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en el que trabajó.⁵² A la vista de esta regulación en materia de CJI, resulta necesario definir **el concepto de lugar habitual de prestación de servicios.**

⁴⁸ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 1145 apartado 3.

⁴⁹ Artículo 21.1 a) del RB I-bis “*el empresario puede ser demandado ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados*”; Idem, pág.1146 apartado 5.

⁵⁰ Ejemplo de sentencia del foro general del domicilio del demandado: Sentencia del Tribunal Judicial de la Unión Europea de 19 de julio de 2012, C-154/11, Mahamdia, FD 45.

⁵¹ Idem, pág. 1147 apartado 6; Artículo 21.1 y 2 Reglamento (UE) N°1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil- Reglamento BRUSELAS I bis; STSJ Cataluña, Social, 25 de junio de 2004; STSJ Madrid, Social, 24 de marzo de 2006.

⁵² Dos sentencias que sirven como ejemplo de la aplicación del segundo foro-lugar de prestación de servicios: STSJ Cataluña, Social, 25 de junio de 2004; STSJ Madrid, Social, 24 de marzo de 2006.

En el Convenio de Roma, antecedente del Reglamento actual Roma I en materia de Ley aplicable a los contratos internacionales, es donde por primera vez se le añade el carácter de habitualidad al concepto de lugar de prestación de servicios recogido en el artículo 10.6 del Convenio de Roma.⁵³ Pero este concepto no especificaba que ocurría si el trabajador desempeñaba su actividad en varios países o si se tenía en cuenta los desplazamientos temporales. La ventaja es que el Convenio de Roma como Tratado Internacional entre los Estados Miembros de la Unión Europea, es interpretado también por el TJUE. Por ello, el TJUE ha establecido que para que exista y se pueda determinar un país de prestación habitual de los servicios, que por otro lado es lo ordinario y lo normal, deben cumplirse los siguientes criterios⁵⁴:

1-Criterio temporal: lugar donde el trabajador pasa más tiempo. Si el desplazamiento es temporal y por tiempo corto, se mantiene la habitualidad en el otro país.

2- Criterio de mayor proximidad: el país con el que el trabajador este más conectado. Es decir, el lugar en donde el trabajador tiene su centro de operaciones. El país desde el que parte el trabajador o al que regresa⁵⁵.

3-Criterio del lugar donde se reciben las instrucciones y órdenes de trabajo.

-Tercer foro: solo para el caso de que sea imposible determinar un país de prestación habitual de servicios, lo cual es muy excepcional, habría que acudir para determinar los tribunales competentes al lugar en que estuviera o hubiere estado situado el establecimiento que empleó al trabajador; de tal manera que puede ocurrir, como se recoge en el apartado 1b) párrafo 2 de dicho artículo 21, que sea difícil o imposible establecer un lugar habitual de trabajo, por lo que ante esta situación se interpondrá la demanda ante los Tribunales del

⁵³ Cabe destacar que este artículo 10.6 del Convenio de Roma se encuentra actualmente desplazado por el art. 8 del Reglamento Roma I, en cuyo artículo 2 se establece que no se cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. Añadiéndose aquí a la habitualidad reconocida en el Convenio de Roma, el carácter temporal de la relación. Tal y como se recoge en el manual de Derecho Internacional Privado, Volumen II (2016), página 1161 apartado 26 y página 1168 de Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa.

⁵⁴ STJUE 14 de septiembre de 2017, C-168/16 / C-169/16, *Nogueira*, FD 47; STJUE 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Holterman*, FD 37; STJCE 10 de abril de 2003, C-437/00, *Plugliese*, FD 16.

⁵⁵ Ejemplo: un trabajador que sale de Sevilla para trabajar en Alemania, Italia y Francia, regresa a Sevilla y de ahí vuelve a partir, su lugar habitual de trabajo, de partida y de regreso, será España.

país en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya contratado al trabajador⁵⁶.

-Cuarto foro: No previsto directamente en el Reglamento sino por aplicación de la Directiva comunitaria⁵⁷ en materia de desplazamiento temporal de trabajadores en la prestación de servicios transnacional, que habilita en determinados supuestos y materias a litigar ante los tribunales del lugar de prestación temporal de los servicios laborales.

El artículo 16 apartado 1 de la Ley 45/1999 y el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE contempla esta situación y la resuelve estableciendo que aquellos trabajadores que han sido desplazados temporalmente a otro Estado, tienen derecho a demandar al empresario, no solo en el Estado donde desempeñan habitualmente su trabajo sino también en el territorio donde han trabajado desplazados temporalmente, consiguiéndose así la protección del trabajador como la parte débil del contrato, **pero sólo para aquellas materias núcleo mínimo protegido** ⁵⁸.

-Quinto foro: tribunales de un Estado miembro elegidos por las partes. El empresario y el trabajador pueden acordar un pacto de sumisión a favor de unos tribunales estatales, pero solo podrá interponer la demanda ante el Tribunal acordado si se cumplen los dos requisitos recogidos en el artículo 23 RB I-bis:

- a) El acuerdo es posterior al nacimiento del litigio entre las partes.
- b) El acuerdo no podrá impedir que el trabajador formule la demanda ante órganos jurisdiccionales distintos de los acordados en el pacto de sumisión⁵⁹.

-Si alguno de estos dos requisitos no se cumple, la cláusula de sumisión será nula de pleno derecho. De esta forma, se protege a la parte débil del contrato, que es el trabajador, el cual puede verse visto obligado a firmar un contrato preconfigurado por el

⁵⁶CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág.1149 apartado 7.

⁵⁷Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018.

⁵⁸Artículo 16.1 Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; Artículo 6 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; CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág.1149 apartado 8.

⁵⁹Artículo 23 del Reglamento (UE) N°1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil-Reglamento BRUSELAS I bis.; CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág.1149 apartado 9.

empresario con una cláusula de sumisión con la que no está de acuerdo, pero que se ve obligado a aceptar debido a la necesidad de trabajar (*take it or leave it*). Pues el empresario puede imponer unilateralmente una cláusula de elección de tribunal camuflándola como una cláusula bilateral de elección de tribunal. Por lo que, es obligatorio que el acuerdo sea posterior al litigio, o que estando en el contrato, la haga valer voluntariamente el trabajador. En todo momento el propio trabajador debe de tener a libertad de poder escoger otro tribunal distinto del pactado, en caso contrario la sumisión no es lícita.⁶⁰

2.1.3. Foros del artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

- El artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) solo será de aplicación en materia de “contrato individual de trabajo” excepcionalmente; sólo cuando se trate de un supuesto no cubierto por el RB I-bis, ni por el Convenio de Lugano.

De tal forma, que si bien, según se regula en dicho artículo *los Tribunales y Juzgados Españoles serán competentes* para conocer de litigios sobre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato individual de trabajo en los siguientes casos,⁶¹ veremos que la mayoría de estos foros van a estar desplazados por el RB I-b:

- 1).- Si el trabajador ha desempeñado su trabajo dentro del territorio español,
- 2).- Si el contrato se ha formalizado en España, es decir, que la oferta de empleo fuera emitida en España.
- 3).- Si el empresario demandado tiene su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España. Además, tiene que cumplirse que el trabajador haya sido contratado en dicho domicilio, sucursal o representación.
- 4).- Si el trabajador y el empresario tienen nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato.
- 5).- En el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.⁶²

⁶⁰ Dos sentencias en la que se debate la cláusula de sumisión son: STSJ Madrid de 11 de junio de 2014 donde en el contrato se contempla la sumisión a los tribunales de Buenos Aires; y la STJUE Madrid, Social, 10 de junio de 2015, donde se produce una sumisión a los tribunales suizos por un contrato de trabajo para llevar a cabo un trabajo en Nigeria.

⁶¹ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: op, cit.; pág.1151 apartado 2.13

⁶² Artículo 25.1 LOPJ: “*En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan*

No obstante, el tenor literal del art. 25.1. LOPJ, lo cierto es que su aplicación es muy residual, ya que teniendo en cuenta la aplicabilidad cuasi universal del Reglamento Bruselas I bis, y que en este se aplica siempre el domicilio del demandado o el lugar de prestación de servicios, esté en España y que conforme al art. 20.2⁶³ se considera domiciliado en territorio comunitario si la Empresa tiene agencia, sucursal o establecimiento, lo cierto es que la mayoría de los foros de competencia contenidos en este art. 25.1 de la LOPJ, devienen inaplicables.

De tal manera que nunca aplicaremos la CJI de los Tribunales españoles por el art. 25.1 si el domicilio o el lugar de prestación de los servicios es un Estado Miembro y solo acudiremos al mismo si la empresa demandada tiene su domicilio fuera de la Unión Europea, y además no tiene Agencia, Sucursal o establecimiento en el territorio comunitario. En consecuencia, solo aplicaremos efectivamente los siguientes foros o criterios de atribución de CJI contenidos en el artículo 25.1, al encontrarse los restantes desplazados en su aplicabilidad por el reglamento Bruselas I bis:

- Contrato celebrado en España, que la jurisprudencia amplía con algún otro índice de localización como selección u oferta de trabajo recibida también en España.
- Contrato de embarque, cuando la oferta ha sido recibida en España por trabajador español.

• En definitiva, el resto de foros contenidos en el artículo 25.1 LOPJ, dada la primacía del Reglamento y ser foros que de darse concurre el ámbito subjetivo o personal de aplicación de Bruselas I Bis y no podrán ser aplicadas al estar desplazadas por este.

Los restantes apartados de este art. 25 si se aplicarán, ya que tratan ámbitos materiales del orden social con elemento extranjero excluidos del reglamento Bruselas I bis, como son los litigios en materia de seguridad social (excluidos expresamente en virtud del art. 1.2 letra c)) y las relaciones colectivas de trabajo (excluidas implícitamente al sólo ocuparse la sección 5ª del R.B.I bis de contrato individual de trabajo), por lo que estos

nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español”.

⁶³Artículo 20.2 RBI-bis:” Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro”.

apartados sí que serán los aplicables siempre:

- Art. 25 de la LOPJ, concretamente en su apartado 2, reconoce la competencia a los Tribunales Españoles en materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España (lo que se entiende como registrados ante la autoridad laboral española) y de litigios derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español.

- Artículo 25, apartado 3, que reconoce la competencia de los Tribunales Españoles en materia de seguridad social cuando la empresa demandada es una entidad española o cuenta con domicilio, agencia, sucursal o delegación en España.⁶⁴

2.2 Determinación del Derecho laboral aplicable para resolver el fondo de este litigio laboral. Reglamento Roma I

Una vez analizada y delimitada la CJI, corresponde determinar *¿qué ley será aplicable para resolver el fondo del litigio laboral? ¿cuál será el derecho laboral (estatal concreto, propio o extranjero) que se aplicará para resolver la cuestión de fondo planteada?*

Para determinar qué derecho laboral estatal concreto resolverá el fondo del asunto planteado, sea un derecho propio o extranjero, acudiremos exclusivamente a un solo texto legal, ya que las restantes normas en la materia han quedado desplazadas; de tal manera que la ley aplicable se fija a través del siguiente texto legal:

- Reglamento (CE) No 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante R. Roma I) – DIPr Comunitario, que *es de aplicación universal*, tal y como se recoge en el artículo 2 del propio R. Roma I. Lo que significa que se aplica cuando se trata de una relación individual de trabajo y con independencia de si esta domiciliado o ejerciendo la actividad en territorio comunitario.⁶⁵

⁶⁴Artículo 25.2 y 3 LOPJ: “En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 2.º En materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español; 3.º En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España”

⁶⁵Artículo 2 Roma I: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro”.

