

REFLEXIÓN SOBRE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR EN LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES

Consuelo Ferreiro*

Universidade de Santiago de Compostela

Resumen

La Directiva 96/71/CEE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, que ha sido transpuesta por la Ley 45/1999, de 29 noviembre, afronta la determinación del régimen jurídico aplicable a los trabajadores que se desplazan por orden del empresario por el territorio de la Unión Europea. Si bien, la efectividad de sus garantías no se confía al voluntario cumplimiento por parte de las empresas que proceden a desplazar a sus trabajadores, ni tampoco se deja en manos de los tradicionales procedimientos de control de las normas laborales propias de cada Estado miembro. En su lugar, se diseñan dos tipos de actuación, la informativa y la fiscal o inspectora, de modo que la autoridad administrativa designada por el Estado de acogida tendrá la obligación de comunicar al empresario que desplaza trabajadores y a éstos mismos sobre las normas aplicables, entre ellas los convenios colectivos. El cumplimiento de esta obligación es especialmente difícil en España por la distinta naturaleza y eficacia de los convenios y por el desconocimiento, en muchas ocasiones, de su auténtico ámbito subjetivo de aplicación.

Palabras clave: Prestación transnacional de servicios, Trabajadores por cuenta ajena, Deber de informar sobre las normas aplicables en el Estado de acogida

Abstract

The Directive 96/71/CEE of the Parliament and the Council, of December 16th, relative to the displacement of workers by employer order's to the European Union countries, that has been transposed by Act 45/1999, of November 29th, confronts the determination of the legal regime applicable to these workers. Although, the effectiveness of its guarantees does not trust to the voluntary fulfilment of the enterprises that come to move to its workers, nor the traditional procedures of control of the own labor law of each State. In his place, there are two types of obligations, informative and public

Recibido: 24/11/06. Aceptado: 10/01/07

* Prof^º Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

inspector, so that the administrative authority designated by the reception State will have the obligation to communicate the enterprises who moves workers and these same ones the applicable law, specially the collective agreements. The fulfilment of this obligation is difficult in Spain by the different nature and effectiveness from the agreements and by ignorance, in many occasions, of its authentic collective bargaining unit.

Keywords: Displacement of workers, Workers versus independent contractors, Informative obligation relative to the internal labor law

I. Introducción

El que estas palabras traten sobre los desplazamientos temporales de trabajadores entre los diversos Estados miembros de la Unión Europea no comporta novedad alguna, toda vez que el año 2006 ha sido destinado por las instituciones de aquélla a la "movilidad", y toda vez que Galicia, limítrofe del norte de Portugal, integra con éste una zona económica de notable actividad en la que resulta ya habitual la categoría de trabajador transfronterizo. La existencia de la Directiva 96/71/CEE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, evidencia que la movilidad de los trabajadores transfronteriza o no era una realidad en la fecha de su promulgación, fecha por cierto tardía, tanto si se compara con la de nacimiento de las Comunidades Económicas Europeas o, por constituir un importante hito jurídico, con la de la promulgación del Reglamento 1408/71/Consejo, de 14 junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los familiares que se desplazan¹; cuanto si se trae a la memoria el intenso intercambio de mano de obra que ha caracterizado el centro de Europa, en alusión a Bélgica, Luxemburgo, norte de Francia y oeste de Alemania, en donde ya se constata, por la circunstancia esgrimida, la existencia de una organización patronal - Confederación Europea de Autónomos-*Bundesverband Deutschland* (CEDI-BVD)²-, que aglutina a autónomos y pequeños empresa-

¹ En la actualidad, derogado por el Reglamento 883/2004/Consejo, de 29 abril, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social que modifica y mejora lo dispuesto en el Reglamento 1408/71.

