



Universidades Lusíada

Gárate Castro, Francisco Javier

Un nuevo punto de equilibrio entre la libre prestación de servicios y la protección del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional : la modificación de la directiva 96/71/CE por la directiva (UE) 2018/957

<http://hdl.handle.net/11067/5507>

Metadata

Issue Date 2019

Abstract The protection of workers temporarily posted to another Member State of the European Union or the European Economic Area in order to fulfil their company a transnational services' provision has never been a peaceful matter. The solution given by Directive 96/71/EC was accompanied, from the very moment that this text has seen the light, more than twenty years ago, of a lively internal and external polemic to the Union. The point at which the directive placed the balance between that protection an...

Keywords Direito do trabalho - Países da União Europeia

Type article

Peer Reviewed yes

Collections [ULL-FD] Minerva, v. 09, n. 02 (2019)

This page was automatically generated in 2025-04-26T13:52:29Z with information provided by the Repository

UN NUEVO PUNTO DE EQUILIBRIO ENTRE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR DESPLA- ZADO EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL: LA MODI- FICACIÓN DE LA DIRECTIVA 96/71/CE POR LA DIRECTIVA (UE) 2018/957

Francisco Javier Gárate Castro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

Sumario: 1. General; 2. Los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión y, en concreto, los inherentes al desarrollo de las relaciones colectivas, no pasan a estar por encima de la libre prestación de servicios; 3. Mejora de la protección del trabajador desplazado mediante la ampliación de las condiciones de trabajo y empleo sometidas a su disfrute con arreglo a la más ventajosa regulación que reciban en la normativa nacional del Estado de acogida: 3.1. *Mejora fruto de las letras h) e i) del nuevo texto del apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE*; 3.2. *La garantía de la percepción de un salario no inferior al de los trabajadores locales*; 3.3. *Una protección especial reforzada: las condiciones de trabajo garantizadas en los desplazamientos de larga duración*; 3.4. *Una segunda protección especial reforzada: las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores desplazados a raíz de su puesta a disposición de empresas usuarias (“cedência temporária”)*; 3.5. *El carácter común de la aplicación del convenio colectivo y del laudo arbitral como fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo y empleo garantizadas.*

Abstract: The protection of workers temporarily posted to another Member State of the European Union or the European Economic Area in order to fulfil their company a transnational services' provision has never been a peaceful matter. The solution given by Directive 96/71/EC was accompanied, from the very moment that this text has seen the light, more than twenty years ago, of a lively internal and external polemic to the Union. The point at which the directive placed the balance between that protection and the free

provision of services has not succeeded in completely satisfying anyone.

There are many voices that have blamed the directive for the establishment of a short, insufficient or unambitious protection, overfolding the demands of the free provision of services and influenced by the purpose of closing the loopholes to the possibility of avoiding the effective application of certain, more advantageous working conditions contained in the rules of police of the host State, open by the then-applicable Rome convention. In spite of having represented, in comparison with the preceding situation, an obvious advance of the protection of the posted workers, this social objective of the directive was overshadowed by which it appeared as its main or predominant objective, which was to prevent the host State from disallowing posted workers from a guardianship that hinders more than is necessary or, if disproportionately preferred, the free provision of services.

Time has come to give reason to those who maintained that protection could have been further carried out without falling into disproportionate constraints of free service provision. It is confirmed by the amendments to Directive 96/71/EC set out by directive (EU) 2018/957. Of these, a good part goes directly to the introduction of a major extension of the substantive protection in question.

The protection that has just been referred to takes on a greater elasticity, mainly because of its diversification according to the type of posting. On the other hand, it is more imperative for the Member States, in the sense that the application of certain contents ceases to be subject to the provisions of the national transposition regulations. The result of the changes is the establishment of a new equilibrium, more favourable for posted workers, between their protection and the free provision of services. Although the diversity of the national labour regulations of the home and host States continues to be respected, the space in which that diversity remained immune to protection is diminishing. The said diminution takes place in the terms explained in Paragraph 3 of this paper.

1. General

Precedida de un intenso debate, se ha adoptado finalmente, tras la superación de las dificultades que han tenido que sortear la propuesta elaborada por la Comisión y su tramitación posterior, la *Diretiva (UE) 2018/957 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de junho de 2018, que altera a Diretiva 96/71/CE relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços*.

El plazo del que disponen los Estados miembros para adoptar y publicar las disposiciones legales y reglamentarias necesarias para dar cumplimiento a las modificaciones llevadas a cabo finaliza el 30 de julio de 2020. Tales disposiciones sólo serán aplicables a partir de la indicada fecha. Hasta ella, sigue rigiendo la versión inicial y no modificada de la Directiva 96/71/CE y, por lo tanto, la normativa que en cada Estado miembro haya transpuesto lo establecido en dicha versión⁴⁶, cuya aplicación a los desplazamientos transnacionales de los trabajadores móviles del sector del transporte por carretera dan por hecho, de una u otra forma, el art. 9.1.b) de la Directiva 2014/67/UE⁴⁷ y el considerando 17 de la exposición de motivos del Reglamento (CE) nº 1072/2009⁴⁸. También son de aplicación a ese grupo de desplazamientos las modificaciones de que se trata; sin embargo, el que esto tenga lugar a partir del 30 de julio de 2020 depende de algo que no es seguro que suceda: que se produzca con anterioridad la puesta en práctica de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE en lo relativo al establecimiento para la actividad de transporte por carretera de normas sectoriales específicas sobre el desplazamiento de los conductores en relación con las Directivas 96/71/CE y 2014/67/

⁴⁶ Así, art. 3.1 de la Directiva (UE) 2018/957. En el caso de Portugal, la aludida normativa la componen los arts. 6, 7 y 8 del *Código do Trabalho*.

⁴⁷ *Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, respeitante à execução da Diretiva 96/71/CE relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços e que altera o Regulamento (UE) n.º 1024/2012 relativo à cooperação administrativa através do Sistema de Informação do Mercado Interno («Regulamento IMI»).*

⁴⁸ *Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009, que estabelece regras comuns para o acesso ao mercado do transporte internacional rodoviário de mercadorias*. De acuerdo con el citado considerando 17, "as disposições da Diretiva 96/71/CE (...) aplicam-se às empresas de transporte que efectuem operações de cabotagem".

UE⁴⁹. Si el 30 de julio de 2020 todavía no hubiese adoptado o no se hubiese puesto en práctica aquel acto legislativo, hasta que se produzca esto último permanecerán sin ser aplicables al sector del transporte por carretera las modificaciones dispuestas por la Directiva (UE) 2018/957⁵⁰.

Con las modificaciones de la Directiva 96/71/CE a las que se viene haciendo referencia:

- 1) Se determina con mayor exactitud qué prestaciones de servicios transnacionales cubiertas con trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.
- 2) Se mejora de forma importante la protección sustantiva otorgada a los trabajadores desplazados.
- 3) En coherencia y concordancia con lo que sobre iguales puntos dispone la Directiva 2014/67/UE⁵¹, se clarifica la vigilancia y el control a ejercer por los Estados de origen y de destino en relación con el cumplimiento, por parte de las empresas, de las obligaciones establecidas por esta última Directiva y por la

⁴⁹ Se dirige a la adopción del acto legislativo de que se trata la *proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2006/22/CE no que diz respeito aos requisitos de execução e estabelece regras específicas no que se refere à Diretiva 96/71/CE e à Diretiva 2014/67/UE para o destacamento de condutores do setor do transporte rodoviário* [COM(2017) 278 final - 2017/0121(COD)]. Las aludidas “regras específicas” son objeto del art. 2 de la propuesta.

⁵⁰ Así resulta de su art. 3.3. La explicación de ello la proporciona el considerando 15 de la exposición de motivos de la Directiva: “devido à natureza fortemente móvel do trabalho nos transportes rodoviários internacionais, a aplicação da presente diretiva nesse setor suscita problemas e dificuldades específicos de natureza jurídica, que devem ser abordados, no quadro do pacote relativo à mobilidade, através de regras específicas para o transporte rodoviário que reforcem também a luta contra a fraude e os abusos”.

⁵¹ Transpuesta al Derecho portugués por la Lei n.º 29/2017, de 30 de maio.

propia Directiva 96/71/CE⁵² y se precisa más⁵³, con objeto de mejorar su funcionamiento y eficiencia en la lucha contra los casos de fraude o incumplimientos relacionados con los desplazamientos, la coordinación y cooperación recíprocas que debe existir entre las autoridades y organismos competentes de los Estados miembros y de la Unión⁵⁴.