Por lo tanto, podemos concretar que el artículo 8 del referido texto legal, que recoge la norma de conflicto en materia de contrato individual de trabajo, solo se aplica para los litigios relativos a relaciones individuales de trabajo, quedando excluidos de su regulación los trabajos autónomos y los litigios referentes a relaciones colectivas de trabajo. Sin embargo, si cubre y regula, dicho artículo, los contratos nulos y las relaciones de trabajo de hecho. En concreto, los casos donde no se respetan las condiciones contractuales mínimas que recoge la Ley.⁶⁶

La razón de ser y el objetivo del artículo 8 es la protección de la parte débil del contrato de trabajo y de la relación laboral (el trabajador). Con la regulación que contempla este precepto del Reglamento ROMA I, se evita que el empresario de forma arbitraria y unilateral decida aplicar, al contrato de trabajo, la ley más favorable para él, dejando así desprotegido al trabajador.⁶⁷ Este precepto normativo no es una norma de conflicto orientada a favorecer y beneficiar al trabajador, lo que busca el art.8 RR-I es impedir y evitar que los empresarios impongan a sus empleados una elección de Ley aplicable al contrato de trabajo que pueda tener una afectación negativa en los derechos de los trabajadores que le son reconocidos y recogidos en las normas imperativas de la Ley del país de prestación de servicios. Ante la posibilidad de que se produzca dicha situación de desprotección del trabajador frente al empresario, el art.8 viene a proteger a la parte débil de la relación, estableciendo el siguiente precepto:

Cuando dentro del contrato cabe la elección de una ley estatal distinta de la ley del país de ejecución habitual de la prestación de servicios, el legislador presumirá *juris tantum* que dicha elección perjudica al trabajador porque le ha sido impuesta en su perjuicio, a no ser que haya prueba en contrario. Si se demuestra que dicha elección no atenta o supone un perjuicio mayor para los derechos de los empleados que se le reconocerían si se aplicará la ley del lugar de prestación de servicios, se podrá escoger la ley distinta por ser esta más favorable para los trabajadores.⁶⁸

⁶⁶ESPLUGUES MOTA, C.: *op.cit.*, pág.645, punto 2A, apartados 1 y 2.

⁶⁷ STJUE de 15 de marzo de 2011, C-29/10, Koelzsch, FJ 40 y 46.

⁶⁸CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág.1154, punto 1º apartado 16.1º: “cuando el contrato de trabajo dispone de una elección de ley en favor de una ley estatal distinta a la Ley del país de ejecución de los servicios, el legislador presume *juris tantum* que dicha elección perjudica al trabajador porque le ha sido impuesta en su perjuicio”.

Para saber qué ley es aplicable, qué derecho laboral estatal concreto debe resolver el fondo del asunto planteado, se emplearán por orden jerárquico los siguientes criterios establecidos en el artículo 8 del R. Roma I:

(1) En primer lugar, **libertad de elección de la Ley Aplicable**- Principio de autonomía de la voluntad: Para evitar la situación de desventaja del trabajador antes expuesta, el artículo 8.1⁶⁹ de conformidad con el artículo 3 del texto reglamentario Roma I acepta la aplicación del principio de autonomía de la voluntad, en principio con plena libertad en la elección de la ley aplicable pero va a **limitar materialmente** su ejercicio, de tal manera que su aplicación depende de que mejore el trabajador respecto de la ley aplicable en defecto de elección según el propio precepto.

En definitiva, que el contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes, no obstante, esta libertad de elección no es absoluta, sino que para que sea válida, esa ley elegida debe mejorar las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo, de la ley que sería aplicable en defecto de elección. Estas disposiciones son los derechos mínimos que se recogen en el país donde se ejercen los servicios o donde se encuentran todos los elementos de la situación, que es distinto al país de la ley elegida. Por lo tanto, no se puede elegir una ley que empeore las condiciones laborales que le corresponderían al trabajador en virtud del derecho laboral que sería aplicable, según el mismo artículo 8 del Reglamento. En definitiva, para que la ley elegida se aplique necesariamente debe mejorar las condiciones de trabajo del derecho del país de prestación de servicios o más vinculado.⁷⁰

A tal efecto, se hace una comparación material de la regulación de la institución concreta en ambos derechos laborales.

(2) En segundo lugar, a falta de elección de ley aplicable se emplea el siguiente criterio: **Ley del lugar habitual de prestación de servicios (*Lex Loci Laboris*)**.

⁶⁹ Artículo 8.1 del R. Roma I: “*El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo*”.

⁷⁰ Un ejemplo del límite material de la libertad de las partes en cuanto a elección de ley aplicable, la encontramos en la STSJ Asturias, Social del 1 de febrero de 2013, donde un trabajador presta sus servicios en España y el empleador tiene su domicilio en Portugal y la ley elegida es la portuguesa.

En el artículo 8.2 del R. Roma I contempla aquellas relaciones laborales donde no se haya elegido la Ley aplicable al contrato de trabajo. De esta forma, establece que si no hay ley elegida, el contrato se regirá por la normativa estatal del lugar en el que el trabajador lleva a cabo habitualmente su trabajo.⁷¹ Cabe matizar que este no cambiará cuando el trabajador desempeñe su actividad en otro país con carácter temporal.⁷² Pues aunque la actividad laboral se fundamente en un contrato diferente celebrado con el empresario originario o con algún empleador que pertenezca a su grupo de empresa, se entiende que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen una vez que finalice su tarea en el otro país.⁷³ No obstante, aquí veremos en el presente Trabajo las matizaciones al respecto de ciertas condiciones laborales que han de regirse por la ley del país de destino temporal en supuestos de desplazamientos temporales.

En caso de que el trabajador realice su actividad laboral en varios países, se considera el lugar habitual de prestación de servicios, aquel donde el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario, siguiendo los criterios jurisprudenciales ya señalados. Desde donde sale y a donde regresa, donde pasa la mayor parte del tiempo, donde recibe las instrucciones, todo ello según la ya referenciada jurisprudencia del TJUE.

74

(3) En tercer lugar: Ley del lugar donde se encuentra el establecimiento por el que se contrató al trabajador: En caso excepcional de que no sea posible determinar el país donde desempeña habitualmente los servicios, siguiendo los criterios jurisprudenciales señalados,⁷⁵ se aplicará al contrato de trabajo la Ley del país donde se encuentra el

⁷¹ Artículo 8.2 del R. Roma I: “*En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país*”.

⁷² Considerando 36 del Reglamento Roma I: “Por lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, 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”.

⁷³ ESPLUGUES MOTA, C.: *op.cit.*, pág.646, punto 2C, apartados 1.

⁷⁴ STJUE de 15-3-2011 en el asunto C-29/10, Koelzsch, referida al art.6.3 a) del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: “*En estas circunstancias, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que el trabajador ejerza su actividad en varios Estados contratantes, el país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo con arreglo a la citada disposición, es aquél en el cual o a partir del cual, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario*” (50); Esplugues Mota, Carlos. *Derecho Internacional Privado. 12ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p.646, punto 2C, apartado 1.*

⁷⁵ Como ocurre con los trabajadores itinerantes.

establecimiento a través del cual se contrató al trabajador.⁷⁶ En este sentido, conviene precisar que la jurisprudencia emanada de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de Diciembre de 2011⁷⁷ definió y desarrollo el significado de la expresión que se recoge en el artículo 8.3 del R. Roma I ⁷⁸ : “*establecimiento a través del cual se contrató al trabajador*”⁷⁹ como “*aquel establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquel al que está vinculado por su ocupación efectiva*”.⁸⁰

En el apartado 50 de dicha sentencia se recoge que el establecimiento que procedió a la contratación es aquel donde se publicó el anuncio de contratación y el que realizó la entrevista, no tomándose en consideración aquel establecimiento que dicta el trabajo de los empleadores, es decir, aquel que esté vinculado con los elementos relativos a la realización del trabajo. Por lo tanto, el lugar de establecimiento de la empresa que emplea al trabajador es ajeno a las condiciones en las que se realiza el trabajo.

(4) En cuarto lugar, el artículo 8.4 del R. Roma I ⁸¹ contempla una **cuarta situación**, que se produce cuando es demostrable que hay **vínculos más estrechos con otro país distinto al contemplado en los dos puntos anteriores (lugar habitual de prestación de servicios o lugar donde se encuentra el establecimiento para el que se formalizo el contrato)**. En cuyo caso se aplicará el derecho laboral del país con el cual el contrato desarrolla vínculos más estrechos.⁸² Se trata de una *cláusula* de excepción, que se aplica cuando el órgano jurisdiccional competente para decidir sobre el caso, valora las características y los elementos que conforman el contrato de trabajo, resaltando aquellas circunstancias más significativos, con el objetivo de establecer si hay un mayor vínculo con un país distinto al de prestación habitual de servicios o donde se encuentra la sede por la que fue contratado

⁷⁶Artículo 8.3 Reglamento Roma I: “*Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador*”.

⁷⁷STJUE de 15 de diciembre de 2011, en el asunto C-384/10, CASO CURIA, JanVoogsgeerd *contra* Navimer S.A en relación a la interpretación y aplicación del art.6.2 b) del Convenio de Roma de 1980.

⁷⁸Artículo 8.3 del R. Roma I:” *Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador*”.

⁷⁹También se recoge la expresión “*establecimiento que haya contratado el trabajador*” en el artículo 6.2 b) del Convenio de Roma de 1980.

⁸⁰STJUE de 15 de diciembre de 2011, en el asunto C-384/10, JanVoogsgeerd *contra* Navimer S.A en relación a la interpretación y aplicación del art.6.2 b) del Convenio de Roma de 1980 (48-50).

⁸¹Artículo 8.4 del R. Roma I: *Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.*

⁸²Ejemplos: trabajo a bordo de buques. Se aplicará la ley del lugar de abanderamiento; pabellón; registro o matrícula.

el trabajador, y por tanto este sería de aplicación. Se aplica cuando se pone de manifiesto que existe una conexión sustancial del contrato con un país distinto al de prestación de servicios o a aquel en el que se encuentra el establecimiento por el que fue contratado⁸³ Los elementos que vinculan el contrato con otro país, pueden ser: el país en el que el trabajador este afiliado en la seguridad social; el país en el que el trabajador paga sus impuestos; entre otros.⁸⁴

En definitiva, hay que verificar que constan dichas circunstancias cada vez que se aplican los apartados 8.2 y 8.3 por si concurrieran en el caso.

3. SITUACIÓN ESPECIAL EN EL REGLAMENTO ROMA I: DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA

Si bien con carácter general y en cuanto a la determinación del derecho laboral aplicable al contrato de trabajo internacional, el R. Roma I contempla en su artículo 8.2, que en defecto de elección de Ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del lugar habitual de prestación de servicios, y **no se considera que cambia el lugar habitual del trabajo cuando el trabajador se desplace a otros países de forma temporal a desempeñar su trabajo**, vamos a analizar que en determinadas condiciones de trabajo el reglamento Roma I va a reconocer y contemplar un tratamiento y una regulación jurídica especial durante el *desplazamiento temporal de trabajadores*, y que en cierta medida es una quiebra a las soluciones contempladas en el artículo 8 que hemos estudiado respecto del derecho laboral aplicable.

Así atendiendo a los Considerandos 34 y 36 del Reglamento Roma I, por un lado, se establece expresamente que la norma sobre contrato individual de trabajo no debe ir en contra de la protección de la parte débil y en concreto sobre la regulación material establecida para los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores.

Esto es, dentro de la Unión Europea y si bien al contrato de trabajo con carácter general se le va a aplicar la ley designada por el art. 8 del Reglamento Roma I, que remitirá normalmente a la ley del país donde se prestan habitualmente los servicios,

⁸³ STSJ Asturias Social 13 de septiembre de 2016; STSJ Islas Canarias Social de 17 de octubre de 2013.