² Creada en 1973, con el fin de defender los intereses de los trabajadores autónomos y de las pequeñas y medianas empresas, cuenta con organizaciones afiliadas de seis diferentes países, si bien su carácter de interlocutor social en el nivel europeo todavía se discute su carácter de organización europea. Está integrada por: 1) el *Syndicat Neutre pour Indépendants* (SNI), de Bélgica; 2) la CEDI de Francia; 3) el *De Nederlandse Kermisbond*,

rios oriundos de tales países, además de pactos colectivos “internacionales” que se remontan a la década de los cincuenta³.

En cualquier caso, la Directiva 96/71/CEE viene a colmar lo que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJUE) catalogaba “de falta de armonización en la materia” (sentencia de 26 febrero 1991, asunto *Comisión contra Italia* [C-180/89]), subsanada por la aplicación directa de los arts. 59 y 60 del Tratado que generaron una interesante doctrina jurisprudencial en materia de libre prestación de servicios y desplazamientos transnacionales. En nuestro ordenamiento jurídico, su aplicación se logra a través de la promulgación de la Ley 45/1999, de 29 noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Pues bien, la efectividad de las garantías consignadas en la Directiva 96/71/CEE ni se confía en su voluntario cumplimiento por parte de las empresas que proceden a desplazar a sus trabajadores, ni se deja en manos de los tradicionales procedimientos de control de las normas laborales propios de cada Estado miembro⁴. En su lugar, se diseñan dos tipos de actuación, la informativa y la fiscal o inspectora, tal y como se deduce de su art. 4, y como se consigna en los arts. 5 a 9 de la Ley 45/1999, indirectamente, se reivindica la preferencia de la norma territorial en la regulación de las condiciones del trabajo y se dibuja el lugar de trabajo como núcleo de imputación de responsabilidades en clara contradicción con los designios del paralizado proyecto de directiva Bolkenstein.

de Holanda; 4) la *Confesercenti*, de Italia; 5) el *ÖVI*, de Austria; y 6) la *CEDI*, de Luxemburgo. El hecho de que la mayoría de las personas afiliadas a través de las organizaciones nacionales procedan principalmente de Alemania y que este País tenga una asociación de idéntico nombre -*Bundesverband Deutschland*- a la que se han asociado las procedentes de los Estados recién citados, hace pensar que se está ante una asociación nacional, en este caso alemana, y la información que suministra a las Instituciones comunitarias no arroja ninguna luz para sostener lo contrario. Sobre esta cuestión, consúltese la página web: <http://www.trav.ucl.ac.be/partenaires>.

³ Tal es el caso de dos convenios de transportes en barcos por Renania (1950), en los que se regulaban condiciones de trabajo y protección social, respectivamente; o, del mismo año, el “Convenio de Seguridad Social de Trabajadores de Transportes Internacionales”.

⁴ Véase, con todo detalle, GÁRATE CASTRO, J., CABEZA PEREIRO, J., y GOMES, J., *Aspectos jurídicos de las relaciones laborales en la euroregión Galicia-Norte de Portugal*, Consello Galego de Relacións Laboráis (Santiago de Compostela, 2006), págs. 145 y ss.

II. Sobre las obligaciones informativas

Las Administraciones públicas de los Estados miembros son llamadas a cooperar en el ámbito de los desplazamientos transnacionales mediante la evacuación de respuestas a demandas relativas “al suministro transnacional de trabajadores, incluidos los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades transnacionales presuntamente ilegales” (art. 4.2 Directiva 96/71/CEE), y al planteamiento de esas mismas demandas ante otros Estados. Precepto cuya plasmación en nuestro Derecho interno se encuentra en el art. 9.1 Ley 45/1999, para quien esas “Administraciones públicas” serán la Inspección de Trabajo y la autoridad laboral. Ésta, por vía de los arts. 149.1.1º CE y 29.1 Estatuto de Autonomía de Galicia, es encarnada por la correspondiente Comunidad Autónoma, no en vano se trata de una competencia comprendida en la ejecución de la legislación laboral.

