

Consejo de redacción

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Presidente

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Vicepresidente y Director de Publicaciones

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MANUEL ABADÍA VICENTE

*Exmagistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia
Abogado*

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MIGUEL CARDENAL CARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ISABEL VICTORIA GONZÁLEZ PACANOWSKA

Catedrática de Derecho Civil

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JUAN MARTÍNEZ MOYA

*Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia
Vocal del Consejo General del Poder Judicial*

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)
Director de la "Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum"*

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

CRISTINA SÁNCHEZ RODAS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado del Tribunal Supremo*

M^a Luisa Pérez Guerrero

M^a Gema Quintero Lima

Directoras

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca

Coordinador

La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores

Autores:

Juan Carlos Álvarez Cortés

Margarita Barrera Lozano

Fco. Javier Calvo Gallego

Iluminada R. Feria Basilio

Carolina Gala Durán

Dolores Gómez Domínguez

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca

Amparo M. Molina Martín

M^a Luisa Pérez Guerrero

M^a Gema Quintero Lima

María Villa Fombuena

economía favorece la aparición de empresas dedicadas en exclusiva o expertas en el desplazamiento de trabajadores, a cuyo consejo se puede recurrir para facilitar la tarea. Igualmente, comienzan a publicarse buenas prácticas en la materia, que pueden arrojar luz y articular el camino; así, el British Safety Institute publicó en 2016 la PAS 3001:2016, una especificación que pretenden ayudar a las empresas a gestionar los riesgos a los que se enfrentan sus trabajadores cuando viajan, así como a desarrollar políticas y estrategias destinadas a la prevención y mitigación de esos riesgos.

Sea a través de medios propios y/o con el apoyo de terceros especializados en la materia, lo que se nos antoja más evidente es la necesidad de que toda empresa inmersa en procesos de internacionalización o que piense estarlo en tiempos venideros, debe trabajar en la adopción de una auténtica política corporativa sobre desplazamiento de trabajadores. Especialmente si se trata de empresas que envían a trabajadores al extranjero, pero también si van a colaborar con trabajadores de empresas extranjeras, las organizaciones deben abordar esta cuestión de manera singular y plena, desde el convencimiento de que la seguridad, salud y bienestar de los trabajadores en el extranjero, propios y de terceros, no es sólo una cuestión de cumplimiento legal y mitigación de riesgos judiciales, sino aún más de derechos humanos y sociales que redundan en su rendimiento, éxito y responsabilidad corporativa. En este sentido, la construcción del deber de cuidado sobre el ámbito del desplazamiento de trabajadores parece expandir la óptica tradicional de la prevención de riesgos laborales para exigir, por supuesto, la cuidadosa observancia de la legislación aplicable, pero también la adopción de medidas de protección y salvaguarda del trabajador desplazado más allá de su lugar y tiempo de trabajo. Esta expansión, unida a las seguras afecciones psico-sociales y a las posibles implicaciones familiares, obliga a desplegar un esfuerzo conjunto de toda la organización por generar una visión omnicompreensiva de los procesos de desplazamiento.

MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES: LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y LA AUTORIDAD LABORAL EUROPEA EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA PRECARIEDAD EN EL EMPLEO*

MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE HUELVA
ORCID: 0000-0002-2596-7707

1. Introducción

La aplicación de los principios fundamentales del mercado interior reconocidos a través del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), especialmente de la libertad de circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, ha llevado a la elaboración de cuantiosas normas de derecho derivado, que tratan de profundizar en la aplicación y cumplimiento de los principios, a la vez que se tratan de proteger los derechos de igualdad de las empresas y, por lo que a nosotros interesa, las condiciones laborales de los trabajadores que son desplazados por sus empresas en el marco de una prestación de servicios transnacional, al amparo de estos principios fundamentales. La necesidad de luchar contra el “dumping social” que genera precariedad en el empleo y discriminación de trabajadores en el marco de los desplazamientos transnacionales, así como la de acabar con las prácticas fraudulentas y el trabajo no declarado en este ámbito, también ha sido objeto de regulación en el derecho derivado, de forma que, en 1996, se adoptó la Directiva 96/71/CE con la intención de regular los pormenores del desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Pero, como veremos en este capítulo, no debemos perder de vista el difícil equilibrio que ha existido siempre entre el establecimiento de medidas de control y los requerimientos administrativos de los Estados miembros de cara a

* Este trabajo se enmarca en los resultados del Grupo PAIDI SEJ-322 y de los Proyectos “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: Desigualdad, precariedad y exclusión social” (RTI2018-098794-B-C31) y “Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social” (FEDER18-1264479 y US-1264479).

estos desplazamientos transnacionales de los trabajadores, y el respeto al principio de libre prestación de servicios. Pues, como constataremos en este estudio, el Tribunal de Justicia de la UE ha rechazado cualquier obstáculo al ejercicio de este principio fundamental dentro de la UE y del espacio económico europeo, impuesto por los Estados miembros o los firmantes del Acuerdo del Espacio Económico Europeo¹, por contravenir los artículos 56 y 57 del TFUE.