⁸⁴ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág.1164, punto 35.

independientemente de los desplazamientos temporales, como indica el propio art. 8.2 R. Roma I, lo cierto es que va a existir unas normas de protección en supuestos de desplazamientos temporales y sólo para determinadas materias especiales (jornada, salarios, etc.) que harán quebrar la aplicabilidad, solo para estas materias y mientras dure el desplazamiento, del propio art. 8 del R. Roma I. De tal manera que en lugar de mantener para un núcleo de materias que se han considerado relevantes, la aplicabilidad de la ley del país de origen que es la del de prestación habitual de los servicios, a la que nos remitiría para cualquier materia derivada del contrato de trabajo el apartado 2 del artículo 8 de Roma I, se aplicará la ley del país de destino si mejoran las anteriores, convirtiéndose este derecho laboral del país de destino del desplazamiento en un contenido mínimo a cumplir en esas materias cruciales en condiciones de trabajo.

En este sentido los siguientes Considerandos del propio Reglamento que aluden a esta regulación:

a) **Considerando 34 del Reglamento ROMA I**

Desde la Unión Europea se pretende evitar la desprotección del trabajador en los desplazamientos temporales de los trabajadores por lo que establece en el considerando 34 del R. Roma I lo siguiente:

*“La norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con 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 (34)”.*⁸⁵ Lo que significa que, independientemente del artículo 8.2 del R. Roma I, durante el desplazamiento temporal dentro de la UE se tienen que respetar unos mínimos que se encuentran recogidos en la Directiva 96/71, ahora modificada por la Directiva 2018/957.

b) **Considerando 36 del Reglamento Roma I**

El concepto de desplazamiento temporal de trabajadores se recoge en el propio Considerando 36 del R. Roma I., donde se define el mismo como la situación que se da cuando el trabajador se desplaza del país de origen a otro país para la realización concreta

⁸⁵ALONSO UREBA, A. *Código Unión Europea*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2008, pág. 906.

de un trabajo, una vez finalizada la prestación de servicio o la obra en el extranjero, volverá al país donde estaba desempeñando sus servicios.⁸⁶

También podemos considerar que un trabajador es "desplazado", cuando se emplea en un Estado miembro de la UE, y después es enviado por su empleador de manera temporal para llevar a cabo su trabajo en otro Estado miembro, regresando a su país de origen tras un cierto tiempo. En este sentido los trabajadores son desplazados en el marco de una prestación transnacional a un país distinto de aquel país en el que por lo general trabajan, dando lugar al trabajador a una categoría distintiva de desplazado que se reconoce, como ya se ha expuesto en el art.8.2 R. Roma I.⁸⁷

No obstante, la regla del art.8.2 puede ocasionar un dumping social internacional, es decir, el empresario que envíe a sus trabajadores a lugares donde las normas laborales son más favorables para el trabajador, pero conforme al Reglamento, al corresponder aplicar a las condiciones de trabajo la ley del país de origen, se mantiene la aplicación de la Ley de origen o la Ley del país donde habitualmente prestan sus servicios, con contenido material en determinadas cuestiones básicas menos favorable para el trabajador. Normalmente los desplazamientos se producen desde países menos desarrollados a países de destino con condiciones más favorables por tratarse de países más desarrollados que el país de origen donde prestaba habitualmente sus servicios; sin embargo, por la regla general del art. 8.2 se le mantendría la aplicación de condiciones peores que el resto de los trabajadores que están en ese país. Un ejemplo de dumping social sería un trabajador contratado en Portugal que es desplazado temporalmente a trabajar a España. Se mantiene la ley portuguesa con carácter general, pero lo cierto es que en España cuestiones básicas como jornada o salario son superiores, que sería el país de destino del desplazamiento temporal.

⁸⁶ Considerando 36 del R. Roma I: *“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”. “Por lo tanto, 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”.*

⁸⁷ BURGOS GOYE, C.: “Trabajadores trasferidos y prestación transnacional de servicios”, en AA. VV (MONEREO PÉREZ, J. L., Dir., FERNÁNDEZ AVILES, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.,Coord.): *Comentario en la Ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social* (LO 4/2000 y RD 557/2011). Comares. Granada, 2013, página. 775-800.

Por todo ello para regular esta situación especial de desplazamiento temporal transnacional de trabajadores que contempla el artículo 8.2 del R. Roma I y garantizar que determinados derechos y condiciones de trabajo de un trabajador desplazado estén protegidos en toda la Unión Europea, evitando el "dumping social", la legislación comunitaria ha establecido **un núcleo de normas** de obligatorio cumplimiento en el país de la UE de destino del desplazamiento temporal, respetándose la aplicación de la ley laboral del país de acogida que es más beneficiosas que las aplicables en el país de prestación habitual de servicios (país de origen). Las principales normas que regulan el desplazamiento temporal son las siguientes:

- **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 (en adelante **Directiva 96/71/CE**) modificada por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018 (en adelante Directiva 2018/957). En su artículo 3 se recoge que será de aplicación la ley del país que rige el contrato (la Ley del lugar habitual del trabajo) pero siempre respetando determinadas condiciones laborales mínimas establecidas en el Derecho del Estado miembro donde está efectuando su trabajo de forma temporal. De tal forma, que se mantiene la Ley del país de origen, pero con los mínimos derechos laborales que se le reconocen en el país donde trabaja temporalmente, impidiendo así que se produzca el dumping social que beneficia al empresario, en determinadas materias (núcleo duro): salarios, jornada, etc., como analizaremos a continuación.

- **Ley 45/1999**, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (en adelante la **Ley 45/1999** de 29 de noviembre). Esta Ley supone la transposición de la Directiva Europea 96/71/CE en España. Estas leyes priman sobre el Reglamento Roma I, tal y como se recoge en su artículo 23.

3.1 DIRECTIVA 96/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996.

3.1.1. Antecedentes de la Directiva 96/71.

La globalización de los mercados, el crecimiento de la economía y el desarrollo imparable de movimientos transnacionales de bienes, servicios, capitales y de personas, dentro de la dimensión europea dieron lugar a la necesidad por parte de la Unión Europea de abordar esta realidad y aprobar un conjunto de normas jurídicas que dieran respuesta y regularán las nuevas situaciones de desplazamientos temporales transfronterizos de trabajadores. Cabe destacar, que esta realidad está íntimamente conectada con los principios de libre prestación de servicios y libertad de establecimiento que se reconocen y se protegen en el Tratado Fundacional de la Unión Europea (en adelante TFUE), y que constituyen la piedra angular de la ciudadanía de la Unión que creó el Tratado de Maastricht de 1992.

La base jurídica de la Directiva 96/71 sobre el desplazamiento de trabajadores proviene de ambos principios, más concretamente, de la libre prestación de servicios reconocida en el artículo 56 del TFUE. Con la redacción y elaboración de esta Directiva, la Unión Europea consigue regular los derechos de los trabajadores desplazados y garantiza por tanto la movilidad justa de empresas y de profesionales dentro de la Unión, es decir, la correcta aplicación del principio de libre prestación de servicios y de establecimiento dentro de la UE.

No obstante, antes de la elaboración de Directiva 96/71 hubo acercamientos en la búsqueda de una regulación laboral para los trabajadores desplazados. De hecho, con la entrada en la Comunidad Económica Europea (actualmente la UE) de España y Portugal a mediados de los 80, el debate sobre la cuestión de la prestación transfronteriza de servicios se situó en primer plano. No obstante, durante los 10 años siguientes, el debate sobre la regulación de los desplazamientos sufrió un estancamiento legislativo, hasta que en 1990 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea dictó la sentencia C-113/89 de 27 de

marzo en donde se reconoce la existencia de los desplazamientos temporales dentro de la comunidad europea y la necesidad de su regularización dentro del derecho comunitario.⁸⁸

Asimismo, el 15 de junio de 1993, la Comisión Europea propone una Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, que es posteriormente modificada por la Ley n.93-1313 de 20 de diciembre de 1993 sobre trabajo, empleo y formación profesional.

Ambas normativas propiciaron que en países como Francia se introdujera en su Código de Trabajo una regulación sobre el desplazamiento transnacional de trabajadores dentro del marco laboral francés. Por lo que se podría afirmar que Francia es uno de los países pioneros en introducir normas imperativas mínimas sobre el desplazamiento temporal de trabajadores. Concretamente aprobaron en 1994 un Decreto que regulaba cuestiones relativas a la jornada de trabajo (duración máxima, trabajo nocturno, descansos) y a la salud y seguridad en el puesto de trabajo, con independencia de la duración del desplazamiento; y cuando este superaba el mes, en el Decreto, se fijaba el salario mínimo interprofesional y se garantizaba la igualdad salarial de los hombres y las mujeres.⁸⁹

De esta manera, la sentencia del Tribunal de Justicia (C-113/89), junto con la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia en el año 1995 a la UE, motivó finalmente la adopción de una directiva a fin de regular la situación de los trabajadores desplazados. Se elabora y aprobó así la primera Directiva el 16 de diciembre de 1996 (Directiva 96/71). No obstante, cabe destacar que dicha Directiva fue aprobada con la abstención de Portugal y un único voto en contra por parte de Reino Unido, debido a que en el año 1996 gobernaba un Gobierno conservador, que creía innecesaria la aprobación de una normativa comunitaria que reconocía demasiados derechos a los trabajadores. Puesto que consideraban que la excesiva protección del trabajador desplazado perjudicaba la libre circulación de trabajadores, al resultarle al empresario más barato, contratar a trabajadores

⁸⁸ STJCE C-113/89 de 27 de marzo de 1990, Asunto *Rush Portuguesa.*; Gárate Castro, J. Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores, Pamplona, 1ª edición, Aranzadi, 2011, pp. 106: “*el derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan la aplicación de sus leyes o de los convenios colectivos de trabajo a toda persona que efectúe un trabajo asalariado, aunque sea de carácter temporal o independientemente del país donde se encuentre establecido el empresario*”.

⁸⁹ GÁRATE CASTRO, J.: *op.cit.*, pág.106-107.

de otros países que trabajadores locales. Es decir, que se abarata el coste de exportación e importación de trabajadores con respecto al país de destino.

A pesar de esta oposición, la Directiva fue aprobada y fijaba un conjunto de normas referentes a condiciones de trabajo y empleo mínimas, que se conoce con el nombre de «núcleo duro». En dicha normativa comunitaria se regulaba la jornada laboral máxima, la cuantía del salario mínimo interprofesional, la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, las medidas mínimas de prevención de riesgos laborales, los derechos de salud laboral, entre otras.

Lo que significaba que en dichas materias se aplicaba lo fijado en las normativas internas del país de acogida. Esta regulación tenía que ser respetada y aplicada con carácter obligatorio, por el país de origen del trabajador desplazado. De tal forma, que los elementos de la relación laboral que no están recogidos y contemplados en la Directiva se entienden reguladas libremente por las normas internas y nacionales de Derecho Laboral del país de origen.

Ejemplos de las materias donde se aplican las normas laborales del país de origen son:

- En materia de seguridad social, aquellos trabajadores cuyo desplazamiento temporal dure menos de dos años seguirán estando cubiertos por el sistema de seguridad social del país de origen en el que fueron contratados.⁹⁰
- En materia del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, durante los 183 primeros días del desplazamiento temporal se mantiene la recaudación del impuesto de la renta de las personas físicas en el país de origen. Una vez transcurridos estos días pasa a recaudarse el impuesto a través del sistema de renta del país de acogida.⁹¹
- Normalmente los trabajadores eran desplazados una media de 3 a 4 meses, por lo que si había diferencias en las condiciones laborales no reguladas por la directiva entre los trabajadores desplazados y los trabajadores locales, lo que propiciaba el dumping social.