Son las modificaciones centradas en la mejora de la protección sustantiva de los trabajadores desplazados las únicas que ahora interesan. Tal grupo de modificaciones conducen a que dicha protección pase a una posición calificable de más equilibrada respecto de la libre prestación de servicios. Aunque se sigue partiendo del respeto a la diversidad de las regulaciones laborales nacionales de los Estados de origen y de destino, disminuye el espacio en el que hasta ahora esa diversidad permanecía inmune a la protección y aumenta, en igual grado, el conocido como “núcleo de reglas imperativas relativas à protecção mínima a

⁵² Se produce la expresada clarificación con la nueva redacción que recibe el art. 5 de la Directiva 96/71/CE.

A los escuetos términos de la redacción que aún rige, según los cuales “os Estados-membros tomarão as medidas adequadas em caso de não cumprimento da presente diretiva” y “assegurarão especialmente que os trabalhadores e/ou os seus representantes disponham de processos adequados para garantir o cumprimento das obrigações previstas” en ella, se añade: 1) que “o Estado-membro em cujo território o trabalhador está destacado e o Estado-membro a partir do qual o trabalhador é destacado são responsáveis pelo acompanhamento, pelo controlo e pela execução das obrigações estabelecidas na presente diretiva e na Diretiva 2014/67/UE e tomam as medidas adequadas em caso de não cumprimento da presente diretiva”; 2) que “os Estados-membros estabelecem as regras relativas às sanções aplicáveis em caso de violação do disposto nas disposições nacionais adotadas nos termos da presente diretiva e tomam todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação”; 3) que “as sanções previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas”; 4) que “se, na sequência de uma avaliação global efetuada por um Estado-membro nos termos do artigo 4.º da Diretiva 2014/67/UE, se apurar que uma empresa dá abusiva ou fraudulentamente a impressão de que a situação de um trabalhador é abrangida pelo âmbito de aplicação da presente diretiva, o Estado-membro em causa assegura que o trabalhador beneficie do direito e das práticas aplicáveis”; y 5) que “os Estados-membros asseguram que do presente artigo não resulte uma situação em que o trabalhador em causa fique sujeito a condições menos favoráveis que as aplicáveis aos trabalhadores destacados”.

⁵³ En la nueva redacción del párrafo primero del art. 4.2 de la Directiva.

⁵⁴ Entre los organismos de la Unión llamados a la coordinación y a la cooperación figura el “Comité de peritos sobre o destacamento de trabalhadores”, creado y regulado por la *Decisão da Comissão 2009/17/CE, de 19 de dezembro de 2008*, y la “Plataforma europeia para reforçar a cooperação no combate ao trabalho não declarado”, creada y regulada por la *Decisão (UE) 2016/344 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016*.

observar no país de acolhimento”⁵⁵ por los empresarios que desplacen temporalmente a su territorio a trabajadores con objeto de cubrir con ellos la prestación de servicios justificativa del desplazamiento. Esa situación de disminución de una cosa y de simultáneo aumento de otra se produce en dos planos:

- 1) Se reduce el catálogo de las condiciones de trabajo sometidas a la ley bajo la cual hayan celebrado el contrato de trabajo el trabajador desplazado y su empresa. Se reduce con carácter general y, de modo particular, tanto en los que cabe denominar, en expresión de la Directiva (UE) 2018/957⁵⁶, desplazamientos de “longa duração” (de más de doce o, en su caso, dieciocho meses) como en los desplazamientos de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, donde la aplicación de determinadas condiciones de trabajo de acuerdo con la normativa nacional del Estado de acogida deja de depender de lo que pueda disponer éste y pasa a ser impuesta por la propia Directiva 96/71/CE.
- 2) Los convenios colectivos y laudos arbitrales declarados de “aplicação geral” (o “universal”, en la versión en lengua española de las modificaciones) en el Estado de acogida pasan a formar parte de las fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo objeto de la protección cualquiera que sea la actividad definitoria de su ámbito funcional.

2. Los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión y, en concreto, los inherentes al desarrollo de las relaciones colectivas, no pasan a estar por encima de la libre prestación de servicios

Dispone ahora el art. 1 de la Directiva 96/71/CE, en su apartado 1-A añadido por la Directiva (UE) 2018/957, que: “A presente diretiva em

⁵⁵ Considerando 13 de la exposición de motivos de la Directiva 96/71/CE.

⁵⁶ Considerando 9 de la exposición de motivos.

nada afeta o exercício dos direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados-membros e a nível da União, incluindo o direito ou a liberdade de greve ou de desencadear outras ações abrangidas pelos sistemas de relações laborais específicos dos Estados-membros, em conformidade com o direito e/ou as práticas nacionais. Também não afeta o direito de negociar, celebrar e aplicar convenções coletivas ou o direito de ação coletiva, em conformidade com o direito e/ou as práticas nacionais". Se trata de un precepto que repercute sobre el modo en que interactúan los referidos derechos y la libre prestación de servicios en las situaciones de desplazamientos transnacionales de trabajadores. Tal declaración en absoluto es novedosa. Sus términos coinciden con los del art. 1.2 de la Directiva 2014/67/UE⁵⁷ y con los del art. 1.2 de la abortada propuesta de 21 de marzo de 2012 de *regulamento do Conselho relativo ao exercício do direito de ação coletiva no contexto da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços* (Monti II)⁵⁸; a su vez, tal propuesta tomaba como modelo, en este punto, lo establecido en *el Regulamento (CE) n.º 2679/98 do Conselho de 7 de dezembro de 1998, sobre o funcionamento do mercado interno em relação à livre circulação de mercadorias entre os Estados-membros* (Monti I)⁵⁹.

Podría parecer que el comentado apartado 1-A, igual que el art. 1.2 de la Directiva 2014/67/UE, de cuyos términos no se aparta un ápice, da lugar a una mejora de la protección, por suponer el reconocimiento de que el ejercicio de la autonomía colectiva y del empleo de medidas de conflicto colectivo, entre ellas la huelga, pasa a estar por encima de la libre prestación de servicios y es hábil para reforzar la protección del desplazado más allá de los términos establecidos por el Derecho de la Unión (la Directiva 96/71/CE) y de lo que en su transposición dispongan las normativas nacionales de los Estados miembros. Si así fuese, no cabe duda de que se estaría en presencia de una muy importante mejora de

⁵⁷ Véase supra nota 2.

⁵⁸ COM(2012) 130 final; 2012/0064(APP).

⁵⁹ La referida propuesta seguía los pasos del art. 2 del *Regulamento*, del siguiente tenor: "O presente regulamento não pode ser entendido como afectando de forma alguma o exercício de direitos fundamentais tal como reconhecidos nos Estados-membros, incluindo o direito ou a liberdade de greve. Estes direitos podem também incluir o direito ou a liberdade de desencadear outras ações abrangidas pelos sistemas específicos de relações laborais nos Estados".

la protección. Se asistiría a la admisión del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo y a la negociación colectiva para conseguir llevar la protección hasta la aplicación al trabajador desplazado de cualesquiera condiciones de trabajo y empleo que resulten más ventajosas con arreglo a la normativa del Estado de acogida o destino, aunque no figuren entre aquellas que contempla el art. 3 de la Directiva 96/71/CE; en suma, el cumplimiento de todas esas condiciones conseguidas mediante el ejercicio de medidas de conflicto colectivo y de la autonomía colectiva sería exigible por dicho Estado. Si se prefiere, se estaría abrogando la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia en sentencias (“acórdãos”) como la *Rüffert*⁶⁰, la *Laval*⁶¹ o, en el caso de la libertad de establecimiento, la *Viking Line*⁶².

Abandone el lector del precepto toda esperanza acerca de que éste conduzca o sirva de fundamento a una mejora como la indicada. Sería ingenuo atribuir al precepto la virtud de colocar los derechos de libre sindicación, de adopción de medidas de conflicto colectivo, entre ellas, señaladamente, la huelga, y de negociación colectiva y celebración de convenios colectivos por encima de la libertad de prestación de servicios⁶³.

⁶⁰ Sentencia de 3 de abril de 2008 (asunto C-346/06; ECLI:EU:C:2008:189).