Como veremos también, la Directiva 96/71/CE resultó insuficiente en su regulación, debiendo construir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una jurisprudencia interpretativa de la misma, que ha dado lugar, precisamente por los pronunciamientos de éste, a varias revisiones de la norma que han pretendido avanzar en la garantía de los derechos de los trabajadores desplazados y en la igualdad de las empresas implicadas y, sobre todo, en el respeto de las libertades de establecimiento y prestación de servicios². Así, la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, vino a establecer ciertos mandatos para garantizar el cumplimiento de ésta, siendo transpuesta a nuestro ordenamiento interno en 2017, a través del Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo.

Recientemente, en un intento por fomentar el llamado Pilar Social Europeo de Derechos Sociales y de dar más protagonismo a la dimensión social de la política de la Unión³, el Parlamento Europeo y el Consejo, han elaborado una nueva revisión de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores, con el objetivo de avanzar en el logro del equilibrio entre “la necesidad de fomentar la libre prestación de servicios y garantizar condiciones de competencia equitativas, por un lado, y la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores desplazados, por otro”⁴. A estas nuevas previsiones que incluye

la Directiva 2018/967, cuyo plazo de transposición finaliza el próximo 30 de julio, hay que añadir las que recoge la Directiva 2019/1152⁵, que mejora y refuerza la obligación de comunicación de las empresas de las condiciones de trabajo a sus trabajadores desplazados⁶.

En lo que a nosotros interesa, de cara a desarrollar este estudio, entre los objetivos que recoge la nueva Directiva 2018/967, también se encuentran la necesidad de hacer un seguimiento, tanto por parte de los Estados Miembros como por parte de la Comisión Europea, a este fenómeno del desplazamiento de trabajadores, con el fin de contar con datos estadísticos suficientes, en particular, en sectores de empleo específicos⁷. De ahí que se refuercen los deberes de información y transparencia por parte de los Estados Miembros. Pero también es preciso que esa información fluya entre los Estados implicados en los desplazamientos de trabajadores para poder garantizar la aplicación de condiciones de trabajo adecuadas y equitativas a éstos. Pues, tal y como han puesto de manifiesto las instituciones europeas, la Directiva resulta ineficaz sin una adecuada cooperación entre los Estados implicados en el desplazamiento de carácter transnacional.

Los sistemas de coordinación y cooperación administrativas, reforzados tras la Directiva 2014/67, se completan con otros sistemas de información que ya venían funcionando, como el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), regulado por el Reglamento (UE) nº 1024/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012⁸, que se concibe como una herramienta de intercambio de toda la información –incluidos datos personales– que sea requerida como obligación jurídica impuesta a las autoridades y organismos de

servicios y la garantía de condiciones equitativas para los trabajadores, ha sido el aspecto más demandado por la Comisión Europea, tal y como lo pone de manifiesto, por ejemplo en la Comunicación de 13 de junio de 2007 sobre “desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores”, conforme a la cual, “a la hora de controlar el cumplimiento del núcleo de normas imperativas aplicables, los Estados miembros deben procurar un justo equilibrio entre, por una parte, la necesidad de ofrecer y garantizar una protección efectiva de los trabajadores y, por otra, la necesidad de velar por que los requisitos formales y las medias de control que se utilizan o imponen para garantizar el respeto de las razones imperiosas de interés general (como la protección de los trabajadores desplazados), incluida la manera en que efectivamente se aplican, cumplen o se implementan en la práctica, estén justificadas y sean proporcionales con los objetivos perseguidos”.

⁵ Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE L. 2019-81159, de 11 de julio).

⁶ Vid. el comentario a esta Directiva que realiza M. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, “La Directiva 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº11, 2019, pp. 1089-1108.

⁷ Considerando 5 de la Directiva 2018.

⁸ DOCE L.316 de 14 de noviembre de 2012.

¹ Las referencias a los Estados Miembros, en adelante, se entenderán hechas también a todos aquellos que forman parte del Espacio Económico Europeo, tal y como consta en la Directiva 2018/957.

² En este sentido, resulta de interés el capítulo de esta misma obra destinado a los aspectos individuales, elaborado por el Profesor Calvo Gallego, quien realiza un recorrido en profundidad por la jurisprudencia del TJUE en la materia.

³ Pilar Social Europeo que está fundado en el artículo 3 del TFUE, que hace referencia a una economía social de mercado, de pleno empleo y al progreso social, a combatir la discriminación, a promover la justicia y la protección social, a la igualdad entre hombres y mujeres, la solidaridad entre generaciones y la protección de los derechos del niño. Vid. en relación con el desarrollo de este Pilar Europeo, M. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Nuevos instrumentos regulatorios de la Europa Social”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, 2019, pp. 1043 y ss.

⁴ Vid. Considerando 4º de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE L. 173, de 9 de julio de 2018). Precisamente esta consecución del equilibrio entre la defensa del principio de libre prestación de

los Estados miembros en la legislación de la Unión. Y se afianzan en la Directiva 2018, donde se regula un auténtico deber de los Estados Miembros de colaborar y coordinar actuaciones, incluso conjuntas, en el control y vigilancia de las normas relativas a las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados. Todo, como veremos, con la supervisión de la Comisión Europea, a quien la Directiva le otorga la función de examinar la aplicación y el cumplimiento de la misma⁹.