⁹⁰ KRAATZ, S., “El desplazamiento de trabajadores”. *Fichas técnicas sobre la Unión Europea – 2019*. Parlamento Europeo, pág.2, párrafo 1: “los trabajadores desplazados seguían estando asegurados en el sistema del país de origen siempre que el desplazamiento dure, en general, menos de dos años”. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.1.13.pdf

⁹¹ Idem, pág.2, párrafo 1:” el derecho a recaudar el impuesto sobre la renta se mantenía en el país de origen durante 183 días y pasaba al país de acogida solo transcurrido este plazo”.

Pues según las contribuciones a la seguridad social y el impuesto sobre la renta que deba abonarse, las diferencias eran más significativas y notorias.

En los años siguientes la Directiva acuso importantes elementos de debilidad, criticados por algunos autores que la calificaron como la Swiss Cheese Directive o Directive Gruyere desde sus inicios.⁹² Pues entre otros aspectos, en dicha Directiva no quedaba suficientemente definido el concepto de trabajador desplazado, además de que en su aplicación e interpretación jurídicas se detectaron una serie de retos a resolver, entre los que se encontraron los siguientes:

1.-El hecho de que la Directiva permitiera ciertas diferencias entre las condiciones laborales de los desplazados y los trabajadores locales, dio lugar al tan temido y ya predicho por Reino Unido dumping social, es decir, se produjo un aumento de la brecha salarial y a su vez se incrementó la divergencia de los costes laborales en la contratación de trabajadores locales y desplazados. De tal forma, que al empresario le resultaba más barato recurrir al desplazamiento de trabajadores que contratar a trabajadores locales. Tanto es así, que el número de desplazamientos aumento un 44% entre los años 2010 y 2014.

2.- La picaresca de algunos empresarios que aprovechaban las lagunas jurídicas de la Directiva, para montar operaciones en otros Estados donde les era más beneficioso en materia de empleo y seguridad social rotar a los trabajadores o crear empresas ficticias.

3.- Falta de claridad en las normas establecidas por la Directiva y deficiencias en la cooperación entre autoridades, tanto dentro de los Estados miembros como a escala transfronteriza, lo que creaba problemas para las fuerzas de seguridad que intentaban que el contenido de la Directiva se aplicará eficientemente.⁹³

En Reino Unido continuo el descontento con la aplicación de la Directiva, ya que los trabajadores ingleses se sentían discriminados con respecto a la protección especial recogida y garantizada por la Directiva 96/71 solo a los trabajadores desplazados al Reino Unido. La insatisfacción con dicha protección era tal que una de las promesas electorales

⁹² GÁRATE CASTRO, J., op.cit., pág. 88.

⁹³ KRAATZ, S.: op.cit., pág.2.

por la cual salió elegido el Premier Gordon Brown fue el lema *British Jobs for British workers* que promovió en junio de 2007. Promesa que fue reclamada por los sindicatos y miles de trabajadores ingleses a través de una huelga salvaje de protestas llevadas a cabo en diferentes plantas energéticas del Reino Unido. Su intención era que el Gobierno Británico adoptara medidas protecciones que acabarían con los contratos con empresas extranjeras que usaban mano de obra no británica.

Cabe destacar que la huelga en las plantas energéticas se originó por un suceso concreto que ocurrió entre la empresa británica Total y el grupo italiano IREM, pues la empresa italiana fue contratada para la construcción de una planta de desulfurización por la empresa británica, y trasladó para ello a más de quinientos trabajadores italianos y portugueses para realizar la obra. El hecho de que no contrataran a ningún trabajador británico y que la Directiva protegiera a los trabajadores desplazados, para que “en teoría” las condiciones laborales de todo trabajador dentro de la Unión Europea fueran las mismas, pero el resultado de su aplicación no tenía dicho resultado prometido, sino que no se contrataba por igual a trabajadores desplazados y locales, fue la mecha que encendió revueltas sociales, y propicio una oposición a la directiva por parte de la población activa de Reino Unido. Esta controversia fue el inicio de lo que en 2016 se culminó con el Brexit.⁹⁴

En la misma época donde se desarrolló esta huelga, más concretamente en el año 2007, con el Tratado de Lisboa se revisaron las políticas sociales y de empleo que se habían estado llevando a cabo hasta ese momento. A raíz de ello, se introdujeron nuevas políticas sociales de empleo en los Tratados Europeos, y se cuestionó si realmente la Directiva servía como base jurídica garantizadora de una serie de derechos mínimos para los trabajadores, y si era el instrumento jurídico adecuado para garantizar la igualdad de oportunidades a la hora de prestar servicios transfronterizos libremente. Pues la Directiva dejaba en mano de los Estados miembros la aplicación y el control del cumplimiento de las normas mínimas laborales. Pero su contenido poseía poca claridad jurídica, por lo que los Estados miembros interpretaban la directiva a través de la jurisprudencia que emanaba de las sentencias del TJUE. Esta falta de una regulación clara, hizo que se generara

⁹⁴ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op.cit.*, pág.1168.

incertidumbre a la hora de aplicar la Directiva, pues se generaban dificultades prácticas para los órganos responsables de la aplicación de la normativa en el Estado miembro de acogida, es decir, que a los empresarios les costaba fijar los salarios de los trabajadores desplazados y también se veía afectado el conocimiento que tenían los propios trabajadores sobre los derechos mínimos que se les reconocía en la Directiva. Además, en los años 2007 y 2008 se dictaron por el TJUE cuatro sentencias relativas a esta falta de claridad en la regulación contenida en la Directiva 96/71, que son las siguientes:

- **El caso Viking (C-438/05):** consistió en un litigio entre la International Transport Workers' Federation (Federación Internacional de Trabajadores del Transporte) y el Finnish Seamen's Union (Sindicato de Marineros Finlandeses), de una parte; y de la otra parte Viking Line ABP y su filial OU Viking Line Eesti, producido porque los sindicatos adoptaran medidas de conflicto colectivo con el objetivo de iniciar un proceso de negociación con el empresario, del que podría emanar un convenio, que regulara el trabajo y así evitar el dumping social. Lo que suponía un conflicto entre las libertades económicas de la libre prestación de servicios y de establecimiento; y el derecho a la protección de los trabajadores en materia de condiciones de trabajo. El TJUE decide en el asunto Viking.⁹⁵ que corresponde al tribunal remitente verificar si los objetivos perseguidos por los sindicatos podían justificar la restricción de la libertad económica del empresario

- **El caso Laval (C-341/05):** al igual que en el caso Viking se plantea la preponderancia de las libertades económicas y de prestación de servicios frente a los derechos fundamentales. En este caso, el TJUE sentencia que atentar y restringir la libertad económica para llegar a un acuerdo sobre un salario mínimo no es justificable, ya que sólo puede admitirse cuando persigue un objetivo legítimo y por razones imperiosas de interés general. Siendo para el TJUE un principio fundamental de la UE, la libre prestación de servicios, por lo que pondera por encima de los acuerdos colectivos.⁹⁶

- **El caso Rüffert (C-346/06):** litigio donde la empresa Land de Baja Sajoni aplicaba la ley alemana que era completamente restrictiva respecto a la libertad de prestación de servicios al obligar a los empresarios licitantes a pagar a los trabajadores desplazados, en este caso

⁹⁵ STJ (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, Viking, C-438/05.

⁹⁶ STJ de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007, LAVAL, C-341/05.

de Polonia a Alemania, el salario mínimo establecido en el convenio colectivo de Edificios y obras públicas (convenio alemán). Se produce así un conflicto que el TJUE resuelve declarando que el convenio colectivo que se estaba aplicando en dicha relación laboral en cuestión no tenía una aplicabilidad general, por tanto, no podía ser impuesto a empresas establecidas en otros Estados miembros.⁹⁷

-Comisión/Luxemburgo (C-319/06): consistió en la existencia de una Ley Luxemburguesa que obligaba a todos los empresarios a ceñirse a los convenios colectivos de trabajo vigentes en Luxemburgo. Esto generó conflictos que el TJUE resolvió sentenciando que dicha ley entorpecía la libre prestación de servicios y que Luxemburgo había realizado una transposición errónea de la directiva.⁹⁸

En los cuatro casos expuestos anteriormente, se puede observar que la falta de claridad en la regulación contenida en la Directiva 96/71 produjo múltiples conflictos, que se irán regulando con la aprobación de las siguientes directivas europeas.

3.1.2. Ámbito de aplicación y contenido de la Directiva 96/71

La Directiva 96/71 sobre el desplazamiento temporal de trabajadores tiene como objetivo garantizar el principio de libre circulación de trabajadores en la UE, así como los derechos laborales mínimos de los trabajadores desplazados, y persigue la cohesión y coherencia entre los distintos mercados laborales de los Estados Miembros de destino.⁹⁹ Asimismo, la Directiva 96/71 completa al R. Roma I en diversas materias como la laboral. Por lo que, la regulación laboral recogida en dicha normativa prima sobre el R.Roma I. A pesar de ello, hay algunos supuestos en los que no se aplica la Directiva 96/71 sino el R.Roma I.

⁹⁷ STJ (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008, Rüffert, C-346/06

⁹⁸ STJ (Sala Primera) de 19 de junio de 2008, Comisión/Luxemburgo, C-319/06

⁹⁹ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op.cit.*, pág.1168; CASAS BAAMONDE, M.E. Y DEL REY GUANTER, S., *Desplazamiento de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales*. 1ª edición, Colección Estudios, Madrid, 2002, p.10-11.

Ámbito de aplicación:

La Directiva 96/71 sobre desplazamiento transnacional de trabajadores cubre a los empleados que son trasladados temporalmente a otro Estado miembro en tres situaciones (se recogen en el art.3 Ley 45/1999 y en el Considerando 34 del R. Roma I)¹⁰⁰, es decir, la directiva se aplicará en aquellas empresas que desplacen trabajadores en el marco de la prestación de servicios transnacional¹⁰¹, contemplándose tres situaciones diferentes¹⁰²:

Primera.- El trabajador es desplazado a otro Estado miembro para la prestación de un servicio, pero continúa la relación laboral con el empresario de origen, actuando bajo la dirección y por cuenta de este durante el desplazamiento. (Artículo 1.3 a) de la Directiva 96/71/CE)

-Segunda.- El trabajador es desplazado por un empresario a un centro o establecimiento de trabajo de la propia empresa o de otra empresa que pertenezca a su grupo y que se encuentre en el territorio de un Estado miembro, manteniéndose la relación laboral con el empresario de origen durante el desplazamiento. (Artículo 1.3 b) de la Directiva 96/71/CE)

- Tercera.- Se recoge en el artículo 1, apartado 3, letra c) de la Directiva 96/71, cuando el trabajador es desplazado por una empresa de trabajo interino o una empresa de suministro de mano de obra (una ETT), a otra empresa usuaria a cambio de una remuneración, pero continúa existiendo la relación laboral entre el empresario de origen y el trabajador durante el desplazamiento, es decir, consiste en el desplazamiento de trabajadores por parte de una

¹⁰⁰ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op.cit.*, pág.1168.

¹⁰¹ Artículo 1.1 de la Directiva 96/71/CE: “La presente Directiva se aplicará a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores, según lo dispuesto en el apartado 3, en el territorio de un Estado miembro”.

¹⁰² Artículo 1.3 de la Directiva 96/71/CE: “La presente Directiva se aplicará en la medida en que las empresas a que se refiere el apartado 1 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 que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o b) 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; o c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador 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 interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento” .