Paralelamente, se diseña otra obligación informativa, la que se dirige desde el Estado de acogida al interesado –concepto a determinar por la ley estatal– que la recaba en materia de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados y de otras cuestiones estrechamente relacionadas⁵. Diseñada así por el art. 4.3 Directiva 96/71/CEE, su origen se encuentra en la sentencia de 27 marzo 1990, *asunto Rush Portuguesa* (C-113/89), según la cual, como el Derecho Comunitario “no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación (...) a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cual sea el país de establecimiento del empresario”, es lógico que tal empresario obtenga información fehaciente sobre la legislación de la que se habla. En términos más concretos, el art. 7 Ley 45/1999 se hace eco de ello al atribuir a la autoridad laboral –según lo adelantado y, con carácter general, la Comunidad Autónoma– el suministro de esa información y, además, precisa quien la puede recabar, esto es: 1) los órganos administrativos que tengan competencias en materia de desplazamientos transnacionales e otros Estados miembros de la Unión Europea o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; 2) las empresas que vayan a desplazar trabajadores a España; 3) las asociaciones empresariales que representen los intereses de las empresas que desplacen trabajadores; 4) los propios

⁵ Se tratarán con ocasión de aludir a las obligaciones informativas de las empresas que desplacen trabajadores.

destinatarios de la prestación transnacional de servicios; 5) las asociaciones que representen a éstos últimos; 6) los trabajadores ya desplazados o que se vayan a desplazar a España; y 7) los sindicatos u otros órganos que los representen. Por su parte, el art. 3 explicita que el contenido de la información versa sobre las condiciones de trabajo previstas en la legislación española, aunque se entiende ha de ser completado con lo dispuesto en su art. 5 sobre la duración y otros elementos esenciales del desplazamiento.

Con la sentencia de 21 octubre 2004, asunto *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo* (C-445/03), la última en aplicar el Derecho Comunitario anterior a la promulgación y conclusión del plazo de transposición –el 16 de diciembre de 1999– de la Directiva 96/71/CEE, se especifica otra obligación de carácter informativo que recae sobre la empresa con trabajadores desplazados. Se trata de “notificar previamente a las autoridades locales el desplazamiento de uno o varios trabajadores por cuenta ajena, la duración prevista para su estancia y la prestación o prestaciones de servicios que justifican tal desplazamiento”. La Ley 45/1999 cumple su papel al describir, en su art. 5, el contenido de la comunicación de desplazamiento, siempre que éste exceda de ocho días, pues para el caso contrario no se precisa, así como su destinatario, la autoridad laboral, a quien le imputa que ponga en conocimiento de las inspección de Trabajo y de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria los hechos.

Aunque la Directiva 96/71/CEE y la Ley 45/1999 guarden silencio subsiste un ulterior y, no por ello, menos importante deber de información, el del empresario al trabajador desplazado. En efecto, la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, establece la obligación del empresario de informar y comunicar al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo con inclusión de los que resulten necesarios a causa del desplazamiento a otro país (Sentencia de 23 noviembre 1999, asunto *Arblade y Leloup* [C-369/96 y 376/96]). Es cierto que, al recaer sobre el empresario la obligación de garantizar a los empleados desplazados las condiciones de trabajo aludidas en el art. 3 de la citada Ley 45/1999, cabe presumir que se ha suministrado la información suficiente al respecto; pero, para el caso de que ello no fuere así, se encuentra el refuerzo proporcionado por esa Directiva 91/533/CEE.

III. Sobre la actuación inspectora

El incumplimiento de la obligación de comunicación del desplazamiento constituye una infracción administrativa prevista en el art. 10 de la LISOS, de grado leve a muy grave, según la existencia de simples defectos formales o del retraso en la comunicación o de la falsificación u ocultación de datos. También lo es la vulneración de la obligación de comparecer y presentar la documentación acreditativa de la corrección del desplazamiento a requerimiento de la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto que manifiesta una conducta obstructiva tipificada en el art. 50 de la LISOS. Lo mismo se preconiza de violentar la obligación de garantizar por parte de los empresarios a sus trabajadores desplazados las condiciones de trabajo dispuestas en el art. 3 de la Ley 45/1999. Y, todo ello sostenido porque el art. 8 Ley 45/1999 atribuye a la Inspección de Trabajo “la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la presente Ley” en concordancia con lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora del mencionado cuerpo de funcionarios.