Sin duda, uno de los aspectos que más preocupa a las instituciones de la Unión Europea es la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad dentro del Espacio Económico Europeo, y, en particular, la igualdad de remuneración. Para proteger y garantizar la aplicación de estos principios de igualdad en las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados, se hace preciso que tanto las autoridades y organismos europeos competentes, como los propios Estados puedan conocer y verificar dichas condiciones. Para ello, se refuerzan, como hemos dicho, los mecanismos de comunicación, transparencia e información entre Estados y entre éstos y las autoridades europeas¹⁰, dirigiendo a aquéllos el mandato de garantizar que la información contenida en el sitio web nacional oficial único –obligación que ya creara la Directiva 2014/67– es exacta y que es actualizada periódicamente.

En tercer lugar, hemos de recordar que la lucha contra los abusos derivados del desplazamiento de trabajadores y deslocalización de empresas es otro de los objetivos de la Directiva 2018¹¹; así como la lucha contra el fraude relacionado con estos desplazamientos¹². Para ello, la Unión Europea cuenta con la Plataforma Europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado, establecida por Decisión (UE) 2016/344, del Parlamento Europeo y del Consejo, que participa igualmente en el seguimiento y la evaluación de los casos de fraude y en la mejora del funcionamiento y la eficiencia de la cooperación administrativa entre los Estados miembros; así como con el Comité de expertos sobre desplazamiento de trabajadores, establecido por Decisión 2009/17/CE de la Comisión.

⁹ Artículo 2 de la Directiva 2018/957, cuya redacción obliga a la Comisión a presentar, a más tardar el 30 de julio de 2023, un informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación y puesta en práctica de la Directiva, proponiendo, en su caso, las modificaciones necesarias de esta Directiva y de la Directiva 96/71.

¹⁰ Vid. Considerando 21 de la Directiva (UE) 2018/957, conforme al cual “dado que la transparencia de la información y el acceso a esas informaciones son esenciales para la seguridad jurídica y la aplicación de la normativa, en relación con el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE, está justificado extender a los Estados miembros, la obligación de publicar la información sobre las condiciones de trabajo en el sitio web nacional oficial único”.

¹¹ Vid. Considerando 22 de la Directiva (UE) 2018/957, vuelve a recordar los instrumentos que se contenían en la Directiva 2014/67 para identificar situaciones de desplazamientos reales y “prevenir el abuso y la elusión de las normas”.

¹² Vid. Considerando 27 de la Directiva (UE) 2018/957.

Con este objetivo, la Directiva 2018/957 ha modificado el artículo 4º de la Directiva 96/71/CE, incluyendo un nuevo mandato a los Estados Miembros dirigido a la cooperación entre la autoridades y organismos competentes de cada Estado, reforzando por tanto el papel de estos en la lucha contra los casos de abuso manifiesto o de actividades presuntamente ilegales, así como transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio relacionados con el desplazamiento de trabajadores.

No obstante, es clara la Directiva cuando afirma que todo ello debe ser compatible con el desarrollo de la libre prestación de servicios, principio fundamental reconocido en el TFUE. Así lo expresa la Directiva 2018/957 en su considerando número 10 cuando dice que “es necesario garantizar una mayor protección de los trabajadores para salvaguardar la libre prestación de servicios en condiciones equitativas tanto a corto como a largo plazo, en particular, evitando que se vulneren los derechos garantizados por los Tratados”. De modo que “las normas que garantizan a los trabajadores esa protección no pueden afectar a la potestad de las empresas de acogerse al derecho de libre prestación de servicios”. Situando, como siempre ha venido haciendo la Unión Europea, el respeto a la libertad de prestación de servicios en un lugar privilegiado garantizado por el Tratado de la Unión¹³.

Y es que, no podemos olvidar que, la falta de uniformidad en las condiciones de trabajo de los Estados Miembros genera dificultades en la aplicación de estas libertades cuando la prestación de servicios tiene carácter transnacional y se desarrolla en dos o más países de la Unión Europea. No obstante, la propia Directiva 2018/957, en lógica consonancia con el desarrollo del Pilar Europeo de Derechos sociales y la nueva dimensión social de la Unión Europea, insiste en la necesidad de establecer “un marco equilibrado en materia de libertad de prestación de servicios y de protección de los trabajadores desplazados”, que habrá de ser “no discriminatorio, transparente y proporcionado, a la vez que respetuoso con la diversidad de los sistemas nacionales de relaciones laborales”¹⁴.

Por último, como colofón al conjunto de medidas y normas destinadas a hacer posible la garantía de condiciones de trabajo equitativas entre los trabajadores desplazados en la Unión Europea, se crea la Autoridad Laboral

¹³ Esta superioridad otorgada a la libre prestación de servicios ha sido criticada por la mayoría de la doctrina iuslaboralista. Vid. por todos, G. LOY, “La deriva antisocial en Europa”, en *Actum Social*, nº 35, 2010; M. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, en el libro colectivo *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Logroño. Vol. 2, 2010, pp. 311-461; y J. APARICIO TOVAR, “Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica”, en *Revista de Derecho Social*, n. 79, 2017, pp. 231-253.

¹⁴ Vid. Considerando 24 de la Directiva 2018/957.