ETT que los pone a disposición de una empresaria usuaria que se encuentra ubicada en otro Estado miembro.¹⁰³

Sin embargo, cabe resaltar que no se aplicará esta Directiva cuando el desplazamiento sea de personal navegante de la marina mercante.¹⁰⁴

Hay tres requisitos que debe cumplir un desplazamiento para que la Directiva 96/71 sea de aplicación¹⁰⁵:

1) -**Transnacionalidad**: para que se aplique la Directiva el desplazamiento se tiene que llevar a cabo fuera del país donde opera la empresa de origen que ha contratado al trabajador, o lo que es lo mismo, que la empresa destinataria de la prestación que va a recibir al trabajador no pertenezca al mismo Estado miembro en el que se contrató al mismo. Queda al margen de la directiva los desplazamientos que se producen dentro del país, al carecer de transnacionalidad. Además, la directiva se aplica cuando la empresa se encuentra establecida en un Estado miembro, y desplace a sus trabajadores, a razón de la prestación de servicios transnacionales, a otro país que pertenezca a la Unión Europea. En caso de que el desplazamiento temporal se realice con un país extracomunitario será de aplicación la normativa recogida en el R. Roma I, la ley aplicable al contrato de trabajo. Un ejemplo sería el caso de que una empresa española envié a sus trabajadores a prestar un servicio temporal a Argentina. En esta situación en concreto no se apreciaría cambio en la ley aplicable al contrato.

2) - **Temporalidad**: los desplazamientos tienen que ser temporales, por un período limitado de tiempo, y debe existir una relativa importancia en la prestación de servicio que

¹⁰³ Declaración 2 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 10 de febrero de 2011. Desplazamiento de trabajadores. Acta de adhesión de 2003, que versa sobre el acceso de los nacionales polacos al mercado laboral de los Estados ya miembros de la Unión en el momento de la adhesión de la República de Polonia. Exigencia de un permiso de trabajo para el suministro de mano de obra: “*El desplazamiento de trabajadores en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva 96/71 constituye una prestación de servicios realizada a cambio de una remuneración, mediante la cual el trabajador desplazado sigue empleado por la empresa proveedora y no celebra contrato laboral alguno con la empresa usuaria. Se caracteriza por la circunstancia de que el desplazamiento del trabajador al Estado miembro de acogida constituye el propio objeto de la prestación de servicios efectuada por la empresa proveedora y de que dicho trabajador realiza sus tareas bajo el control y la dirección de la empresa usuaria*”.

¹⁰⁴ Artículo 1.2 de la Directiva 96/71/CE: “2. La presente Directiva no se aplicará a las empresas de la marina mercante, por lo que se refiere al personal navegante”.

¹⁰⁵ CASAS BAAMONDE, M.E. y DEL REY GUANTER, S.: *op.cite.*,pág.11.

se va a llevar a cabo en el país de destino.¹⁰⁶ Profundizando en la Directiva y en la Ley española de transposición 45/1999, de 29 de noviembre (en adelante LDT), no fijan ni concretan el período de duración máximo ni mínimo de un desplazamiento para considerarlo temporal. En el artículo 3 apartado 6 de la Directiva se limita a regular la temporalidad calculando sobre un periodo de referencia de un año a partir del comienzo del desplazamiento. En caso de que sea un desplazamiento en sustitución de otro trabajador desplazado, se computará el tiempo que el trabajador reemplazado haya estado desplazado.¹⁰⁷

3) - **Pervivencia y continuidad** de la relación laboral del empresario de origen con el trabajador durante el desplazamiento; e inexistencia de contrato entre el empresario que recibe la prestación de servicio transnacional y el trabajador desplazado, con lo que se evita y lucha contra el tráfico ilegal de trabajadores.

No obstante se contempla la posibilidad de que no haya relación laboral cuando el desplazamiento lo haya efectuado una empresa usuaria, ya que se mantiene el contrato inicial que tenía el trabajador con la empresa de origen (ETT), no formulándose uno nuevo que rompa la relación laboral del Estado de origen.¹⁰⁸

Contenido de la Directiva

La Directiva establece una serie de condiciones de trabajo y empleo que deberán garantizar las empresas a sus trabajadores desplazados, relativas a las materias recogidas en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general, como son:¹⁰⁹

- La fijación del *tiempo máximo de jornada laboral*, así como los *períodos de tiempo mínimo de descanso*;
- La *duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas*;

¹⁰⁶ Artículo 2 de la Directiva 96/71/CE define al trabajador desplazado como: “*aquel trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente*”.

¹⁰⁷ Artículo 3 apartado 6 de la Directiva 96/71/CE: “*La duración del desplazamiento se calculará sobre un período de referencia de un año a partir de su comienzo. 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*”.

¹⁰⁸ CASAS BAAMONDE, M.E. y DEL REY GUANTER, S.: *op.cite.*, pág.12.

¹⁰⁹ Artículo 3.1 Directiva 96/71/CE.

- La *remuneración salarial mínima*, es decir, las cuantías de salario que como mínimo debe percibirse durante el desplazamiento, incluyendo el incrementado por las horas extraordinarias (no se aplicará a la jubilación).
- El salario mínimo se fija atendiendo a la ley del Estado miembro donde se encuentre desplazado el trabajador. No obstante, cuando el desplazamiento sea inferior a 1 mes, los Estados miembros podrán fijar el salario mínimo a percibir por el trabajador desplazado, siempre previa consulta a los interlocutores sociales y con respeto a los usos y costumbres de cada país europeo.
- Las condiciones de suministro y puesta a disposición de mano de obra, en particular por parte de empresas de trabajo temporal y agencias de trabajo interino;
- La adopción de medidas mínimas que garanticen la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; con especial relevancia a la protección de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes;
- Por último, garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

3.2. LEY 45/1999 DE 29 DE NOVIEMBRE, SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL.

La Directiva 96/71/CE es objeto de trasposición en la legislación española por medio de la Ley 45/99, de 29 de noviembre (en adelante LDT) sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Se trata de una transposición tardía, ya que se elaboró 28 años después de la aprobación de la Directiva.

3.2.1 Ámbito de aplicación de la Ley 45/1999.

El ámbito de aplicación de dicha Ley se encuentra recogido en su artículo 1, donde se establece que solo se aplicará en los desplazamientos llevados a cabo por empresas establecidas en Estados miembros o en un Estado firmante del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que desplacen trabajadores a España. Por lo que no sería de aplicación a un trabajador brasileño que se desplace a la UE, concretamente, a España. De igual forma, quedan excluidos de la aplicación de dicha Ley cuando el trabajador desplazado es personal navegante de la marina mercante; así como los desplazamientos cuyo objeto es la

realización de actividades formativas, distintas de la prestación de servicios transnacional.¹¹⁰ Así mismo, La LDT también se aplica en los desplazamientos de trabajadores, de empresas establecidas en España, a otros Estados Miembros de la Unión Europea o a Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.¹¹¹

3.2.2. Concepto de desplazamiento temporal de trabajadores.

El artículo 2 de la LDT define el desplazamiento temporal de trabajadores como el desplazamiento de trabajadores a España por empresas pertenecientes al ámbito europeo o provienen de Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, durante un período determinado y corto de tiempo, cuando se produzcan alguna de las tres situaciones contempladas por la Directiva 96/71 en su artículo 1 apartado 3. De esta definición, se extraen las siguientes características que debe presentar un desplazamiento para considerarse de aplicación la LDT:

- 1) Carácter temporal, deben llevarse a cabo dentro de un periodo de tiempo corto.
- 2) Los desplazamientos deben producirse entre España y otro Estado miembro de la UE o Estado firmante del Acuerdo Económico Europeo
- 3) Hay tres situaciones o tipos de desplazamientos que se contemplan en la LDT y en la Directiva 96/71/CE:¹¹²
 - a). El desplazamiento de un trabajador como consecuencia de un contrato celebrado con una empresa que se encuentra en territorio español realizando su actividad; El desplazamiento se llevará a cabo por cuenta, dirección y orden de otra empresa para la que trabaja el empleado desplazado.
 - b). El desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte.

¹¹⁰Artículo 1.2 y 3 LDT:” 2. *Esta Ley será de aplicación a las empresas establecidas en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, con exclusión de las empresas de la marina mercante respecto de su personal navegante.* 3. *Esta Ley no será de aplicación a los desplazamientos realizados con motivo del desarrollo de actividades formativas que no respondan a una prestación de servicios de carácter transnacional”.*

¹¹¹Disposición adicional primera de la LDT; Casas Baamonde, M.E. y Del Rey Guanter, S., Desplazamiento de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales. 1ª edición, Colección Estudios, Madrid, 2002, p.9 párrafo 2.

¹¹²CASAS BAAMONDE, M.E. y DEL REY GUANTER, S.: *op.cite.*, pág.10 apartado 3.

Dentro de esta situación se define el concepto de grupo de empresa, como aquel grupo conformado por una empresa principal que tiene el control, influencia y dominio sobre las demás por motivos de propiedad, estatutos financiación, etc; y las empresas que son contraladas.¹¹³

c). El desplazamiento se produce entre una ETT y una empresa usuaria que ejerce su actividad y presta sus servicios en territorio español. En la LDT se incluye al trabajador puesto a disposición por una ETT a una empresa usuaria perteneciente a un país extracomunitario, extranjero, que es desplazado por esta última a España.

Asimismo, en el artículo 2 de la LDT también recoge la definición de trabajador desplazado, como aquel trabajador que, con independencia de su nacionalidad, es trasladado para realizar una actividad en España durante un tiempo determinado, al existir una relación laboral entre la empresa de origen y de destino, siempre que durante el desplazamiento continúe la relación laboral con el trabajador.¹¹⁴

3.2.3. Núcleo mínimo de derechos laborales del país receptor

La LDT tiene por objeto regular las relaciones laborales fruto de los desplazamientos transnacionales a España, estableciendo las condiciones mínimas laborales que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores cuando los desplazan a España. Estas condiciones mínimas (núcleo mínimo) se deben respetar independientemente de la Ley aplicable al contrato, y serán establecidas por la normativa española.¹¹⁵

Afectan a las siguientes condiciones de trabajo¹¹⁶:

¹¹³ Artículo 2 de la LDT y el artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria: “A efectos de la presente Ley se considerará «empresa que ejerce el control» a aquella que pueda ejercer una influencia dominante sobre otra, que se denominará «empresa controlada», por motivos de propiedad, participación financiera, estatutos sociales u otros”

¹¹⁴ Artículo 2.1. 2º de la LDT.

¹¹⁵ Artículo 1.1 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional: “1. La presente Ley tiene por objeto establecer las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo”

¹¹⁶ Artículo 3.1 LDT 1. “Los empresarios que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española relativas a: a) El tiempo de trabajo, en los términos previstos en los artículos 34 a 38 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo; b) La cuantía del salario, en los términos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley; c) La igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, edad dentro de los límites legalmente

- **El tiempo de trabajo:** al trabajador desplazado a España se le aplicará lo regulado en los artículos 34 al 38 del Estatuto de los Trabajadores en materia de jornada de trabajo mínima y máxima; número máximo de horas extras; el reconocimiento al descanso semanal, a las fiestas y a los permisos; vacaciones anuales; trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo.

- **Cuantía mínima salarial de los trabajadores desplazados:** el salario mínimo que perciben los trabajadores desplazados a España se fijará atendiendo a las cuantías establecidas en las disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios colectivos según la categoría o grupo profesional en el que se encuentre el/la trabajadora desplazada según las funciones que desempeñe.¹¹⁷

-**Igualdad de trato y no discriminación:** en el Estatuto de los trabajadores viene recogido en el art.17 que se considerarán nulos y sin efecto cualquier regulación, cláusula contractual o acción que suponga una discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, edad dentro de los límites legalmente marcados, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua o discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate. Por lo que, los trabajadores desplazados a España tendrán también el derecho a recibir un trato de igualdad y no discriminación en el mercado laboral español. Se trata de un derecho derivado del contrato que se les reconoce a todos los trabajadores que presten un trabajo o servicio dentro del territorio español. Igualmente

marcados, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua o discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate; d) El trabajo de menores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores; e) La prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores; f) La no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial; g) El respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual; h) La libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión”.