La conclusión inmediata estriba en que algunas de las obligaciones informativas de las que se venía hablando pesan sobre las condiciones de trabajo y sobre la legislación social española. Pesan, a su vez, porque España vigila el cumplimiento de una normativa, la suya propia, que puede exigir por medios adecuados al efecto, según la sentencia de 3 febrero 1982, asunto *Seco y Desquenne and Giral* (62/81 y 63/81). O, dicho de otro modo, la ley 45/1999 parte de la aplicación de la norma española en los límites de una prestación transnacional de servicios que tenga lugar en territorio nacional y, como es de recibo, atribuye a la Inspección de Trabajo su estricta fiscalización. Ya se ha tenido ocasión de tratar esta cuestión en el asunto *Rush Portuguesa* (1990), con doctrina reiterada de inmediato en el caso *Guiot* (Sentencia de 28 marzo 1996 [C-277/94]), según los cuales el Derecho Comunitario admite que los Estados miembros extiendan “su legislación o los convenios colectivos celebrados por los interlocutores sociales (...) a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal⁶, en su territorio,

⁶ A salvo lo dispuesto en la sentencia de 15 marzo 2001, asunto *Mazzoleni, Inter Surveillance Assistance SARL y Guillaume* (C-165/98), según la que “los arts. 59 y 60 del Tratado no se oponen a que un Estado miembro imponga a una empresa establecida en otro Estado miembro y que efectúe una prestación de servicios en el territorio del primer Estado miembros la obligación de pagar a sus trabajadores la retribución mínima que fijen las

con independencia de cual sea el país de establecimiento del empresario". De cualquier modo, la extensión de esa legislación, incluso la pactada, se supe- dita, en primer lugar, a que no sea restrictiva de la libre prestación de servi- cios. Tal sucede, por ejemplo, si se impusiese a la empresa la obligación de cotizar por los trabajadores desplazados en el Estado de acogida cuando ya lo hace en el de residencia y por los mismos conceptos, sin que se reporte "ninguna ventaja social a los trabajadores de que se trate" (asunto *Arblade y Lelloup*, 1999); o condicionar la actividad de la empresa con domicilio en otro Estado miembro a la obtención de una autorización administrativa no exigida a las empresas domiciliadas en el Estado receptor de los despla- zamientos (sentencia de 21 octubre 2004, asunto *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo* [C-445/03]). Y en segundo término, si fuese restrictiva, tuviese su justificación en razones imperiosas de interés general⁷ que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza su actividad en el Estado miembro en el que se haya establecido, en cuyo caso habrá que comprobar si tal interés general se garantiza por las normas del estado prestador de servicios. Lo que no ocurre si el Estado receptor de los desplazamientos limita la libre prestación de servicios en aras de objetivos de carácter económico como la protección de empresas nacionales. En el caso *Portugaia Construções L.da.* (sentencia de 24 enero 2002 [C-164/99]) no se consideró una limitación justa el que un empresario domiciliado en Alemania pueda abonar, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, un salario mínimo inferior al establecido en el convenio colectivo declarado de aplicación general y exigido a las empresas que desplazaban a trabajadores a dicho país.

Sobra decir que proporcionar información sobre la normativa estatal o autonómica social a las Administraciones públicas de otros países, a los

normas nacionales de dicho Estado". Pero la aplicación de tales normas podría resultar desproporcionada cuando se trata de trabajadores de una empresa establecida en una región fronteriza que deban realizar, a tiempo parcial y durante breves períodos, parte de su trabajo en el territorio de uno o varios Estados miembros distintos del Estado de establecimiento de la empresa. En tales casos, "incumbe a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida determinar si la aplicación a la referida empresa de una normativa nacional que establece un salario mínimo es necesaria y proporcionada para garantizar la protección de los trabajadores afectados y, de ser así, en qué medida".