Europea, como agencia descentralizada, llamada a contribuir al reforzamiento de la dimensión social de la UE¹⁵, que tendremos ocasión de desarrollar al final de este estudio.

2. La facultad de vigilancia y control de los desplazamientos de trabajadores

Como sabemos, la Directiva 96/71/CE fue transpuesta al ordenamiento español a través de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (LDT, en adelante)¹⁶; que atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y exigencia de su cumplimiento, en desarrollo de las funciones que le confiere la Ley 23/2015, de 21 de julio, siendo la norma de referencia en materia sancionadora la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS, en adelante)¹⁷. Pues, como sabemos, el objetivo de la LDT es el establecimiento de unas “condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional”, y ello “cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo”.

En la misma línea, la Directiva 2014/67 establecía la obligación de los Estados Miembros de garantizar que en su territorio existan mecanismos de comprobación y seguimiento adecuados y eficaces y que se realicen “inspecciones eficaces y apropiadas para efectuar el control y el seguimiento de la observancia de las disposiciones y normas establecidas en la Directiva 96/71/CE”¹⁸. Esta Directiva se dictó una vez constatada la ineficacia de la Directiva 96/71, con el objetivo, por tanto, de garantizar su aplicación entre los Estados miembros. Cuestión que resultó constatada tanto por la Comisión Europea como por el Parlamento que, en diferentes informes, pusieron de manifiesto los problemas ocasionados por la falta de cumplimiento de la Directiva en materia de desplazamientos¹⁹; y por supuesto, por la gran cantidad de cuestiones

prejudiciales sometidas a la interpretación del TJUE, que fue dictando en sus sentencias, las líneas básicas por las que debía transcurrir la aplicación de la Directiva, en relación con el respeto a los artículos 56 y 57 del TFUE.

Por su parte, la Ley 23/2015, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, LITSS), contempla, entre las funciones de la misma, la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas en materia de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional²⁰, quedando, por tanto, habilitada la Inspección de Trabajo, tanto por la LDT como por la Ley 23/2015, para ejercer esta función de fiscalización de las normas relativas a los desplazamientos de trabajadores.

Con este objetivo, la Directiva 2014/67, compelia a los Estados miembros a reforzar las medidas de control para evitar abusos y fraudes en el desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro. La Directiva obliga a los Estados a garantizar la existencia de mecanismos de comprobación y seguimiento en sus territorios, que habrán de ser “adecuados y eficaces”, mencionando, en particular, la obligación de realizar inspecciones eficaces y apropiadas dirigidas a exigir el cumplimiento de la Directiva 96/71. Esta actividad de inspección, según la propia Directiva 2014, sin perjuicio de la posibilidad de realizar inspecciones aleatorias, habrá de planificarse por los Estados miembros, que deberán realizar, en términos de la propia Directiva, una “evaluación de riesgos”, detectando aquellos sectores o actividades en los que se concentra el empleo de trabajadores desplazados.

Es importante destacar que también se refiere la Directiva 2014 a estos controles que los Estados miembros podrán realizar, destacando que las medidas de control adoptadas y las inspecciones realizadas respeten tanto el principio de igualdad y no discriminación, como el de proporcionalidad²¹, de

¹⁵ Este Pilar Europeo de Derechos Sociales fue proclamado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017. Tiene tres vertientes destinadas a garantizar igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo justas y protección e inclusión social. Cada una de ellas con una serie de principios y derechos.

¹⁶ BOE del 30 de noviembre.

¹⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE del 8 de agosto).

¹⁸ Artículo 10 de la Directiva 2014/67.

¹⁹ Son muchos los Informes y Resoluciones elaborados por el Parlamento Europeo, donde podemos encontrar referencias a la ineficacia de la Directiva y la necesidad de reforzar los canales de control y vigilancia de las normas así como los efectivos en las inspecciones laborales de los Estados Miembros. Tal es el caso, por ejemplo, de la Resolución del Parlamento de 25 de octubre de 2006, sobre aplicación de la Directiva 96/71 (2006/2038/INT), donde el Parlamento constata que las medidas previstas en la Directiva sólo serán eficaces si se imponen sanciones y que se precisa, por tanto, un mutuo reconocimiento de sanciones entre los Estados Miembros. Toma nota, además, de

la observación por parte de la Comisión de la ineficacia de las oficinas de enlace nacionales; y apoya la petición de la Comisión de dotar a las oficinas de enlace nacionales del equipamiento y recursos para poder responder con eficacia las peticiones de información y de cooperación de los Estados. O la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 2014, *Inspecciones de Trabajo eficaces como estrategia para mejorar las condiciones laborales en Europa*, donde se especifican los medios humanos y materiales recomendados, en particular un inspector por cada 10.000, siguiendo las recomendaciones de la OIT, así como reforzar las sanciones contra las empresas que no respeten los derechos fundamentales de los trabajadores. Vid. un estudio más extenso de todas las Resoluciones del Parlamento en M.L. MARTÍN HERNÁNDEZ, “Seguimiento del cumplimiento de la Directiva 2014/67/UE y de la Directiva 96/71/CE: el papel de la Inspección de Trabajo”, en el libro colectivo O. FOTINOPOULOU BASURKO (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, 2017, pp. 323 y ss.