¹¹⁷Artículo 4 LDT: “Los empresarios que desplacen trabajadores a España deberán garantizar a éstos la cuantía mínima del salario prevista en las disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios colectivos a que se refiere el artículo 3.4 para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado”.

se contempla la no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial desplazados a España.¹¹⁸

- **Trabajo de menores:** se prohíbe el desplazamiento de trabajadores menores de 16 años para trabajar en España, ya que es la edad mínima permitida por el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores para realizar una actividad laboral dentro del país. Asimismo, hasta que no cumplan los 18 años, los trabajadores desplazados no pueden realizar horas extraordinarias ni llevar a cabo trabajos nocturnos o trabajos considerados nocivos para su salud.¹¹⁹

- **Prevención de riesgos laborales:** a los trabajadores desplazados les será de aplicación la normativa recogida en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, en materia de prevención de Riesgos Laborales, especialmente las medidas de protección a las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente y la protección de los menores de edad.

- **El respeto a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores desplazados,** que incluye la protección frente a agresiones u ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

- **La libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión** les serán reconocidos también a los trabajadores desplazados.

De esta forma, se crea un entorno dinámico que garantiza la libertad de las empresas para desplazar a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacionales; pero siempre dentro de un clima de competencia leal y de protección y respeto a los derechos del trabajador desplazado. En conclusión, se evita las situaciones de discriminación laboral entre los trabajadores de un determinado Estado miembro, al

¹¹⁸Artículo 17.1 ET: “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo,

¹¹⁹Artículo 6.1, 2 y 3 ET: “1. Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años. 2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en las normas reglamentarias aplicables. 3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años”.

establecer un núcleo normativo duro de obligado cumplimiento, ya reconocido en la Directiva 96/71/CE.¹²⁰

3.3. Modificación operada por Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

En noviembre de 1999 se publica la Ley 45/1999, donde se regulan los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. En 2017 se aprueba un Real Decreto que introduce algunas modificaciones en las materias que regulaba la Ley 45/1999, fundamentalmente en materia de **comunicación de desplazamientos y control por la autoridad laboral de los mismos con mayor coordinación entre Estados**, entre las que se destacan las siguientes:

- Respecto de la obligación de comunicación de los empresarios a la autoridad laboral española de los desplazamientos a España, independientemente de su duración y antes de efectuarse, conforme art. 5 de la Ley 45/1999, el Real Decreto-ley 9/2017 **introduce la obligación de que esta comunicación se produzca a través de medios telemáticos-electrónicos**; debiendo el Ministerio de Empleo y Seguridad Social proporcionar, de acuerdo con las CCAA un registro electrónico central de tales comunicaciones.

Además, introduce **dos novedades en el contenido material de la comunicación**, en concreto, se solicita *que dentro de la comunicación se especifique los datos identificativos y de contacto de una persona física o jurídica presente en España que sea designada por la empresa como su representante, a efectos de notificaciones, recepción y envío de documentación, representación en procesos de negociación con los trabajadores desplazados en España, entre otros.*¹²¹

- **Se amplía la obligación de aportar documentación** prevista en el artículo 6 de la Ley 45/1999, ya que con el Real Decreto- Ley 9/2017.se establece *la disponibilidad de la documentación (contratos, recibos de salarios, registros de jornada, etc) durante los*

¹²⁰Exposición de motivos 2 y 3 de la Ley 45/1999; Casas Baamonde, M.E. y Del Rey Guanter ,S., Desplazamiento de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales. 1ªedición, Colección Estudios, Madrid, 2002, p.2 párrafo 2 y 3.

¹²¹Artículo sexto, apartado dos, punto 2 g) y h), Título IV del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo; artículo 5 de la Ley 45/1999.

*desplazamientos y a la finalización de los mismos. Debiendo comunicar si se ha producido algún cambio en la salud de los trabajadores desplazados.¹²² También contempla que se deberá presentar toda la documentación *traducida al castellano, o a las lenguas cooficiales del territorio donde se vayan a prestar los servicios.**

- Por último en relación al artículo 8 de la Ley 45/1999, el referido Real Decreto-Ley **amplía el grado de control y evaluación de los desplazamientos** por parte de las autoridades competentes, que realizarán *una evaluación global de los elementos fácticos, garantizando así que los desplazamientos sean reales y se lleven a cabo de conformidad con las normas establecidas para ello.*¹²³

4. DIRECTIVA 2018/957 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 28 DE JUNIO DE 2018.

4.1. Ámbito de aplicación y plazo de transposición

Las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de la Directiva 2018/957, tenían que ser adoptadas y publicadas por los Estados miembros como máximo el **30 de julio de 2020**, para dar cumplimiento a la normativa en materia de desplazamientos establecida en la presente Directiva.

Por lo tanto, la situación actual del “Covid19”, que desgraciadamente ha afectado a todos los países, ha retrasado en los Estados Miembros la transposición, mientras tanto la Directiva 96/71/CE seguirá siendo aplicable en su redacción anterior a las modificaciones introducidas por la nueva Directiva.¹²⁴

Con respecto a su ámbito de aplicación, la Directiva 2018/957 se aplicará a todos los Estados Miembros en materia de desplazamientos temporales para la prestación de servicios.¹²⁵

¹²² Artículo sexto, apartado tres del Título IV del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo; Artículo 6 apartados 1-5 de la Ley 45/1999.

¹²³ Artículo sexto apartado cinco, Título IV del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo; art.8 bis Ley 45/1999.

¹²⁴ Artículo 3 de la DIRECTIVA (UE) 2018/957 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 28 de junio de 2018.

¹²⁵ Artículo 5 de la DIRECTIVA (UE) 2018/957 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 28 de junio de 2018

4.2. Contenido y modificación de la regulación actual

El objetivo de la Comunidad Europea de garantizar, como principios básicos del mercado interior, **la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios** se mantiene vigente tanto en la Directiva 96/71 como en la nueva Directiva. No obstante, la Directiva aprobada en 2018 trata de **mejorar los derechos de los trabajadores desplazados temporalmente, fundamentalmente crea la figura del desplazado de larga duración al que se le va a aplicar el principio de igualdad de trato con los nacionales del país de destino y se va a controlar y tratar de evitar el fraude en desplazamientos que realmente son contrataciones en destino.**

Se mantiene la libre prestación de servicios; definiéndola como el derecho de todo empresario, dentro de la UE, de prestar servicios para empresas de otros países y desplazar a sus trabajadores para que lleven a cabo dicha prestación. Quedando prohibidas cualquier acción que restrinja este principio de la libre prestación de servicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Tratado Fundacional de la Unión Europea.¹²⁶

La nueva Directiva sigue contemplando y regulando tres tipos de desplazamientos:¹²⁷

- 1) Desplazamiento que se produce en el marco de una prestación directa de servicios entre el trabajador y la empresa,
- 2) Desplazamiento entre empresas del mismo grupo (desplazamiento intra-grupo)

¹²⁶ Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, considerando 1 y 2: “Considerando que, con arreglo a la letra c) del artículo 3 del Tratado, la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios constituye uno de los objetivos de la Comunidad,” Considerando que, por lo que respecta a la prestación de servicios, toda restricción en razón de la nacionalidad o la residencia está prohibida por el Tratado a partir del final del período transitorio”; Directiva 2018/957, por la que se modifica la Directiva 96/71/CE sobre desplazamientos de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, en el considerando 1 y 2 establece que: “La libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios son principios fundamentales del mercado interior consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La Unión profundiza en la aplicación y cumplimiento de estos principios con el fin de garantizar la igualdad de condiciones para todas las empresas y el respeto de los derechos de los trabajadores. La libre prestación de servicios incluye el derecho de las empresas a prestar servicios en el territorio de otro Estado miembro y a desplazar temporalmente a sus propios trabajadores al territorio de otro Estado miembro con ese fin. De conformidad con el artículo 56 del TFUE, quedan prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación”

¹²⁷ INSIGHTS: Novedades en la legislación europea sobre desplazamientos de corta duración, 2018. Disponible en: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/novedades-en-la-legislacion-europea-sobre-desplazamientos-de-corta-duracion/>

- 3) Desplazamiento en el marco de un contrato de prestación de servicios transnacional entre la empresa de trabajo temporal o agencia de colocación y la empresa usuaria.

Entre las modificaciones que se recogen en la nueva Directiva las más destacables son las siguientes:

❖ **Mayor control de los Estados miembros y de la Comisión Europea en los desplazamientos para garantizar la efectividad de las Directivas**

La Directiva 2014/67/CE ya propone la necesidad de evaluación de los desplazamientos temporales y la regulación existente en la UE después de 20 años de su aprobación, fundamentalmente preocupa el equilibrio entre proteger los derechos de los trabajadores desplazados, a la vez que se fomenta su desplazamiento y las relaciones transnacionales, y se garantiza una equidad entre las condiciones laborales de los trabajadores nacionales y los desplazados, es decir, una competencia justa y equitativa dentro del territorio europeo; se trata de conseguir una verdadera convergencia social dentro de la Comunidad Europea¹²⁸, llevando a efecto un llamamiento a la responsabilidad de los Estados miembros y de la Comisión Europea de controlar y recabar datos sobre el número de trabajadores desplazados.

❖ **Principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad**

En la modificación del 2018 se resalta este principio *ya no solo entre mujeres y hombres desplazados, sino que también se reconoce la igualdad en todos los tipos de relación laboral que se formalicen, ya sea entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, entre indefinidos o trabajadores con contratos de duración determinada, e incluso entre trabajadores de una empresa de trabajo temporal y los de la empresa usuaria.*¹²⁹

De esta forma, los Estados tras la nueva Directiva deberán garantizar igualdad de trato en materias como *la jornada máxima de trabajo, los períodos mínimos de descanso; el número mínimo de días de vacaciones que le corresponde al trabajador; la*

¹²⁸ Directiva 2018/957, considerando 4: “Más de veinte años después de su adopción, se ha hecho necesario evaluar si la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sigue logrando el equilibrio adecuado entre la necesidad de fomentar la libre prestación de servicios y garantizar condiciones de competencia equitativas, por un lado, y la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores desplazados, por otro. Con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas y alcanzar una verdadera convergencia social, junto con la revisión de la Directiva 96/71/CE debe darse prioridad a la aplicación y ejecución de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo”

¹²⁹ Directiva 2018/957, considerando 4

remuneración, y su incremento por horas extraordinarias; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; la prevención y protección en el trabajo de las mujeres embarazadas o tras dar a luz; igualdad en las condiciones de los desplazamientos de los trabajadores cedidos por una ETT; igualdad en las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo de los niños y de los jóvenes; igualdad de trato entre hombres y mujeres; igualdad en las normativas para evitar cualquier forma de discriminación laboral; igualdad en la determinación de las condiciones de alojamiento de los trabajadores, cuando el empleador se las proporcione a trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual; igualdad en 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 profesionales.

❖ **Núcleo normativo**

En ambas directivas se reconoce y garantiza la protección de los trabajadores mediante el respeto y la aplicación de un conjunto de normas laborales básicas del país de desplazamiento (**núcleo normativo**). Es decir, que se deben respetar una serie de normas básicas del país de desplazamiento por el país de origen, para garantizar una mínima igualdad y equidad entre los trabajadores de diferentes países; y proteger a los trabajadores desplazados del dumping social. *En la Directiva del 2018, concretamente en su considerando 7 y 8, no solo se reconoce este núcleo normativo de obligado cumplimiento, sino que se contempla una nueva situación, al producirse el desplazamiento de trabajadores de su lugar habitual de prestación de servicios dentro del Estado de acogida a otro Estado. En este caso, tendrán derecho a recibir las mismas condiciones de alojamiento que se les conceden a los trabajadores desplazados de ese país de acogida, es decir, tendrán derecho a los mismos complementos y reembolsos de estancia, viaje, alojamiento y manutención que se les concede a aquellos trabajadores que por motivos de trabajo deben irse de su domicilio*¹³⁰.