⁶¹ Sentencia de 18 de diciembre de 2007 (asunto C341/05; ECLI:EU:C:2007:809). Advierte el Tribunal que la Directiva 96/71/CE no ampara que un Estado miembro imponga a las empresas de los trabajadores desplazados, ante la falta de normas estatales y de convenios colectivos de aplicación general determinando los importes mínimos de los salarios, la apertura de una negociación al respecto “caso a caso, no local de trabalho, tendo em conta a qualificação e as funções dos trabalhadores” (apartado 71). También que resultan contrarias al Derecho de la Unión las medidas de conflicto colectivo (bloqueo de actividades) adoptadas por una organización sindical del Estado de destino con objeto de forzar a la empresa prestadora del servicio a la referida negociación, así como a poner fin a su resistencia a adherirse a un convenio colectivo de dicho Estado que incluía cláusulas sobre materias no previstas en el art. 3.1, letras a) a g), de la versión a la sazón aplicable de dicha Directiva (apartado 111 y fallo.1º). Los interlocutores sociales (“os parceiros sociais”), como son los sindicatos, “não constituem entidades de direito público” y, por lo tanto, “não se podem basear” en el art. 3.10 de aquélla “para invocar razões de ordem pública, com vista a demonstrar a conformidade, com o direito comunitário, de uma acção colectiva” como la indicada (apartado 84).

⁶² Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-438/05; ECLI:EU:C:2007:772).

⁶³ Deja bien claro que esto no es así la exposición de motivos de la citada *proposta de regulamento do Conselho relativo ao exercício do direito de ação coletiva no contexto da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços*, donde se puede leer, por ejemplo, que aunque “os Estados-membros continuam a ter a faculdade de estabelecer as condições da existência e do exercício dos direitos sociais em questão”,

Desde luego, durante el período de desplazamiento los sindicatos pueden intentar, valiéndose, si fuese necesario, de medidas de conflicto colectivo, que el empresario de los trabajadores desplazados participe en el Estado de acogida, de acuerdo con el derecho y las prácticas nacionales, en una negociación colectiva que permita alcanzar pactos sobre la más efectiva aplicación de la protección que les dispensa la Directiva 96/71/CE y la normativa nacional que la haya transpuesto. Tampoco debería ofrecer duda la posibilidad de que el referido empresario, que siempre puede decidir de forma unilateral la mejora de la protección aplicable en virtud de la Directiva⁶⁴ y de su transposición en el Estado miembro de que se trate, responda afirmativamente, aunque nada le obligue a hacerlo, esto es, sin estar vinculado por un deber de negociar, a la propuesta de negociar un pacto o acuerdo colectivo sobre aquella mejora, convirtiéndola en bilateral. Asimismo, las medidas de conflicto colectivo llevadas a cabo en el Estado de acogida, entre ellas la huelga, sirven, antes y ahora, en la forma en que aparezcan reguladas en la correspondiente legislación nacional, para exigir y conseguir el exacto cumplimiento o, si se prefiere, para combatir los incumplimientos de las medidas que en dicho Estado sean transposición de lo dispuesto por el Derecho de la Unión (por la Directiva 96/71/CE) en relación con los desplazamientos afectados y las condiciones de trabajo que se deben garantizar a los trabajadores desplazados, de conformidad con dicho Derecho (en concreto, con el art. 3 de la Directiva 96/71/CE).

deben ejercitar dicha facultad respetando “o direito da União, designadamente as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços, que constituem princípios fundamentais da União consagrados no Tratado” (considerando 6); que “uma restrição a estas liberdades só é admissível se prosseguir um objetivo legítimo compatível com o Tratado e se se justificar por razões imperiosas de interesse geral” (considerando 7) o, en fin, que “o equilíbrio adequado entre um direito fundamental e uma liberdade fundamental, em caso de conflito, só será assegurado se a restrição a uma liberdade fundamental imposta por um direito fundamental não ultrapassar o que é adequado, necessário e proporcionado para exercer o direito fundamental. Inversamente, a restrição a um direito fundamental imposta por uma liberdade fundamental também não pode ultrapassar o que é adequado, necessário e proporcionado para exercer a liberdade fundamental” (considerando 13).

⁶⁴ Lo pone de relieve el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 3 de abril de 2008 (*Rüffert*), cit., en la que hace referencia (apartado 34) a la “faculdade de as empresas estabelecidas noutros Estadosmembros aderirem voluntariamente, no Estadomembro de acolhimento, designadamente no âmbito de um compromisso assumido para com o seu próprio pessoal destacado, a uma convenção colectiva de trabalho eventualmente mais favorável”.

En el anterior tipo de espacios desarrolla su alcance y fuerza el nuevo apartado 1-A del art. 1. El precepto no sirve para dar cobertura, en el Estado de acogida, a la adopción de medidas de conflicto colectivo, entre ellas la huelga, con objeto de lograr, sin incurrir en lesión de la libre prestación de servicios, el reforzamiento de la protección del trabajador desplazado más allá de lo que lo que el Derecho de la Unión (de nuevo, la Directiva 96/71/CE) permite a la norma estatal que pretenda constituir transposición adecuada de aquél (del art. 3 de la Directiva). Nada ha cambiado; hay que contar con que se seguirá considerando que lesiona la libre prestación de servicios la medida de conflicto colectivo dirigida a presionar a la empresa del trabajador desplazado para que se avenga a no aplicar a éste, durante su desplazamiento, la legislación del Estado de origen relativa a aquellas condiciones menos ventajosas que las disfrutadas por los contratados en el Estado de acogida y que no estén cubiertas por el ámbito material de la protección que define el art. 3 de la Directiva 96/71/CE. La tutela que la legislación del Estado de acogida dispense al ejercicio en su territorio de los derechos colectivos de los trabajadores no es hábil para llevar la protección de los desplazados más allá de lo que autoriza el referido precepto de la Directiva y, a la postre, en detrimento de la libre prestación de servicios.

Los laboristas hemos apreciado aquí, mayoritariamente, que la patente confrontación entre los derechos fundamentales en presencia y la libre prestación de servicios debería ser solucionada en favor de los primeros. Quizás tengamos que reconocer cierta soberbia al abordar el asunto y que la visión con que lo hemos hecho es un tanto desenfocada, pues conduce a soslayar o cuestionar la primacía del Derecho de la Unión y a demandar a sus normas aquello que no se nos ocurriría demandar a las normas estatales (leyes y reglamentos). De la misma forma que el ejercicio de los derechos de huelga, de adopción de otras acciones colectivas y de negociar convenios colectivos está condicionado por las normas estatales imperativas o de orden público, también lo está por las normas imperativas del Derecho de la Unión, en tanto en cuanto unas y otras mantengan esa naturaleza imperativa. Si una huelga u otra medida de conflicto colectivo que concluye con la celebración de un acuerdo, pacto o convenio colectivo que incluye cláusulas contrarias a una disposición normativa estatal (ley o reglamento) no es obstáculo

para la impugnación y declaración judicial de la nulidad de tales cláusulas por ilegalidad, el resultado no debe ser diferente cuando el acuerdo, pacto o convenio colectivo es contrario a la disposición normativa del Derecho de la Unión. El remedio a la situación pasaría por cambiar el tipo de la relación entre esa disposición normativa y la autonomía colectiva, introduciendo en la primera reglas de contenido dispositivo para la segunda o susceptible de ser mejorado por ella.

3. Mejora de la protección del trabajador desplazado mediante la ampliación de las condiciones de trabajo y empleo sometidas a su disfrute con arreglo a la más ventajosa regulación que reciban en la normativa nacional del Estado de acogida

La ampliación de la que se da cuenta se materializa en las modificaciones del apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE que afectan al contenido de la letra c) y de las nuevas letras h) e i), así como en los apartados 1-A y 1-B incorporados a igual artículo.

Aunque las condiciones aquí consideradas forman parte de las más importantes, no son todas, ni siquiera, a partir de la aplicación de las medidas nacionales resultantes de la transposición de la Directiva (UE) 2018/957, cuando el desplazamiento merezca ser calificado de larga duración (tenga una duración superior a doce o, en su caso, dieciocho meses) o afecte a trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. Si así fuese, la ley del Estado de destino pasaría a regir por completo el contrato de trabajo, en sustitución de la ley bajo la que se hubiese celebrado. Se sigue aceptando, pues, que en cada posible Estado de destino o acogida puedan existir trabajadores sometidos a algunas condiciones inferiores a las de otros ocupados en igual trabajo, por no figurar entre las garantizadas.

3.1. Mejora fruto de las letras h) e i) del nuevo texto del apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE

Con las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2018/957, la lista de las “condições de trabalho e emprego” de la versión anterior del

apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE se amplía con la inclusión de:

- 1) Las “condições de alojamento dos trabalhadores caso o empregador disponibilize alojamento aos trabalhadores afastados do seu local de trabalho habitual” [nueva letra h)]. Se incluyen aquí, por ejemplo, el tipo de alojamiento (en hotel, en pensión o residencia, en apartamento alquilado o de propiedad de la empresa del trabajador desplazado, en módulo habilitado al efecto en el propio lugar de trabajo) y sus características [distancia respecto al lugar de trabajo, categoría (hotel de una, dos, tres o más estrellas), superficie, acondicionamiento, instalaciones complementarias, como disponibilidad de piscina o de gimnasio, etc.].
- 2) Los “subsídios e abonos ou reembolsos de despesas para cobrir as despesas de viagem, de alimentação e de alojamento para os trabalhadores longe do seu domicílio por motivos profissionais” [nueva letra i)].