²⁰ Artículo 12 de la Ley 23/2015 de la ITSS.

²¹ Destacando además la Directiva en su considerando 4 que las medidas se apliquen de forma que “no generen cargas administrativas ni se limite el potencial de las empresas, especialmente las pequeñas y medias empresas (PYMES), para crear nuevos puestos de trabajo, a la vez que se protege a los trabajadores desplazados”.

forma que “sólo” podrán imponer requisitos administrativos y controles que sean necesarios, utilizando, como vemos, un lenguaje restrictivo. De este modo, añade que los controles y requisitos administrativos deberán estar “justificados” y habrán de ser “proporcionados” de conformidad con el Derecho de la Unión²². Menciona la Directiva algunas medidas o controles que los Estados miembros podrán imponer, respetando, siempre, los principios antes mencionados y, por supuesto, el principio de libre prestación de servicios. Se trata de los siguientes:

- a) La obligación del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro de presentar una declaración simple en la lengua del Estado de acogida, antes del comienzo de la prestación de servicios, que contenga información pertinente necesaria para posibilitar los controles materiales en el lugar de trabajo, en particular, identidad del prestador, número previsto de trabajadores desplazados, personas de enlace y de contacto, duración y fechas inicial y final previstas para el desplazamiento, dirección del lugar de trabajo y naturaleza de los servicios que justifican el desplazamiento.
- b) Obligaciones relacionadas con la conservación y puesta a disposición de la documentación exigida por la Directiva 2019/1152, de condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE; incluida la documentación sobre nóminas y comprobantes del pago de salarios, así como fichas con los horarios de inicio y finalización de la jornada diaria. En todos estos casos, se podrá exigir que la documentación se encuentre disponible en papel o formato electrónico, en el lugar de trabajo, a pie de obra o, en el caso de trabajadores del sector transporte, en el vehículo o en el centro de operaciones.
- c) La obligación de entregar a las autoridades del Estado de acogida, en plazo razonable, los documentos de salarios y horarios, reseñados anteriormente, una vez concluya el desplazamiento.
- d) La obligación de proporcionar los documentos traducidos a la lengua oficial del Estado miembro de acogida, incluyendo otras lenguas oficiales o aceptadas por el citado Estado.
- e) La obligación de designar una persona que sirva de enlace con las autoridades competentes del Estado miembro de acogida en que se presten servicios y para que sea receptor o emisor de documentos o notificaciones, en caso de ser necesario.

²² Artículo 9 de la Directiva 2014/67.

- f) La obligación de designar una persona de contacto, si es necesario, que actúe como representante del prestador de servicios para permitir la negociación colectiva con los interlocutores sociales en el Estado de acogida, durante el período en el que se presten servicios.

Estos son los controles o exigencias administrativas recogidos en la Directiva, lo que no impide que los Estados Miembros, excepcionalmente, implementen estas medidas con otras más robustas, dirigidas siempre a luchar contra el fraude y los abusos, siempre que respeten los principios fundamentales del TFUE, en particular el de la libre prestación de servicios y establecimiento y se encuentren, como hemos dicho, justificados. Así se ha recogido en la Directiva 2014/67, cuando indica, en el párrafo segundo del artículo 9, que los Estados miembros podrán imponer otros requisitos administrativos y medidas de control si se demuestra que los existentes no son suficientes, siempre que respeten los requisitos antes expuestos, es decir, que estén justificados y sean proporcionados.

Es la jurisprudencia del TJUE la que nos ha recalado que “deben considerarse restricciones a la libre prestación de servicios todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de esta libertad”²³, recogiendo una casuística de interés si queremos conocer qué prácticas están permitidas y cuáles no²⁴, por impedir, por tanto, el ejercicio de la libre prestación

²³ Vid. de nuevo STJUE de 12 de septiembre de 2019 (Asuntos acumulados C-64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18).

²⁴ Así, por ejemplo, la STJUE de 23 de noviembre de 1999 (Asuntos C-369/96 y C-376/96), *Arblade y otros*, aclara que es contrario al principio de libre prestación de servicios una normativa estatal que obligue, en el marco de un desplazamiento de trabajadores transnacional, a elaborar y conservar documentos sociales y de trabajo en el Estado miembro, ya que puede suponer gastos y cargas administrativas y económicas adicionales para las empresas establecidas en otro Estado miembro. Tampoco permite el Tribunal, S de 14 de noviembre de 2018 (Asunto C-18/17), *Danieli & C. Officine Meccaniche y otros*, que la normativa nacional supedita la prestación de servicios en el territorio nacional por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro, cuando esta desplaza trabajadores de un tercer Estado, a la concesión de una autorización administrativa, ya que constituye una restricción a la libre prestación de servicios. En el mismo sentido se pronuncia la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (Asunto C-91/13) *Essent Energie*, en la que el Tribunal concluye que “los artículos 56 TFUE y 57 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual, en el supuesto de que una empresa establecida en otro Estado miembro efectúe un suministro de trabajadores nacionales de terceros Estados a favor de una empresa usuaria establecida en el primer Estado miembro, la cual utiliza a esos trabajadores para realizar trabajos por cuenta de otra empresa establecida asimismo en el primer Estado miembro, dicho suministro está supeditado al requisito de que se otorgue un permiso de trabajo para esos trabajadores”. Otro tipo de cargas son las que refiere la STJUE de 7 de octubre de 2010 (Asunto C-515/08) *Santos Palhota*, en la que el Tribunal considera que “los artículos 56 y 57 TFUE se oponen a una normativa de un Estado miembro que obliga a un empleador establecido en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al territorio del primer Estado a enviar una declaración previa de

de servicios y el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional. Pues no podemos olvidar que el artículo 56 TFUE confiere derechos no sólo al prestador de servicios, sino también al destinatario de dichos servicios²⁵.