❖ **Protección de los trabajadores desplazados durante su desplazamiento**

En la Directiva del 2018 se protege a los trabajadores desplazados estableciendo disposiciones obligatorias sobre las condiciones de trabajo y la protección de la salud y la

¹³⁰ Considerando 7 y 8 de la Directiva 2018/957.

seguridad de los trabajadores que deben respetarse. Pero esto no implica la posibilidad de que los nuevos preceptos afecten en modo alguno a los derechos fundamentales que se reconocen en las legislaciones nacionales de los Estados miembros como son la libertad de huelga o el derecho a negociar convenios colectivos.¹³¹

❖ **Desplazamientos prolongados durante más de 12 o 18 meses**

En la Directiva 2018/957, concretamente en el Considerando 9, se reconoce y acepta la posibilidad de que el desplazamiento pueda prorrogarse más de doce meses, incluso 18 meses, siempre y cuando el empresario que presta sus servicios en otro Estado Miembro presente la notificación de la prórroga del desplazamiento y esta se encuentre suficientemente motivada. *En estos casos, el trabajador tendrá derecho a que su empleador le garantice unas condiciones laborales adicionales, y el Estado miembro de acogida deberá cerciorarse que realmente el empleador se las haya concedido, y que se le apliquen obligatoriamente al trabajador desplazado en su territorio.* Estas condiciones adicionales se les concederán también a aquellos trabajadores desplazados con el objetivo de sustituir a otro trabajador desplazado anteriormente, de esta manera se consigue evitar que el empleador use las sustituciones para eludir responsabilidades exigidas y recogidas por las normas comunitarias aplicables. Cuando

un trabajador es sustituido por otro, y este por tanto lleve a cabo el mismo trabajo y en el mismo lugar, la duración del desplazamiento será, la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de cada uno de los trabajadores desplazados. De igual forma, al reconocer desplazamientos superiores a los doce meses se produce un choque entre el principio europeo de la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores a no ser sometidos a desplazamientos temporales que perduran en el tiempo, perdiéndose así el concepto de temporalidad. Por ello, aunque en la normativa europea se reconozcan los desplazamientos superiores a los doce meses o incluso desplazamientos de hasta dieciocho meses, siempre se exige para su admisión, conforme a lo establecido en la jurisprudencia, que la decisión debe cumplir con las siguientes características: en primer lugar que se

¹³¹ IBERLEY: Publicadas las modificaciones en la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, 2018. Disponible en: <https://www.iberley.es/noticias/publicadas-modificaciones-directiva-sobre-desplazamiento-trabajadores-efectuado-marco-prestacion-servicios-28996> / INSIGHTS (2018). Novedades en la legislación europea sobre desplazamientos de corta duración. Disponible en: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/novedades-en-la-legislacion-europea-sobre-desplazamientos-de-corta-duracion/>

encuentre suficientemente motivada y justificada; que sea proporcionada; necesaria; o que se base en el beneficio del interés general.¹³²

En este sentido cuando la duración del desplazamiento exceda de los 12 meses o de forma excepcional de los 18 meses, los Estados miembros deberán controlar y garantizar que sus empresarios, además de respetar unas condiciones mínimas laborales (la remuneración y los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención), deberán garantizar la **igualdad laboral entre los trabajadores desplazados y los trabajadores locales**, aplicando todas las condiciones de trabajo del Estado de destino, excepto la forma y condiciones de celebración y resolución de contratos, así como los regímenes complementarios de jubilación.¹³³

❖ **Principio de igualdad laboral de los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal**

Desde la Directiva 2008/104/CE del Parlamento y del Consejo se ha establecido un principio de igualdad de trabajadores que tanto las empresas de trabajo temporal (en adelante ETT) como las empresas usuarias deben respetar en los movimientos transnacionales. Este principio consiste en que el trabajador cedido y desplazado por una ETT a una empresa usuaria de otro Estado miembro diferente, tiene los mismos derechos que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, es decir, que al igual que se aplica el criterio de igualdad de derechos entre trabajadores cedidos por una ETT y los contratados directamente por la empresa usuaria en un mismo Estado, se aplica dicho criterio en los casos de desplazamiento. Por ello, la ETT deberá ser informada por la empresa usuaria del salario y las condiciones que tienen sus propios trabajadores, y que por tanto de igual manera se le concederán al trabajador cedido. No obstante, en la modificación de 2008 de la Directiva, concretamente en su artículo 5, apartados 2 y 3 se establecen excepciones que anulan la obligación de informar a la ETT de las condiciones laborales que tienen los trabajadores de la empresa usuaria, ya que esta puede establecer condiciones diferentes en materias como la remuneración, cuando el trabajador cedido

¹³² Considerando 10 y 11 de la Directiva 2018/957.

¹³³ ZARZA, R.: “A los desplazados de larga duración en la UE se les aplicarán todas las condiciones laborales del Estado de destino”, 2018, Garrigues Comunica. Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/los-desplazados-de-larga-duracion-en-la-ue-se-les-aplicaran-todas-las-condiciones-laborales.

tiene un contrato indefinido con la ETT.¹³⁴

Asimismo, se contempla la posibilidad de que un trabajador sea desplazado temporalmente por la empresa usuaria a otro estado de miembro diferente a su lugar habitual de trabajo, en cuyo caso la Directiva del 2018 establece que se le deberá informar a la agencia de colocación o a la ETT de la nueva situación laboral del trabajador y que se le apliquen las condiciones de trabajo que le sean más favorables.¹³⁵

❖ Igualdad salarial y transparencia en las condiciones de trabajo

En la Directiva de 2018 desaparece el término salario mínimo que es sustituido por el de remuneración, debido a que es un concepto más amplio y engloba todos aquellos conceptos retributivos obligatorios de acuerdo con la legislación nacional del país al que se produce el desplazamiento.¹³⁶

En esta nueva Directiva se introduce un concepto de **igualdad salarial**, es decir, se lucha por conseguir paridad entre el salario que percibe el trabajador desplazado y el salario del trabajador local fijado por las normas nacionales. El salario aplicable al trabajador desplazado se fijará atendiendo a la cuantía bruta de la remuneración. Por ello, es necesario que los elementos constitutivos de la remuneración queden identificados detalladamente; *consiguiéndose así que los trabajadores desplazados reciban como mínimo los mismos complementos o los mismos reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención por su estancia fuera de su domicilio por motivos profesionales que los aplicables a los trabajadores locales en dicho Estado miembro. Igualmente, este principio será de aplicación para los gastos que deriven del traslado de los trabajadores desplazados cuando estén obligados a viajar hacia y desde su lugar de trabajo habitual en el Estado miembro de acogida.*¹³⁷ Cabe resaltar que, no se considerará parte de la remuneración a

¹³⁴ Artículo 5 apartado 2 del Convenio 2008/104/CE: “Por lo que se refiere a la remuneración, los Estados miembros podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones a las disposiciones contempladas en el apartado 1 cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones”.

¹³⁵ Considerando 13 de la Directiva 2018/957.

¹³⁶ INSIGHTS (2018). Novedades en la legislación europea sobre desplazamientos de corta duración. Disponible en: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/novedades-en-la-legislacion-europea-sobre-desplazamientos-de-corta-duracion/>

¹³⁷ Comentario realizado el 17/07/2018 por IBERLEY: “deben recibir al menos los mismos complementos o los mismos reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención por estancia de un trabajador fuera de su domicilio por motivos profesionales que los aplicables a los trabajadores locales en dicho Estado miembro”. Disponible

computar, los gastos derivados del desplazamiento, como gastos de viaje, alojamiento, dietas y manutención; correspondiéndole a los Estados miembros fijar y redactar normativas sobre el reembolso de los gastos. Es un concepto que presenta cierta inseguridad, por ello en esta directiva se resalta la importancia de la **claridad y transparencia**; y se establece como criterio único que todos los elementos se considerarán gastos reembolsables cuando son causados por el desplazamiento, salvo los casos en los que las legislaciones, reglamentos, convenios colectivos, laudos arbitrales o acuerdos contractuales fijen y determinen cuáles son los elementos que forman parte del complemento de gastos reembolsables y cuáles de la remuneración. Por ello, para conseguir acabar con la inseguridad, en el Considerando 21 de dicha Directiva se resalta la obligación en la claridad y transparencia de los convenios colectivos, acuerdos, leyes o laudos que fijen los elementos que se van a considerar parte de la remuneración.¹³⁸

Se exige la obligación en los Estados Miembros de publicar **la información sobre las condiciones de trabajo en el sitio web nacional oficial único, así como mantenerlo actualizado periódicamente y garantizar la veracidad de la información**, lo que afecta a los elementos constitutivos de la remuneración que sean obligatorios, así como el conjunto adicional de condiciones de trabajo aplicables a los desplazamientos de una duración superior a 12 o 18 meses. La publicación de la información en la web oficial también será tenida en cuenta a la hora de sancionar a empresas dentro del territorio europeo por incumplimiento de las condiciones de trabajo que han de garantizarse a los trabajadores desplazados. Dicha sanción debe ser proporcionada, y acorde con la normativa publicada en el sitio web nacional oficial, que debe basarse y respetar lo establecido en las directivas europeas. Por tanto, en esta nueva Directiva se profundiza en las medidas de vigilancia y control, y en concreto se establece la obligación estatal de crear un régimen sancionador.¹³⁹

en: <https://www.iberley.es/noticias/publicadas-modificaciones-directiva-sobre-desplazamiento-trabajadores-efectuado-marco-prestacion-servicios-28996>

¹³⁸ Considerando 21 de la Directiva 2018/957; Comentario 28/06/2018 de la página: http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Directiva_2018_957

¹³⁹ INSIGHTS (2018). Novedades en la legislación europea sobre desplazamientos de corta duración. Disponible en: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/novedades-en-la-legislacion-europea-sobre-desplazamientos-de-corta-duracion/> Comentario realizado el 17/07/2018 por IBERLEY: “en relación con el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE, está justificado extender a los Estados miembros la obligación de publicar la información sobre las condiciones de trabajo en el sitio web nacional oficial único, los elementos constitutivos de la remuneración que sean obligatorios, así como el conjunto adicional de condiciones de trabajo aplicables a los desplazamientos de una duración superior a 12

Continuando con la **igualdad salarial**, cabe matizar que la equiparación salarial entre trabajadores locales y cedidos no se ha aplicado en todos los sectores por igual. El sector del *transporte internacional por carretera (el sector de los camioneros)* es uno de ellos. Ante esta situación en la Directiva 2018/957, se contempla por primera vez la importancia de la regulación de la movilidad del trabajo a través del transporte internacional por carretera. *Estableciéndose como necesarias normas específicas que regulen dicha situación, consiguiendo así hacerle frente al fraude y los abusos que se producen en la movilidad por carretera.*¹⁴⁰

❖ **Lucha contra el fraude relacionado con el desplazamiento de trabajadores**

Otro principio introducido en esta nueva normativa es la lucha contra el fraude que se produce en los desplazamientos de los trabajadores. Para ello, establece la necesidad de llevar a cabo, por parte del Parlamento Europeo y del Consejo, mecanismos de seguimiento, evaluación y control de los abusos y fraudes que se producen en los desplazamientos; deben promover, fortalecer, y mejorar la eficacia de la comunicación entre los diferentes Estados miembros, para luchar en conjunto contra el fraude. Asimismo, establece la necesidad de adoptar medidas concretas como aumentar el poder transnacional de las inspecciones, investigaciones e intercambios de información entre las autoridades u organismos competentes de los Estados miembros afectados. Para ello se les debe dotar a las autoridades europeas de las herramientas de inspección necesarias para llevar a cabo esta lucha contra el abuso y el fraude que acompaña a los desplazamientos de trabajadores.¹⁴¹

o, en su caso, 18 meses, en virtud de la presente Directiva. Cada Estado miembro debe garantizar que la información contenida en el sitio web nacional oficial único es exacta y que es actualizada periódicamente. Cualquier sanción que se imponga a una empresa por incumplimiento de las condiciones de trabajo que han de garantizarse a los trabajadores desplazados debe ser proporcionada, y la fijación de la sanción debe tener en cuenta, en particular, si la información ofrecida en el sitio web nacional oficial único”.