Ambos conceptos se introducen en el curso de la discusión en el Parlamento Europeo de la propuesta de Directiva que modifica la Directiva 96/71/CE⁶⁵.

Como sucede con el resto de las condiciones a las que se extiende la garantía o protección objeto de la Directiva 96/71/CE, habría que considerar que tanto la facilitación de las condiciones de alojamiento como el importe de los complementos o reembolsos por gastos de viaje, alojamiento y manutención [los comprendidos en la citada letra i), no otros posibles] pasarían a estar sometidos a lo que dispongan las normas nacionales del Estado de destino o acogida, cuando éstas sean más ventajosas que las del Estado de origen o envío⁶⁶. Se está ante dos conceptos

⁶⁵ Véase *relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, de 19 de outubro de 2017* (A8-0319/2017).

⁶⁶ Como manifiesta el considerando 7 de la Directiva (UE) 2018/957, en relación con las condiciones de alojamiento ofrecidas directamente o indirectamente a los trabajadores desplazados, “as autoridades e organismos competentes (...) deverão poder verificar” que tales condiciones “cumprem as regras nacionais do Estado-membro em cujo território os trabalhadores estão destacados (...) que também se apliquem a trabalhadores destacados”.

que hasta ahora estaban excluidos de la protección o garantía ofrecida por el Derecho de la Unión⁶⁷, que, al optar ahora por su inclusión, considera necesario hacer precisiones sobre el segundo, las cuales son fruto de enmiendas admitidas a lo largo de la tramitación de la Directiva (UE) 2018/957, así como del acuerdo al que llegaron el Parlamento Europeo y el Consejo en la etapa final de la mencionada tramitación. Tales precisiones, sobre las que los estudios y notas doctrinales que he podido consultar transitan de forma acrítica y sin el menor análisis, se formulan en términos que no siempre facilitan la determinación exacta y segura de lo pretendido. No voy a hacer lo mismo que los autores de los aludidos estudios y notas y, aun a riesgo de equivocarme, paso a exponer mi opinión y dudas al respecto, que abro a la crítica de los lectores con la esperanza de que puedan aportar ideas que permitan aclarar el verdadero alcance de las aludidas precisiones, que son tres.

La primera de las precisiones aparece en el mismo apartado 1 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE, en su párrafo segundo. De acuerdo con ella, la eventual aplicación de la legislación del Estado de acogida al reembolso de los gastos que describe la letra i) del párrafo primero se refiere "*exclusivamente* às despesas de viagem, de alimentação e de alojamento *efetuadas* por trabalhadores destacados que tenham de se deslocar de e para o seu local de trabalho habitual"⁶⁸, situado en tal Estado, "ou que sejam enviados temporariamente pelo seu empregador desse local de trabalho habitual para outro local de trabalho". Pues bien:

- 1) La indicación de que el reembolso de refiere "*exclusivamente*" a gastos en que hayan incurrido los trabajadores ["despesas (...) *efetuadas*"] cierra cualquier posibilidad de aplicación de la legislación laboral del Estado de acogida a los gastos que deba asumir directamente el empresario. Se aprecia correspondencia entre tal indicación y la advertencia con la que concluye el considerando 8 de la Directiva (UE) 2018/957, relativa a que "de-

⁶⁷ Como tuvo ocasión de confirmar el Tribunal de Justicia. Así, en relación el importe de un pago por alojamiento y de cheques restaurantes, sentencia de 12 de febrero de 2015 (*Sähköalojen ammattiliitto*, asunto C-396/13; ECLI:EU:2015:C:86), apartados 58 a 63, ambos incluidos, y fallo 2).

⁶⁸ La cursiva es nuestra.

verá evitar-se o duplo pagamento de despesas de viagem, de alimentação e de alojamento”.

- 2) Si la primera parte del comentado párrafo hace aplicable la letra i) a los gastos que hayan de soportar los trabajadores al tener que viajar desde el Estado de origen al de acogida y viceversa, la segunda parte, referida a los gastos en que hayan incurrido los trabajadores desplazados “que sejam enviados temporariamente pelo seu empregador desse local de trabalho habitual [en el Estado de acogida] para outro local de trabalho”, hace lo mismo en relación con los gastos de viaje, manutención y alojamiento correspondientes a la movilidad geográfica temporal (“transfêrencia temporária”) del trabajador dentro del territorio del Estado de acogida y para realizar su trabajo en el marco de la prestación transnacional de servicios que hubiese justificado su desplazamiento desde el Estado de origen o envío⁶⁹. Esta interpretación también casa con el considerando 8 de la Directiva (UE) 2018/957 y, en concreto, con la declaración con la que comienza, según la cual “os trabalhadores destacados que são temporariamente enviados do seu local de trabalho habitual, no Estado-membro de acolhimento, para outro local de trabalho, deverão receber pelo menos os mesmos subsídios e abonos ou os reembolsos de despesas para cobertura das despesas de viagem, de alimentação e de alojamento dos trabalhadores longe do domicílio por motivos profissionais que se aplicam aos trabalhadores locais nesse Estado-membro”.

Las otras dos precisiones se integran en el contenido de la segunda parte del párrafo segundo y en el párrafo tercero de la nueva redacción que recibe el apartado 7 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE. De acuerdo con esa segunda parte del párrafo segundo, “sem prejuízo do n.º 1, primeiro parágrafo, alínea h)” (*sic*), el empresario reembolsará a los trabajadores desplazados los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento (esto es, las “despesas de viagem, de alimentação e de alojamento”) “em conformidade com o direito e/ou as práticas nacionais

⁶⁹ Cfr. art. 194.4 del *Código do Trabalho*.

aplicáveis à relação de trabalho”; esto es, la ley del contrato⁷⁰, no la ley del lugar en el que se preste el trabajo como consecuencia del desplazamiento; si se quiere, la ley del Estado de acogida. Para entender lo que significa tan confusa regla, que parece entrar en contradicción con lo que resulta de los párrafos primero, letra i) y segundo, ambos del apartado 1 del art. 3 de la Directiva, no vale acudir a su versión en otras lenguas, pues en todas se viene a indicar lo mismo. Así las cosas, considero:

- 1) Que hay que partir de que la mención a la letra h) (la que incluye en la protección las “condições de alojamento dos trabalhadores” y conlleva la aplicación de la más ventajosa normativa nacional del Estado de acogida sobre los requisitos de esas condiciones) es un error y se debe sustituir por la mención a la letra i), que es la que extiende la protección a los gastos que se indican. Hay que partir de que se está ante un error salvo, acaso, que el resto de la regla se entienda como explico a continuación.
- 2) Que la declaración de que el empresario reembolsará tales gastos de conformidad con la ley del contrato estaría haciendo referencia a que es esta ley, no la del lugar donde temporalmente se presta el trabajo, la aplicable para determinar la modalidad o forma y el momento del reembolso, la justificación de los gastos cubiertos o, en fin, la sujeción o no a tributación de los correspondientes pagos. En suma, se estaría estableciendo una relación de complementariedad entre la ley del contrato y la del Estado de acogida. La eventual aplicación de esta última, a tenor de la letra i) del párrafo primero del art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE quedaría para la determinación del importe o cuantía de los gastos. El propósito del párrafo segundo del apartado 7 del art. 3 sería, pues, el de impedir que pueda quedar sujeto a la aplica-

⁷⁰ Precisa la *declaração da Comissão* que acompaña como anexo a la *Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 29 de maio de 2018, sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços* [P8_TA(2018)0213], que “a Comissão entende que a «legislação e/ou práticas nacionais aplicáveis à relação de trabalho» são, em princípio, a legislação e/ou práticas nacionais do Estado-membro de origem, salvo disposição em contrário em conformidade com as regras da União em matéria de direito internacional privado”.

ción de la normativa nacional del Estado de acogida todo lo que concierna a los reembolsos por los gastos de viaje, alojamiento y manutención. Se pretende blindar la aplicación de la ley del contrato en relación con determinados aspectos del reembolso.