La única excepción que el TJUE admite a esta regla, es decir, la razón por la cual se podrían admitir medidas nacionales que obstaculizaran o hicieran menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas en el TFUE, sería la del “interés general”, siempre que las medidas sean adecuadas para el objetivo perseguido y no fueran más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo²⁶. Admitiendo, por tanto, el Tribunal todos aquellos requerimientos o controles que vayan dirigidos a la protección de los trabajadores o la lucha contra el fraude, si no existen otras medidas más adecuadas o menos lesivas de la libre prestación de servicios o de la libertad de establecimiento; cuestión que el TJUE siempre tendrá presente a la hora de valorar cuándo estamos ante una medida de control adecuada y cuando no²⁷.

desplazamiento, en la medida en que el comienzo del desplazamiento previsto se subordina a la notificación a este empleador de un número de registro de la declaración y que las autoridades nacionales de ese primer Estado disponen de un plazo de cinco días laborables, desde la recepción de ésta, para efectuar esta notificación. En cambio, no hay nada que objetar en relación a la obligación del empleador establecido en otro Estado miembro que desplace trabajadores al territorio del primer Estado a tener a disposición de las autoridades nacionales de éste, durante el período de desplazamiento, una copia de los documentos equivalentes a los documentos sociales o laborales exigidos por la legislación del primer Estado, así como a enviar dicha copia a estas autoridades al término de este período. También, en relación con el uso de ETTs, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 19 de junio de 2014 Asuntos acumulados *Strojirny Prostějov, a.s.* (asunto C-53/13) y *ACO Industries Tábor s.r.o.* (asunto C-80/13), considera que es contrario al artículo 56 del TFUE, una normativa que exija que “las sociedades establecidas en un primer Estado miembro que utilizan trabajadores empleados y desplazados por empresas de trabajo temporal establecidas en un segundo Estado miembro, pero que operan en el primer Estado a través de una sucursal, estén obligadas a retener en la fuente y a abonar al primer Estado un pago anticipado del impuesto sobre la renta adeudado por los antedichos trabajadores, cuando la misma obligación no está prevista para la sociedades establecidas en el primer Estado que utilizan los servicios de empresas de trabajo temporal establecidas en ese mismo Estado”. En general, el Tribunal se ha mostrado contrario al establecimiento de requisitos o controles discriminatorios, como es el caso de la STJUE de 13 de noviembre de 2018 (Asunto C-33/17) *Cepelnik d.o.o.*, en el que se opone al TFUE una normativa que permita a las autoridades competentes, exigir al dueño de una obra establecido en ese Estado miembro que retenga el pago al contratista establecido en otro Estado miembro o incluso que constituya una fianza por el importe del precio de la obra pendiente de pago, para garantizar el cobro de la multa que podría imponerse a ese contratista en caso de que se demostrase que se produjo una infracción del Derecho del trabajo del primer Estado miembro”.

²⁵ Vid. STJUE de 13 de noviembre de 2018, (Asunto 33/17) *Cepelnik d.o.o.*

²⁶ Vid. STJUE de 12 de septiembre de 2019 (Asuntos acumulados C-64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18), STJUE de 13 de noviembre de 2018, (Asunto 33/17) *Cepelnik d.o.o.* y STJUE de 3 de diciembre de 2014 (Asunto C-315/13) *De Clercq y otros*.

²⁷ Por ejemplo, en el Asunto C-18/17, *Danieli*, el TJUE considera que no se opone al artículo 56 del TFUE el hecho de que un Estado miembro, Austria, en este caso, limite el desplazamiento de

Por ello, entendemos, con algún autor, que se trata de una potestad de carácter más bien excepcional, sometida siempre a la justificación en base a la existencia de una causa de interés general²⁸.

Otro aspecto que podría llevar al rechazo de una medida de control o requerimiento administrativo por parte de un Estado miembro, sería la imposibilidad de su cumplimiento por parte de la empresa o prestador de servicios, ya que la Directiva 2014/67 exige a los Estados miembros que “garanticen” que las empresas puedan cumplir “de forma sencilla y en la medida de lo posible” los procedimientos y formalidades requeridas en el desplazamiento de trabajadores. Aclarando el precepto que se debe posibilitar a las empresas la cumplimentación de los mismos a distancia y por medios electrónicos²⁹.