¹⁴⁰ Comentario realizado el 17/07/2018 por IBERLEY: “Como habíamos adelantado en nuestra noticia Aprobada por la UE la equiparación salarial de trabajadores desplazados y locales., la inaplicación a sectores como los de camioneros ha sido necesaria para que el Gobierno español secundara el acuerdo, en este sentido el texto especifica En el considerando 15 y art. 3.3, específicamente: «(15) Debido a la elevada movilidad del trabajo en el transporte internacional por carretera, la aplicación de la presente Directiva en ese sector plantea problemas y dificultades jurídicas particulares, que se deben abordar, en el marco del paquete sobre movilidad, mediante normas específicas para el transporte por carretera que también refuercen la lucha contra el fraude y los abusos.»

«3. La presente Directiva se aplicará al sector del transporte por carretera a partir de la fecha de aplicación de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y que establezca normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de conductores en el sector del transporte por carretera.”

¹⁴¹ Comentario realizado el 17/07/2018 por iberley: “el carácter transnacional de ciertas situaciones de fraude o abusos en relación con el desplazamiento de trabajadores justifica la adopción de medidas concretas para reforzar la dimensión

5. CONCLUSIONES

Primera.- El contrato internacional de trabajo está regulado mediante Reglamentos comunitarios que garantizan **que las normas de DIPr que determinan la competencia judicial internacional y el derecho laboral aplicable, son comunes para todos los Estados Miembros de la Unión Europea e interpretadas exclusivamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que garantiza homogeneidad absoluta**, en una materia fundamental para el espacio social y económico común europeo, teniendo en cuenta el principio de libre circulación de trabajadores y de libre prestación de servicios por parte de las empresas comunitarias.

Segunda.- En la actualidad la globalización de los mercados ha producido un fenómeno de dumping social, que consiste en el desplazamiento de trabajadores desde países donde las condiciones laborales son menos favorables a países de destino con mejores condiciones laborales, pero sin embargo se mantiene a estos trabajadores con las condiciones inferiores en el país de destino, todo ello con el objetivo de reducir costes aprovechándose de los bajos salarios y de las pobres condiciones laborales, pudiendo así competir con bajos costes salariales frente a otras empresas de esos países de destino. Lo que supone una forma de explotación de seres humanos y fomenta grandes beneficios empresariales en países donde los costes salariales de personal son más elevados y, en consecuencia, esta situación y la empleabilidad de mano de obra de bajo coste producen una gran destrucción de empleo no precario.

Esta situación afecta también dentro de la Unión Europea, de ahí la importancia de las Directivas que la Unión Europea ha ido elaborando y que los Estados Miembros a través de sus normativas internas han ido trasponiendo y aplicando, a fin de paliar estas situaciones, si bien queda constatado que muy débilmente, de ahí la necesidad de revisar la normativa aplicable.

transnacional de las inspecciones, investigaciones e intercambios de información entre las autoridades u organismos competentes de los Estados miembros afectados. A tal fin, en el marco de la cooperación administrativa prevista en las Directivas 96/71/CE y 2014/67/UE, en particular en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2014/67/UE, las autoridades u organismos competentes deben disponer de los medios necesarios para alertar de la existencia de las mencionadas situaciones e intercambiar información con el fin de prevenir y luchar contra el fraude y los abusos.”

Tercera.- El hecho de aplicar conforme a la regulación del art.8.2 del R. Roma I la ley del país de prestación habitual de los servicios, aunque se esté trabajando como desplazado temporal en otro país con condiciones laborales mejores, ha tenido que ser corregido por la normativa europea, de una forma tímida inicialmente y cada vez con mayor amplitud, **garantizando que al menos un “núcleo duro” de condiciones laborales (jornada, salario, derechos sindicales y fundamentales, prevención de riesgos, entre otros) se equiparen, durante el desplazamiento, a las vigentes en el país de destino, siempre y cuando estas mejoren las del país de origen donde habitualmente estos trabajadores desplazados prestaban los servicios.**

La Unión Europea ha modificado su posicionamiento y combatido ese dumping social, garantizándose así unos mínimos derechos laborales a los trabajadores desplazados, que se encuentran recogidos en la Directiva 96/71 y que en España se han incorporado a través de la Ley 45/1999.

Cuarta.- Pero este núcleo mínimo no es suficiente, **hay que evaluar la Directiva 96/71, combatir el fraude que se está produciendo con desplazamientos temporales** y buscar el equilibrio adecuado entre el fomento de la libre prestación de servicios entre los Estados garantizando condiciones de competencia equitativas, por un lado, y la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores desplazados, por otro.

Como resultado de ese debate, el 28 de junio de 2018 el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE elaboraron **la Directiva 2018/957**, que se encuentra pendiente de transposición y que promete cambios relevantes en materia de desplazamientos internacionales de trabajadores y en la contratación internacional.

Hay que valorar positivamente como la nueva directiva añade una protección más elevada del trabajador, instaurando la obligación de respetar las condiciones de trabajo del país de destino en materia de remuneración, que engloba mucho más que un salario mínimo. Obligatoriedad altamente beneficiosa para el trabajador, **aunque en los desplazamientos temporales de otros países a España ya nuestra Ley 45/1999 recoge, a diferencia de lo que sucede en otros Estados Miembros, la aplicación a los trabajadores desplazados de los estándares salariales recogidos en los convenios colectivos.** Pero si tendrá especial importancia en el desplazamiento a otros países, con

niveles salariales bastante elevados. De hecho, probablemente afectará negativamente a los desplazamientos de trabajadores de España a otros Estados, ya que el coste salarial será mayor. **Por lo que, los desplazamientos a países con estándares laborales elevados se harán cuando sea estrictamente necesario, evitando así el dumping social.**

Quinta.- La nueva Directiva del 2018, contiene una novedosa regulación sobre los desplazamientos que superen los 12 meses o 18 meses (en el caso de que se presente una notificación motivada), que consiste en que el trabajador desplazado pasará a regirse íntegramente por la legislación laboral del país de destino, ya no solo por el núcleo duro. Por tanto, **se garantiza en los desplazamientos de larga duración la igualdad de trato con los trabajadores del país de destino. De esta forma se penalizan los desplazamientos temporales de larga duración y solo se llevan a cabo cuando son necesarios.**

No obstante, en materia de los regímenes complementarios de jubilación y en las normativas sobre extinción y contratación no se aplicará la normativa del país de acogida en desplazamientos largos, por lo que habrá que trabajar en ello en las siguientes directivas.

En los próximos meses se podrá valorar la efectividad de esta nueva Directiva a través de sus trasposiciones en cada Estado miembro, paralizadas actualmente por el “Covid-19”, pero en principio promete mejorar **la protección de los trabajadores desplazados.**

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO UREBA, A., Código Unión Europea, Wolters Kluwer España, Madrid, 2008.
- BURGOS GOYE, C.: “Trabajadores transferidos y prestación transnacional de servicios”, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J. L., Dir., FERNÁNDEZ AVILES, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.,Coord.): *Comentario en la Ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social* (LO 4/2000 y RD 557/2011). Comares. Granada, 2013.
- CASAS BAAMONDE, M.E. Y DEL REY GUANTER, S., Desplazamiento de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales. 1ª edición, Colección Estudios, Madrid, 2002.
- CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Contenido del Derecho Internacional Privado”. Derecho internacional privado, Vol. I., 18ª ed., Comares, Granada, 2018.
- CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: Derecho Internacional Privado, Vol.

II., Comares, Granada, 2016.

- ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: Derecho Internacional Privado, 12ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ESPLUGUES MOTA, C.: Derecho Internacional Privado, 7ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S.: Derecho Internacional Privado, Ed. Civitas. Madrid, 2018.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: Derecho Internacional Privado, Ed. Civitas. Madrid, 2016.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Sectores del Derecho internacional privado*. Derecho internacional privado ,3ª Ed., Civitas, Madrid, 2018.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J: Derecho internacional privado, Ed. Civitas, Madrid, 2017.
- GÁRATE CASTRO, J. Desplazamientos Transnacionales de Trabajadores, Pamplona, 1ª Ed., Aranzadi, 2011, pág. 106.
- RODRÍGUEZ BENOT, A.: Manual de Derecho Internacional Privado, Tecnos, Madrid, 2018.

Jurisprudencia

- STJUE de 15 de julio 1964 (As. 6-64).
- STJUE del 3 de julio de 1986 (As. 66/85).
- STJCE de 27 de marzo de 1990 (As. C-113/89).
- STJCE de 26 de febrero de 1992 (As. C-3/90).
- STJCE 10 de abril de 2003 (As. C-437/00).
- STSJ Cataluña (Sala de lo Social) de junio de 2004.
- STSJ Madrid (Sala de lo Social) del 24 de marzo de 2006.
- STJUE de 15 de marzo de 2011 (As. C-29/10).
- STJUE de 15 de diciembre de 2011 (As. C-384/10).
- STJUE de 19 de julio de 2012 (As. C-154/11).
- STSJ Asturias (Sala de lo Social) del 1 de febrero de 2013.
- STSJ Islas Canarias (Sala de lo Social) de 17 de octubre de 2013.
- STSJ Madrid de 11 de junio de 2014.

- STSJ Madrid (Sala de lo Social) de 10 de junio de 2015.
- STJUE del 10 de septiembre de 2015 (As. C-47/14).
- STSJ Asturias (Sala de lo Social) de 13 de septiembre de 2016.
- STJUE 14 de septiembre de 2017 (As. C-168/16 / C-169/16).
- STJUE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007 (As. C-438/05).
- STJCE (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007 (As. C-341/05).
- STJUE (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008 (As. C-346/06).
- STJUE (Sala Primera) de 19 de junio de 2008 (As. C-319/06).

Recursos web

- Comentario 28/06/2018 de la página:
http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Directiva_2018_957_
- INSIGHTS. Novedades en la legislación europea sobre desplazamientos de corta duración. 2018. Disponible en: <https://www.osborneclarke.com/es/insights/novedades-en-la-legislacion-europea-sobre-desplazamientos-de-corta-duracion/>
- IBERLEY Publicadas las modificaciones en la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. 2018. Disponible en: <https://www.iberley.es/noticias/publicadas-modificaciones-directiva-sobre-desplazamiento-trabajadores-efectuado-marco-prestacion-servicios-28996/>
- KRAATZ, S., “El desplazamiento de trabajadores”. Fichas técnicas sobre la Unión Europea – 2019. Parlamento Europeo, pág.2, párrafo 1: “los trabajadores desplazados seguían estando asegurados en el sistema del país de origen siempre que el desplazamiento dure, en general, menos de dos años”. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.1.13.pdf
- ZARZA, R.: “A los desplazados de larga duración en la UE se les aplicarán todas las condiciones laborales del Estado de destino”, 2018, Garrigues Comunica. Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/los-desplazados-de-larga-duracion-en-la-ue-se-les-aplicaran-todas-las-condiciones-laborales.

Legislación europea (Tratados, Reglamentos, Directivas y Convenios entre EEMM UE)

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Reglamentos:

- Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

- Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Directivas:

- 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.
- Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos del Consejo (CEE).
- Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, 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.
- Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.
- Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

Convenio:

- Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980.

Legislación autónoma

- Constitución Española, Cortes Generales, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.
- Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.