No parece ofrecer mayor duda el sentido del párrafo tercero del mismo apartado 7. La regla que incorpora atiende al problema de resolver cuándo un complemento específico por desplazamiento tiene en todo o en parte la consideración de remuneración (de salario) y, por lo tanto, en qué medida su importe constituirá una de las partidas del importe total bruto de la remuneración abonada al trabajador desplazado a comparar con el también importe total bruto de la remuneración que correspondería a igual trabajador de acuerdo con la normativa nacional del Estado de acogida. La aplicación de esta normativa se supedita a que la comparación revele que el primer importe bruto es inferior al segundo⁷¹. Pues bien, incumbe a la ley del contrato determinar si un complemento como el examinado se abona o no en concepto de remuneración⁷² y, en el primer caso, si el abono en tal concepto es total o

⁷¹ Tal es el criterio que ha venido siguiendo el Tribunal de Justicia para admitir o rechazar la aplicación al trabajador desplazado del derecho al pago de las “remunerações salariais mínimas” de conformidad con la legislación laboral del Estado de acogida, reconocido en la versión inicial de la Directiva 96/71/CE [en el párrafo primero, letra c), de su art. 3.1]. Aplica el criterio la sentencia de 15 de marzo de 2001 (*Mazzone*, asunto C-165/98; ECLI:EU:C:2001:162), en la que el Tribunal examina si se adecua a los arts. 49 y 50 del TCE, a la sazón en vigor (hoy serían los arts. 56 y 57 del TFUE), la obligación de un prestador de servicios de abonar a los trabajadores desplazados a Bélgica el salario mínimo superior resultante de la aplicación del convenio colectivo que en este Estado regulaba la actividad (vigilancia privada) en la que aquéllos figuraban ocupados. Razona el Tribunal que “para garantir a equivalência da protecção de que gozam os empregados do Estado-membro de estabelecimento, as autoridades competentes devem, em especial, tomar em consideração os elementos relacionados com o montante da remuneração, a duração do trabalho a que esse montante está ligado, bem como o *montante das cotizações sociais e a carga fiscal*” (apartado 39). Previamente, advierte que “se todos os trabalhadores em causa beneficiarem de uma situação equivalente no seu conjunto atendendo às remunerações, fiscalidade e encargos sociais no Estado-membro de acolhimento e no Estado-membro de estabelecimento”, cabe considerar que se ha alcanzado “o objectivo do Estado-membro de acolhimento de garantir o mesmo nível de protecção social aos empregados de tais prestadores de serviço que o aplicável no seu território aos trabalhadores do mesmo sector” (apartado 35). En tales circunstancias, obligar al prestador del servicio a pagar el mencionado salario mínimo resultante de atender al convenio colectivo del Estado de destino constituiría una medida no necesaria ni proporcionada y, por lo tanto, contraria a la libre prestación de servicios.

⁷² Lo primero, por ejemplo, por compensar los mayores inconvenientes inherentes al desplazamiento (ais-

parcial. El silencio de aquélla al respecto o el no aclarar qué partidas del complemento son ajenas a la remuneración conduce a entender que la totalidad de éste obedece al reembolso de los gastos (de viaje, alojamiento y manutención) soportados por el desplazamiento. En términos de la regla a la que se viene haciendo referencia, “caso as condições de trabalho e emprego aplicáveis à relação de trabalho [rectius, la legislación o las prácticas nacionales aplicables a dicha relación; esto es, la ley del contrato] não determinem se os elementos do subsídio e abono inerente ao destacamento são pagos a título de reembolso de despesas efetivamente efetuadas por força do destacamento ou fazem parte da remuneração, ou, se o fizerem, caso não determinem quais os elementos que são pagos a um ou a outro título, considera-se então a totalidade dos subsídios e abonos como tendo sido paga a título de reembolso de despesas”.

Desde el punto de vista de la transposición de las modificaciones introducidas en la Directiva 96/71/CE en relación con los dos conceptos que integran la mejora de la que trata este apartado, es preciso la incorporación de ambos a la lista de las “condições de trabalho” que describe el art. 7.1 del *Código do Trabalho*. Aunque puede bastar con añadir sendas letras reproduciendo los términos de las letras h) e i) que pasan a formar parte de la nueva redacción que recibe el párrafo primero del art. 3.1 de la Directiva, es preferible una transposición más ambiciosa que dé cabal cuenta del significado que tienen para el legislador portugués las ya examinadas precisiones que hace aquélla sobre los reembolsos por los gastos de viaje, alojamiento y manutención objeto de la referida letra i).

3.2. La garantía de la percepción de un salario no inferior al de los trabajadores locales

La supresión de la brecha salarial entre los trabajadores desplazados y los trabajadores contratados en el Estado de acogida ocupados

lamiento personal, el alejamiento de la familia y del entorno habitual o el mayor tiempo a invertir para cubrir el trayecto ida o de regreso del trabajo) o la mayor carestía de la vida en el Estado de acogida; cfr. art. 7.2.a) del *Código do Trabalho*. Sobre la inclusión dentro de la remuneración del importe de una indemnización diaria y de un complemento por trayecto diario, sentencia *Sähköalojen ammatillitto*, cit., apartados 46 a 57, ambos incluidos, y fallo 2).

en un trabajo de iguales características y, de paso, la introducción de mayor certidumbre sobre el importe salarial garantizado a los primeros se procura por la Directiva (UE) 2018/957 mediante la modificación de la anterior la letra c) del párrafo primero del art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE. En la nueva letra c), la expresión “remunerações salariais mínimas” se sustituye por la más amplia de “remuneração”. Se garantiza ahora al trabajador desplazado la percepción del importe superior que correspondería a un trabajador local en concepto de “remuneração, incluindo as bonificações relativas a horas extraordinárias”. Aunque se precisa que “a presente alínea não se aplica aos regimes profissionais complementares de pensões”, no se produce aquí cambio sustancial respecto de la redacción anterior, en la que se indicaba que “a presente alínea não se aplica aos regimes complementares voluntários de reforma”.

Igual que sucedía con el concepto que se sustituye, la definición de la remuneración a tomar en consideración con arreglo a la nueva letra c) corresponde al Estado de acogida⁷³. Así lo declara de forma expresa el párrafo tercero del nuevo art. 3.1 de la Directiva modificada⁷⁴, que acota el margen de maniobra de aquel Estado al disponer, en igual párrafo, que la determinación comprenderá todas las partidas a las que la normativa nacional atribuya la naturaleza de remuneración (o, si se prefiere, de salario)⁷⁵. Siempre según el citado art. 3.1 (párrafos cuarto, quinto y sexto), la información exacta y actualizada sobre tales partidas, igual que la de las demás condiciones de trabajo sujetas a la aplicación de dicha normativa nacional, deberá ser publicada por los Estados miembros, “sem demora indevida e de forma transparente, no sítio web oficial

⁷³ Ello no exime de tener en cuenta la definición de la remuneración en la ley del contrato o normativa nacional del Estado de envío. Recuérdese que para determinar si la protección con arreglo a la normativa nacional del Estado de acogida es superior a la que concede la del Estado de envío y, por lo tanto, se debe aplicar la primera, es preciso, la comparación del importe bruto de la remuneración según la definición de ésta en el primer Estado con la de igual importe bruto de la remuneración según la definición de ésta en el segundo Estado.

⁷⁴ “Para efeitos da presente diretiva, o conceito de remuneração é determinado pelo direito e/ou as práticas nacionais do Estado-membro em cujo território o trabalhador se encontra destacado”.

⁷⁵ “Abrange todos os elementos constitutivos da remuneração tornados obrigatórios por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais, ou por convenções coletivas ou decisões arbitrais que tenham sido declaradas de aplicação geral nesse Estado-membro ou que de outro modo sejam aplicadas em conformidade com o n.º 8”.

único a nivel nacional” a que se refiere el art. 5 de la Directiva 2014/67/UE⁷⁶. De no facilitar ese sitio web la referida información, “essa circunstância é tomada em conta (...) para determinar as sanções a aplicar” por infracción de las condiciones de trabajo que han de garantizarse a los trabajadores desplazados, “na medida do necessário para assegurar a respetiva proporcionalidade”. Los términos empleados para describir la expresada obligación de información recuerdan el criterio del Tribunal de Justicia en relación con las reglas (modo y método) de cálculo de la remuneración fijadas por los instrumentos normativos del Estado de acogida, las cuales “devem ser vinculativas e obedecer aos requisitos de transparência, o que implica, nomeadamente, que sejam acessíveis e claras”⁷⁷.