Por su parte, la Directiva 2018/957 no se refiere a qué tipo de controles pueden o no requerir los Estados miembros, limitándose, en este punto, a reiterar que los Estados deberán adoptar las medidas adecuadas en caso de incumplimiento de las Directivas 2018 y 2014, incluyendo un régimen de sanciones que habrán de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

En cuanto a la distribución de deberes de control entre los diferentes Estados miembros, el de establecimiento y el de acogida, la Directiva 2014/67 establece en su artículo 7 que, durante el período de desplazamiento de un trabajador a otro Estado miembro, la inspección de las condiciones de trabajo de dichos trabajadores corresponde a las autoridades del Estado miembro de

trabajadores, en este caso croatas, empleados en una empresa establecida en Croacia, exigiéndoles un permiso de trabajo cuando el desplazamiento de dichos trabajadores se realice mediante su puesta a disposición de una empresa establecida en otro Estado miembro, en este caso italiana, con el fin de que esta última empresa preste servicios en el primero de esos Estados miembros; pues, en este caso, se estaba aplicando el Acta de Adhesión de Croacia, que durante un período de tiempo supeditaba el desplazamiento de nacionales croatas al territorio de dicho Estado miembro a la obtención de un permiso de trabajo, siendo, por tanto una condición aplicable a todos los trabajadores croatas que pretendan acceder al mercado de trabajo de este Estado miembro. Vid. STJUE de 14 de noviembre de 2018 (Asunto C-18/17), *Daniel & C. Officine Meccaniche*, párrafo 36. Lo mismo sucede en el Asunto *Arblade* donde el TJUE afirma que no es admisible que, mediante leyes de policía y de seguridad, “un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro y que realice obras temporalmente en el primer Estado a elaborar los documentos previstos en la legislación social o laboral, como un reglamento interno de trabajo, un libro de matrícula especial del personal y, para cada trabajador desplazado, una cuenta individual”, y ello por cuanto, y esto es lo principal “la protección social de los trabajadores que puede justificar dichas exigencias ya esté salvaguardada a través de la presentación de los documentos previstos en las legislaciones social y laboral en poder de dicha empresa con arreglo a la normativa del Estado miembro en el que esté establecida”.

²⁸ En este sentido, vid. M.L. MARTÍN HERNÁNDEZ, “Seguimiento del cumplimiento de la Directiva 2014/67/UE y de la Directiva 96/71/CE: el papel de la Inspección de Trabajo”, op. cit. p. 344.

²⁹ Vid. artículo 9.4 de la Directiva 2014/67.

acogida, en cooperación, cuando sea necesario, con las del Estado miembro de establecimiento.

Por tanto, atribuye claramente la competencia de la inspección de las condiciones de empleo al Estado receptor del trabajador desplazado, si bien, establece, a la vez, un necesario deber de coordinación o cooperación entre ambos Estados implicados en el desplazamiento, para disponer de la información necesaria en relación al régimen jurídico aplicable y realizar con garantías la labor de inspección, vigilancia y control de la aplicación del mismo. Pero aclara que el Estado de establecimiento del prestador de servicios “continuará encargándose del seguimiento, control y adopción de medidas de supervisión y garantía de cumplimiento” de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados a otro Estado Miembro, de acuerdo con la legislación interna³⁰. Dejando así implicado al Estado de establecimiento de la empresa que desplaza al trabajador en la garantía de sus condiciones de trabajo, cuando es desplazado a otros Estados de la UE.

Este mismo mandato es el que recoge nuestra legislación al atribuir, por un lado, a la ITSS, como hemos dicho, la competencia para la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la LDT; y al regular, por otro, a través de la disposición adicional primera de la LDT, la obligación de que, las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la UE o del EEE, en el marco de una prestación de servicios transnacional, garanticen a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar del desplazamiento por las normas nacionales. Garantía que también será vigilada por la ITSS, por cuanto el apartado 3 de la misma disposición adicional, considera que “son infracciones administrativas las acciones u omisiones de los empresarios a que se refiere el apartado primero (antes referido) por las que se incumplan las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE”.

Existe, por tanto, una primera función de vigilancia y verificación de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados, dirigida, tanto a la comprobación de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados a España en el marco de una prestación transnacional de servicios, como de las de los propios trabajadores de las empresas establecidas en España cuando son desplazados a otros Estados miembros de la UE o del EEE. Para lo cual será preciso, lógicamente la colaboración y cooperación del otro Estado. Y todo ello, podemos decir, sobre la base de un deber público genérico de garantizar que

³⁰ Artículo 7.2 de la Directiva 2014/67.

“todo trabajador que preste sus servicios en un país de la UE goce de unas condiciones de trabajo adecuadas a nuestro sistema de principios y valores”³¹.

Ahora bien, los mecanismos de control en uno y otro caso dependen, en primer lugar, de lo que haya de considerarse desplazamiento. Y, para ello, resulta clave la regulación en la nueva Directiva 2018 del tiempo máximo, a partir del cual ya no se considerará desplazamiento y, por tanto, no se aplicarán sólo las garantías establecidas en la Directiva, sino que a ellas se sumarán condiciones de trabajo aplicables en el Estado de destino, conforme a su normativa legal o convencional. Y ello con el objetivo de garantizar que la libre prestación de servicios se lleva a cabo en condiciones de igualdad para los Estados miembros, respetando, así, los principios fundamentales de los Tratados de la UE³². Esta es la principal novedad de la nueva directiva, que deberá ser transpuesta a nuestra legislación interna antes del 30 de julio de 2020 y que tanto se ha reclamado por los problemas de interpretación que ocasionaba la anterior regulación. De este modo, la Directiva aclara que cuando el desplazamiento tenga una duración superior a 12 meses, o 18 en su caso, al trabajador le serán aplicables las condiciones de trabajo previstas en la normativa legal o convencional del país donde se efectúa el trabajo³³.