⁷ Es el caso, de acuerdo con el asunto *Arblade y Lelloup* (1999) de la protección en general de los trabajadores (pago del salario mínimo, cotización, llevanza de documentos previstos en la legislación social y su conservación, etc.) y, en particular, la protección social, de los trabajadores del sector de la construcción.

empresarios y a los que están legitimados para recabarla según el art. 7 Ley 45/1999 no ha de constituir un grave problema a nuestra Autoridad laboral. Pero hacer lo propio con la normativa convencional puede tener un resultado bien distinto. La Directiva 96/71/CEE no introduce ninguna medida específica relacionada con el control y conocimiento de los convenios colectivos. Probablemente no era conveniente que lo hiciese por la diversos tipos existentes en los Estados miembros y por la diferencia radical de los sistemas de negociación colectiva. Lo cierto es que en países significativos de la Europa central (como Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Austria y Holanda), sólo se exige la aplicación a las empresas que les envían trabajadores en régimen de desplazamientos temporales de convenios colectivos llamados “generales” porque una disposición normativa (se suele utilizar la expresión en el respectivo idioma nativo equivalente a “decreto”) ha ampliado al extremo su eficacia limitada. En otros Estados (por ejemplo, Francia), el recurso frecuente a los actos de extensión de los convenios viene a dotar de un amplio campo de aplicación a convenios de eficacia limitada, lo que facilita el conocimiento de las normas. Incluso más, estos mismos países avezados en el manejo del Derecho Comunitario han arbitrado técnicas para cumplir sus labores informativas en el ámbito de los desplazamientos. La más depurada de ellas se lleva a término en Alemania que ha creado una guía (utilizando la expresión latina “vademécum”) de los convenios colectivos vigentes y su ámbito de aplicación (vid. Sentencia de 14 abril 2005, asunto *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Federal de Alemania* [C-341/02]). No creo que sea ese nuestro caso, habida cuenta que la ley 45/1999 no excluyó ningún tipo de convenio colectivo ni, por supuesto, de pacto o acuerdo, de las disposiciones cuyo cumplimiento puede exigir el Estado español a las empresas que efectúen desplazamientos. Así, entran en juego los convenios de eficacia general, que son los que generan menos problemas, los de eficacia limitada, unos y otros sea cual sea su ámbito de aplicación, los laudos arbitrales, los acuerdos de fin de huelga que regulen condiciones de trabajo, los acuerdos de adhesión, los pactos de empresa dispersos a los largo del articulado del Estatuto de los Trabajadores e, incluso, los actos de extensión. A ello se adiciona el que la determinación del convenio aplicable ha sido y continúa siendo una cuestión que se dilucida en múltiples casos en los tribunales. Pienso que la inseguridad jurídica está servida para los trabajadores, que al

desconocer la exacta normativa a aplicar pueden padecer indefensión, y a los empresarios, posibles sujetos sancionados, que también pueden sufrir el mismo castigo.

IV. Una reflexión

Más que una, son múltiples las que se pudieran hacer. Pese a ello elijo la que incide directamente en la construcción del Derecho Comunitario, un derecho supranacional que ha hecho primar su territorialidad y ha absorbido parcelas a la del Derecho de cada Estado miembro. En este caso, la situación resulta ser la inversa: la preeminencia de la norma estatal en su diferente rango y naturaleza, o sea, el reforzamiento de la territorialidad del Derecho interno. Sin querer el Derecho comunitario da carta de naturaleza a lo que desde hace cerca de tres décadas el Derecho francés ha denominado "*l'unité économique et sociale*"⁸; a convertir en centro de imputación de la legislación laboral y de las responsabilidades de su incumpliendo al espacio físico concreto (o virtual para los teletrabajadores dependientes), con independencia del origen y del tipo de relación jurídica que vincula a los que en él prestan sus servicios y a su titular.

⁸ Con detalle en COUTURIER, G., "L'unité économique et sociales-tente ans après", *Semaine Sociale Lamy*, nº 1140, 2003, págs. 56 y ss.