A mi juicio, el carácter sustancial del cambio que representa la sustitución de la expresión “remunerações salariais mínimas” por la de “remuneração” obliga a modificar el art. 7 del Código do *Trabalho* para dejar bien claro que se da cumplimiento satisfactorio a la exigencia de igualdad de remuneración implícita en el mencionado cambio. Una transposición perezosa o nada ambiciosa de éste podría limitarse a suprimir la actual mención a la “retribuição mínima” y pasar a hacer referencia a “remuneração” o “retribuição”. Desde luego, mucho mejor sería completar lo anterior con una regla similar a la que contiene, en España, el art. 4.1 de la Ley 41/1999, de 29 de noviembre⁷⁸, o, al menos, con una regla que, además de remitir la “retribuição” de que se trata a la que corresponda, en aplicación de disposiciones legales o de “instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho” a la “categoría profissional” en que encaje la prestación del trabajador desplazado, precise que aquella “retribuição” comprende todos los conceptos o partidas que posean tal naturaleza de acuerdo con los arts. 258 a 269 del propio Código do *Trabalho* (“retribuição base”, “pagamento de trabalho suplementar”, “subsídio de Natal”, “pagamento de trabalho noturno”, etc.).

⁷⁶ Sobre la página web véase, para Portugal, art. 5 de la Lei n.º 29/2017, de 30 de maio.

⁷⁷ Sentencia *Sähköalojen ammattiliitto*, cit., apartados 40, 44 y 45 y fallo 2).

⁷⁸ Sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

3.3. Una protección especial reforzada: las condiciones de trabajo garantizadas en los desplazamientos de larga duración

La menor o breve duración de los desplazamientos o su escasa importancia constituyen circunstancias en las que repara la Directiva 96/71/CE, antes y ahora, para someterlos imperativamente o autorizar a los Estados miembros a someterlos a una reducción del ámbito general u ordinario de la protección de los trabajadores desplazados. Se está ante desplazamientos en los que la Directiva disminuye o permite la disminución del núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima a respetar en el Estado de acogida por la empresa del trabajador. El régimen de tales desplazamientos, definatorio de una protección especial reducida y contenido en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 3 de la Directiva, no experimenta modificación alguna⁷⁹, igual, por cierto, que la posibilidad de la adopción de una protección especial reforzada o ampliada por razones de orden público (apartado 10 del art. 3)⁸⁰.

Es novedoso, en cambio, el prestar atención a la mayor o larga duración del desplazamiento para obligar a la empresa a que garantice a los trabajadores afectados condiciones de trabajo adicionales a las que integran aquel ámbito ordinario o general de la protección. Lo hace el apartado 1-A del art. 3, añadido por la Directiva (UE) 2018/957. A diferencia de lo que sucede con la transposición de otras modificaciones introducidas por esta última, la que afecta a cuanto dispone dicho apartado se presenta más delicada y laboriosa, sobre todo en lo que se refiere a la tarea de acotar los desplazamientos que comprende. Pueden servir al respecto los comentarios que realizo más adelante, a propósito del tratamiento que recibe la duración de tales desplazamientos en ese apartado 1-A.

⁷⁹ A diferencia del Derecho español [art. 3.3 de la Ley 41/1999, cit.: "las condiciones de trabajo establecidas en la legislación laboral española relativas a las vacaciones anuales retribuidas y a la cuantía del salario no serán de aplicación en los desplazamientos definidos en las letras a) y b) del artículo 2.1.º cuya duración no exceda de ocho días"], el Derecho portugués no hace uso de la expresada autorización para reducir el ámbito general u ordinario de la protección, contenida en los apartados 3, 4 y 5 del art. 3 de la Directiva.

⁸⁰ Sobre tal posibilidad véase J. GÁRATE CASTRO: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre (Madrid, 2018), págs. 595-597; también *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), págs. 49 y sigs.

En la propuesta de modificación de la Directiva, era el desplazamiento de duración “prevista ou efetiva” superior a veinticuatro meses el que determinaba la mayor protección, que consistía en considerar que “o Estado-membro em cujo território o trabalhador se encontra destacado deve ser considerado o país em que o seu trabalho é habitualmente realizado” y, por lo tanto, en determinar, en función de lo anterior, la ley aplicable al contrato de trabajo de conformidad con el Reglamento Roma I⁸¹. En la modificación adoptada por la Directiva (UE) 2018/957, la duración tomada como referencia se reduce de forma considerable y la protección otorgada, aunque muy superior a la general u ordinaria, es menos intensa que la postulada en la indicada propuesta, pues, aunque se acerque notablemente a ello, no llega a hacer de la ley del Estado de acogida la ley del contrato.

La protección adicional se reserva para los desplazamientos cuya duración efectiva -no la previsible- sea superior a doce meses ampliables a dieciocho por la autoridad competente del Estado de acogida. La ampliación se supedita a que la empresa prestadora del servicio lo solicite y justifique o, como señala el párrafo segundo del citado apartado 1-A, a que tal empresa presente “uma notificação fundamentada”. Para evitar que la sustitución de un trabajador desplazado por otro antes de los doce o de los dieciocho meses sirva para eludir la aplicación de aquella protección, se ordena, cuando el segundo pase a realizar “a mesma tarefa no mesmo local”, que el cómputo de esos doce o dieciocho meses se lleve a cabo atendiendo “à duração acumulada dos períodos de destacamento dos trabalhadores individuais destacados em causa” (párrafo tercero del apartado 1-A). A efectos de determinar si el sustituto es ocupado en el mismo trabajo en el mismo lugar se tendrá “nomeadamente em consideração a natureza do serviço a prestar, o trabalho a ser executado e o(s) endereço(s) do local de trabalho” (párrafo cuarto del apartado 1-A). Todo lo anterior sugiere que:

- 1) De no mediar sustitución alguna, la protección adicional de la que es acreedor el trabajador desplazado opera a partir del mo-

⁸¹ Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.

mento en que su desplazamiento supere los doce o, en su caso, los dieciocho meses, con independencia de que siga o no ocupado en el mismo trabajo en el mismo lugar.

- 2) Cuando sea asignado al mismo trabajo en el mismo lugar, la protección adicional beneficia al trabajador desplazado para sustituir a otro a partir del momento en que la suma del tiempo que lleve desplazado y del tiempo del desplazamiento del trabajador sustituido supere los doce o, en su caso, los dieciocho meses. No afecta a lo anterior el hecho de que la duración final del desplazamiento del primero diste mucho de llegar al indicado umbral temporal.
- 3) Cuando sea asignado a otro trabajo en otro lugar, el trabajador desplazado para sustituir a otro no se beneficiará de la protección adicional hasta que su actividad en el territorio del Estado de acogida supere los doce o, en su caso, los dieciocho meses. Lo mismo sucederá cuando sea asignado al mismo trabajo en otro lugar o a diferente trabajo en el mismo lugar. Puesto que el desplazamiento de larga duración conlleva una mayor carga para la empresa prestadora del servicio, el apartado 1-A del art. 3 de la Directiva 96/71/CE debe ser objeto de una interpretación restrictiva, la cual evita que esa mayor carga se convierta, en contra de lo querido por el precepto, en una limitación desproporcionada de la libre prestación de servicios. El requisito del que se hace depender la acumulación de la duración de los períodos de desplazamiento de los trabajadores sucesivamente desplazados -realización del mismo trabajo en el mismo lugar- no constituye una excepción a la necesidad de la indicada interpretación. Una transposición del apartado 1-A que disponga que es suficiente, a efectos de la referida acumulación, con la asignación al mismo trabajo o con la realización del trabajo en el mismo lugar, aunque ese trabajo sea diferente, vendría a romper el equilibrio que el Derecho de la Unión entiende que corresponde a las exigencias de la protección del trabajador desplazado y de la libre prestación de servicios; difícilmente se consideraría compatible con la libre prestación de servicios.

Siempre que su desplazamiento deba ser considerado de larga duración conforme a lo indicado, se le garantizan al trabajador desplazado (párrafo primero del apartado 1-A), “com base na igualdade de tratamento”, que también rige en el caso de la protección general u ordinaria, “além das condições de trabalho e emprego” contempladas en el apartado 1 del mismo art. 3 de la Directiva, “todas as condições de trabalho e emprego aplicáveis” de forma obligada a los trabajadores locales en el Estado miembro de acogida, tanto si figuran establecidas por disposiciones estatales como por convenios colectivos o laudos arbitrales del tipo de los que identifica el apartado 8 del artículo.

3.4. Una segunda protección especial reforzada: las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores desplazados a raíz de su puesta a disposición de empresas usuarias (“cedência temporária”)

Téngase en cuenta que si el desplazamiento de los trabajadores en misión o puestos a disposición (“para cedência temporária”) de una empresa usuaria es de larga duración (más de doce o, en su caso, dieciocho meses), también pasa a ser aplicable la protección especial reforzada examinada en el apartado precedente. En ese caso, las empresas de trabajo temporal habrían de garantizar a los desplazados las condiciones de trabajo adicionales propias de tal protección que no entren en la igualmente protección especial reforzada objeto del presente apartado. Esta última dependía, hasta ahora, de su concesión por los Estados miembros. Les atribuía la correspondiente facultad el apartado 9 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE, según el cual cualquiera de ellos podría imponer a las empresas de trabajo temporal establecidas en otro Estado miembro el garantizar a los trabajadores puestos a disposición y desplazados al territorio del primero “o benefício das condições aplicáveis aos trabalhadores temporários” locales, términos que comprendían, entre otras, las condiciones aplicables en cumplimiento del art. 5 de la *Directiva 2008/104/CE do Parlamento Europeo y do Conselho, de 19 de novembro de 2008, relativa ao trabalho temporário*. Pues bien, las modificaciones de la Directiva 96/71/CE adoptadas por la Directiva (UE) 2018/957 reducen el margen de maniobra de las normativas nacionales. Lo hace el nuevo apartado 1-B que se añade al art. 3 de la primera Directiva, en virtud del

cual cada uno de los Estados miembros está obligado a ordenar que aquellas mismas empresas de trabajo temporal garanticen a los referidos trabajadores desplazados a su territorio “as condições de trabalho e emprego aplicáveis”, con arreglo al citado art. 5 de la Directiva 2008/104/CE, a los trabajadores en misión locales. La facultad de los Estados miembros se limita ahora, en la nueva redacción que recibe el apartado 9 del art. 3, a establecer que se garanticen también a los trabajadores en misión desplazados “o benefício de outras condições de trabalho e emprego aplicáveis aos trabalhadores temporários [en misión o puestos a disposición] no Estado-membro onde é executado o trabalho”.

Aunque el art. 5 de la Directiva 2008/104/CE dispone que “as condições fundamentais de trabalho e emprego dos trabalhadores temporários são, enquanto durar a respectiva cedência ao utilizador, pelo menos iguais às condições que lhes seriam aplicáveis se tivessem sido recrutados directamente pelo utilizador para ocuparem a mesma função”, ese mandato de igualdad de condiciones se completa con la admisión de determinadas excepciones por parte de los Estados miembros, por ejemplo, en relación con la remuneración o la igualdad de trato. Tales posibles excepciones comportan que la transposición de aquel mandato presente diferencias de un Estado miembro a otro y, por lo tanto, que las condiciones de trabajo que el nuevo apartado 1-B del art. 3 de la Directiva 96/71/CE obliga a garantizar al trabajador desplazado en misión no sean iguales en todos los casos y dependa de como el Estado de acogida haya realizado la referida transposición.

Concluye el apartado 1-B imponiendo a la empresa usuaria una carga sobre la que, a mi juicio, no deberían guardar silencio las normativas nacionales de transposición. Recurriendo a términos más comprensibles que los que emplea el apartado, la empresa usuaria informará a la empresa de trabajo temporal “das condições de trabalho e emprego que aplica” a sus trabajadores y que figuren en la lista que en la normativa nacional que haya transpuesto en el Estado de acogida la Directiva 2008/104/CE se corresponda con lo establecido en el art. 5 de ésta. La obligación de informar no se extiende, pues, a las condiciones de trabajo que no figuren en la aludida lista, las cuales, obviamente, no forman parte de la protección reforzada e imperativa que se comenta.

La incorporación de un precepto disponiendo y acotando, en el sentido indicado, la obligación de información a cargo de la empresa usuaria contribuiría a alejar el peligro de que quepa considerar que el *Código do Trabalho* no constituye una transposición suficiente tanto del nuevo apartado 1-B del art. 3 de la Directiva 96/71/CE como, por lo que respecta al apartado 1 del mismo artículo, la letra d) del párrafo primero. En cuanto al resto de las medidas relativas a la protección reforzada del trabajador en misión contenidas en la versión modificada de la Directiva, es plausible que encuentren cobertura bastante en lo que establece el art. 185 del *Código do Trabalho*; es plausible a condición de que se entienda que el contenido de este artículo constituye aceptable transposición del art. 5 de la Directiva 2008/104/CE y que las dudas que puedan surgir sobre el asunto se pueden despejar en favor de tal aceptable transposición recurriendo a la interpretación conforme del citado art. 185. Con todo, quizás no sobraría una remisión a tal precepto por parte del art. 7 del mismo texto legal. Cuando el apartado 1.f) de este último artículo incluye en la protección del trabajador desplazado las condiciones de trabajo relativas a la “cedência de trabalhadores por parte de empresa de trabalho temporário”, podría precisar, por ejemplo, que la empresa de trabajo temporal está obligada a conceder al trabajador cedido, mientras dure su cesión y desplazamiento, el disfrute de las condiciones de trabajo y empleo en la forma establecida en aquel art. 185 siempre, claro está, que tal disfrute sea más ventajoso para dicho trabajador que el que tendría en aplicación de su contrato de trabajo y de la ley por la que se rija.

Si bien se mira, la aplicación del mencionado art. 185, aparte de servir para dar cumplimiento a la transposición del mandato que contiene el apartado 1-B añadido al art. 3 de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957, también respondería al uso de la facultad que confiere a los Estados miembros la nueva redacción que recibe el apartado 9 de igual artículo. Hay en el art. 185 del *Código do Trabalho* beneficios que exceden de los que garantiza al trabajador en misión desplazado el art. 5 de la Directiva 2008/104/CE. Mientras que los beneficios que encajan en este precepto corresponderían al cumplimiento de lo que ordena el nuevo apartado 1-B del art. 3 de la Directiva 96/71/CE, los que exceden de él corresponderían a lo permitido por el nuevo apartado 9.

3.5. El carácter común de la aplicación del convenio colectivo y del laudo arbitral como fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo y empleo garantizadas

Señala el art. 3 de la versión inicial de la Directiva 96/71/CE, en el apartado 1, que las condiciones de trabajo y empleo comprendidas en la protección se reconocerán en la forma que aparezca establecida en el Estado de acogida, además de por sus disposiciones legales y reglamentarias o administrativas, “por convenções coletivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral na acepção do n.º 8”. No difieren en esencia de tales términos los empleados en la nueva redacción del artículo, que hace mención a las “convenções coletivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral ou que de outro modo sejam aplicadas em conformidade com o n.º 8”. La nueva referencia se utiliza, además de en el apartado 1, esto es, en la determinación de las fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo y empleo propias de la protección general u ordinaria, en el apartado 1-A, esto es, en la determinación de las fuentes reguladoras de la protección especial reforzada correspondiente a los desplazamientos de larga duración. Por otro lado, la lectura del citado apartado 8, en su versión anterior y en la nueva, que no varía sustancialmente, muestra que se ha querido que el convenio colectivo de empresa (el “acordo de empresa”) no pueda ser tomado como fuente reguladora de las condiciones de trabajo y empleo garantizadas⁸².

Mucha mayor importancia tiene el cambio que experimenta el tratamiento del obligado recurso a esas “convenções coletivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral” como fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo y empleo comprendidas tanto en la protección general u ordinaria como en la especial y reforzada de los desplazamientos de larga duración.

En la versión inicial y aún aplicable de la Directiva 96/71/CE, el reconocimiento del derecho del trabajador desplazado al disfrute de las aludidas condiciones de trabajo en la forma más ventajosa resultante de atender a las mencionadas “convenções coletivas” y “decisões arbitrais” sólo es obligada en relación con las actividades de la construcción que

⁸² Sin perjuicio de la excepción de la que se da cuenta infra, nota 39.

figuran en su anexo y depende, para cualesquiera otras actividades, de que así lo dispongan los Estados miembros, al amparo de la facultad que al respecto les atribuye el apartado 10 del art. 3 de aquélla⁸³. Esta facultad desaparece a partir del 30 de julio de 2020, con la aplicación de la Directiva 96/71/CE en su nueva redacción. En ella, la “convenção coletiva” y la “decisão arbitral” de “aplicação geral” forman parte de las fuentes reguladoras de las condiciones contempladas, cualquiera que sea la actividad correspondiente a su ámbito funcional.

Antes y ahora, la sujeción de las empresas prestadoras del servicio transnacional al reconocimiento de las condiciones garantizadas según aparezcan reguladas por “convenção coletiva” o “decisão arbitral” del tipo indicado debe tener lugar, para no conducir a una desigualdad de trato contraria a la libre prestación de servicios, en la misma forma que para las empresas establecidas en el Estado de destino o acogida. Si estas últimas empresas pueden quedar fuera de la sujeción a la “convenção coletiva” o a la “decisão arbitral” en determinadas circunstancias, también lo han de poder conseguir las primeras. Así resulta del ya indicado apartado 8 del art. 3, que hace hincapié en el carácter imprescindible de esa “igualdade de tratamento”, antes en relación con el reconocimiento de las condiciones de trabajo listadas en el apartado 1 del art. 3 de conformidad con la “convenção coletiva” o la “decisão arbitral” y ahora, en su nueva redacción, también en relación con igual reconocimiento respecto de las condiciones de trabajo garantizadas en el apartado 1-A del mismo artículo o, lo que es igual, en los desplazamientos de larga duración. Siempre según el apartado 8, se entenderá que existe la referida igualdad de trato cuando las empresas nacionales que se hallen en una situación similar “se encontrem sujeitas, no local de atividade ou no sector em causa, às mesmas obrigações que as empresas” de los trabajadores desplazados, por lo que se refiere, una vez sea de aplicación la nueva versión de la Directiva 96/71/CE, a los dos grupos de condiciones de trabajo de los que se acaba de dar cuenta y “devam cumprir essas

⁸³ Según dicho apartado, la Directiva “não obsta a que (...), os Estados-membros imponham às empresas nacionais e de outros Estados, de forma igual, (...) “condições de trabalho e emprego fixadas nas convenções colectivas ou decisões arbitrais na aceção no nº 8, relativas a actividades não previstas no anexo”.

mesmas obrigações com os mesmos efeitos”⁸⁴.

Por lo que concierne al Derecho portugués, el *Código do Trabalho*, haciendo uso de la facultad reconocida a los Estados miembros en el apartado 10 del art. 3 de la versión inicial y aún aplicable de la Directiva, ha optado por garantizar la aplicación de la regulación convencional “vertical” y de “profissão ou profissões” (la que en el Derecho español se conoce como sectorial) cualquiera que sea su ámbito funcional. Lo lleva a cabo en su art. 7.1, según el cual los empresarios de los trabajadores desplazados deben garantizar a éstos la observancia de las más ventajosas condiciones de trabajo objeto de la protección contenidas “na lei e em regulamentação coletiva de trabalho de eficácia geral aplicável”. Tales términos valen para cumplir con el carácter común que adquiere la aplicación de las “convenções coletivas” y de las “decisões arbitrais” en

84 A diferencia de lo que sucede en la versión en lengua portuguesa, donde el carácter categórico de la exigencia ya figuraba en la redacción anterior del apartado 8 [“essas mesmas obrigações nelas (se está haciendo referencia “as empresas nacionais que estejam em situação idêntica”) produzam os mesmos efeitos”; igual sucede, por ejemplo, en la versión en italiano (“sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti”), en la versión en lengua española el indicado carácter sólo aparece de forma clara en la nueva redacción de dicho apartado; en la redacción anterior y todavía aplicable se pide que a las empresas nacionales “puedan serles exigidas” las obligaciones en cuestión con los mismos efectos. A pesar de ello, una interpretación de tal expresión acorde a la estructura y finalidad de la norma de la que forma parte el apartado 8 examinado, obligada cuando existan diversas versiones lingüísticas de un precepto [según advierte el Tribunal de Justicia; así, recientemente, sentencia de 24 de enero de 2019 (*Balandin*, asunto C477/17; ECLI:EU:C:2019:60), apartado 31, recordando el criterio de la sentencia de 20 de diciembre de 2017 (*Gusa*, asunto C442/16, ECLI:EU:C:2017:1004, apartado 34)], conduce a considerar aquella expresión en modo alguno autoriza excepciones a la exigencia del cumplimiento de las mencionadas obligaciones. Sobre la señalada necesaria igualdad de trato cabe traer a colación las advertencias que realiza el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 25 de octubre de 2001 [(*Finalarte*, asuntos acumulados C49/98, C50/98, C52/98 a C54/98 y C68/98 a C71/98; ECLI:EU:C:2001:564), apartados 81, 82 y 83 y fallo.3] y 24 de enero de 2002 (*Portugaia Construções, Lda.*, asunto C164/99; ECLI:EU:C:2002:40), esta última enjuiciando la posibilidad de que las empresas establecidas en Alemania puedan, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, abonar un salario mínimo más bajo que el establecido en otro convenio colectivo declarado de aplicación general. Para el Tribunal de Justicia, “o facto de, contrariamente à entidade patronal do Estado-membro de acolhimento, uma entidade patronal estabelecida noutro Estado-membro não ter a possibilidade de se eximir à obrigação de pagar o salário mínimo previsto pela convenção colectiva do sector de actividade em causa cria uma desigualdade de tratamento contrária ao artigo 59.º do Tratado” (apartado 34); “o facto de um empresário nacional poder praticar um salário inferior ao mínimo previsto numa convenção colectiva declarada de aplicação geral, através da celebração de um acordo colectivo de empresa, enquanto um empresário estabelecido noutro Estado-membro não pode fazê-lo, constitui uma restrição injustificada à livre prestação de serviços” (apartado 35 y fallo.2).

la nueva versión de la Directiva⁸⁵. Quizás sería oportuno aprovechar su transposición para completar aquellos términos con una mención a que las aludidas “convenções coletivas” y “decisões arbitrais” son igualmente fuentes reguladoras de las condiciones de trabajo comprendidas en la protección especial y reforzada propia de los desplazamientos de larga duración. Asimismo, para evitar que pueda ser necesario realizar una interpretación conforme del precepto en relación con los desplazamientos decididos por empresas establecidas en otro Estado miembro de la Unión o del Espacio Económico Europeo, no sobraría disponer expresamente que la observancia por parte de las empresas prestadoras de los servicios de las “convenções coletivas” y “decisões arbitrais” se produciría en forma que quede garantizada la igualdad de trato que demanda el Derecho de la Unión.

No cabe pasar por alto que las más ventajosas condiciones contenidas “em regulamentação coletiva de trabalho de eficácia geral aplicável”, a las que ordena estar el *Código do Trabalho*, no se limitan a las establecidas en “convenções coletivas” y “decisões arbitrais” en relación con las materias objeto de la protección. Las empresas prestadoras de los servicios también habrán de garantizar, en tales materias, las condiciones resultantes de cualesquiera otros “instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho”, tanto “negociais” (o con origen en el ejercicio de la

⁸⁵ Téngase en cuenta que, en el caso de los desplazamientos de trabajadores de empresas de trabajo temporal, puede llegar a ser obligado que éstas garanticen condiciones de trabajo reguladas en el “acordo coletivo” o en el “acordo de empresa” que rija en la empresa usuaria o, con más amplitud, en “convenção coletiva” o “decisão arbitral” carente de eficacia general. La observancia de esa regulación se produciría en cumplimiento del derecho de los trabajadores cedidos, mientras dure el desplazamiento, al disfrute de condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto (véase supra, apartado 3.4). La necesidad de tal observancia en modo alguno entra en oposición con lo dispuesto en el apartado 8 del art. 3 de la Directiva 96/71/CE. Todo lo contrario. La interpretación sistemática del apartado, en su versión anterior y en la nueva, impide apreciar en él la intención de que los desplazamientos a los que se ha hecho referencia no constituyan una posible excepción a la regla de la garantía de las condiciones de trabajo y empleo establecidas por “convenção coletiva” o “decisão arbitral” declarada de “aplicação geral”. En tales desplazamientos, la toma en consideración de la “convenção coletiva” o “decisão arbitral” carente de eficacia general (puede ser, ser, se insiste, un “acordo coletivo” o un “acordo de empresa”) aplicable a la empresa usuaria se sustentaba, hasta ahora, en la relación entre apartado 8 y el apartado 10 del igual artículo; con la modificación de este artículo, pasa a sustentarse en su apartado 1-B y en la nueva redacción que recibe su apartado 10.

autonomía colectiva; “acordo de adesão”) como “não negociais” o, si se prefere, de origen heterónomo, como es, típicamente, la “portaria de extensão”. Lo que determina la observancia de las condiciones es la “eficácia geral” del “instrumento de regulamentação coletiva”, no su origen. En el caso de las “convenções coletivas” y “decisões arbitrais”, esa “eficácia geral” se puede alcanzar, además de mediante el “acordo de adesão”, a través de la “portaria de extensão”⁸⁶. Uno y otra permiten superar la limitación que representa la sujeción del ámbito inicial de las “convenções coletivas” y de las “decisões arbitrais” al denominado “princípio de filiação”⁸⁷.

⁸⁶ Art. 514 del *Código do Trabalho*: “A convenção colectiva ou decisão arbitral em vigor pode ser aplicada, no todo ou em parte, por portaria de extensão a empregadores e a trabalhadores integrados no âmbito do sector de actividade e profissional definido naquele instrumento”.

⁸⁷ Art. 496 del *Código do Trabalho*.