Por tanto, considerando si estamos ante una situación de desplazamiento temporal en el marco de una prestación de carácter transnacional o no, aplicaremos unas garantías u otras. Esta es la labor de vigilancia que deberá realizar la inspección de trabajo, para lo que precisará, en todo caso, la colaboración de los Estados miembros bien de establecimiento, bien de destino del trabajador desplazado.

³¹ Vid. en este sentido M. BASTARRA HERNÁNDEZ, “El contrato de trabajo en un contexto internacional: ley aplicable, desplazamiento temporal y orden público”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 222, 2018, p. 21, versión electrónica.

³² Vid. J.L. MONEREO PÉREZ y P.G. ORTEGA LOZANO, “Sobre unas condiciones laborales equivalentes en la Unión Europea: a propósito de la Directiva (UE) 2018/957 de desplazamiento de trabajadores y la propuesta de Reglamento por la que se crea la Autoridad Laboral Europea”, en *La Ley Unión Europea*, nº 62, 2018, p. 10, versión electrónica.

³³ Vid. art. 3.1 bis de la Directiva 96/71 introducido por la Directiva 2018/957, “con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral, cuando la duración efectiva de un desplazamiento sea superior a 12 meses, los Estados miembros velarán por que las empresas mencionadas en el art. 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores que estén desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, además de las condiciones contempladas en el apartado 1 del presente artículo, todas las condiciones de trabajo aplicables que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo: por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o por convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación de conformidad con el apartado 8”. Por su parte, la referencia se entenderá hecha a 18 meses cuando el prestador de servicios utilice la opción prevista en el mismo precepto, en virtud de la cual, es posible que presente una notificación motivada al Estado Miembro, que deberá ampliar el periodo de referencia a 18 meses.

3. La potestad sancionadora de los Estados y sus límites

Es importante señalar que también las Directivas 2014 y 2018 se refieren al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los Estados. Y no son pocos los problemas que plantea dicho ejercicio, en particular en lo que se refiere a la transferencia o imposición de sanciones a empresas que desplazan trabajadores desde otro Estado diferente al de acogida; no sólo por la necesidad de cooperación y colaboración por parte de los Estados miembros, que permita hacer efectiva la imposición de dichas sanciones más allá de las fronteras de cada Estado miembro, reforzada en la Directiva 2018, sino también porque, al ser los Estados soberanos en la determinación del elenco de infracciones y sanciones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones recogidas en las Directivas comunitarias sobre protección de los trabajadores desplazados, resulta difícil encontrar un régimen uniforme en relación a los tipos infractores y cuantías de las sanciones. Dentro de la variedad de ordenamientos jurídicos existentes dentro de la Unión Europea, encontramos una gran variedad de infracciones tipificadas y sanciones de todo tipo.

Ahora bien, no podemos olvidar que, aunque los Estados son soberanos a la hora de establecer sus propias infracciones y sanciones frente a los incumplimientos del ordenamiento interno, deberán regular y ejercer la potestad sancionadora sujetos a los principios generales del derecho comunitario³⁴. Y uno de los principios que inspiran esta potestad es el de proporcionalidad, reconocido como uno de los principios generales del derecho comunitario desde sus inicios³⁵, aunque introducido de forma expresa en el Tratado de Maastrich, en 1992³⁶. Y así lo ha reconocido el TJUE cuando indica que “según

³⁴ STJUE de 12 de julio de 2001 (Asunto C-262/99), *Paraskevovs Louloudakis*, “...en caso de no existir una armonización de la legislación comunitaria en el ámbito de las sanciones aplicables en caso de inobservancia de los requisitos fijados por un régimen establecido mediante dicha legislación, los Estados miembros son competentes para establecer las sanciones que les parezcan adecuadas. Sin embargo, están obligados a ejercer esta competencia respetando el Derecho comunitario y sus principios generales y, por consiguiente, respetando el principio de proporcionalidad (véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Grecia, antes citada, apartado 19, y la jurisprudencia citada; de 26 de octubre de 1995, *Siesse*, C-36/94, Rec. p. I-3573, apartado 21, y de 7 de diciembre de 2000, *De Andrade*, C-213/99, Rec. p. I-11083, apartado 20)”.

³⁵ SSTJUE 13 de noviembre de 1990 (Asunto C-331/88), *The Queen*, de 12 de julio de 2001 (Asunto C-189/01) *Jippes y otros* y 10 de marzo de 2005 (Asuntos C-96/03 y 97/03), *Tempelman*.

³⁶ Vid. J.A. BARCIELA PÉREZ, “El principio de proporcionalidad en el Derecho de la Unión y su aplicación por el TJUE en el ámbito tributario”, en *Revista Quincena Fiscal*, nº 12, 2010, p. 3, para quien la configuración jurisprudencial como principio general del Derecho de la Unión se produce en la Sentencia de 16 de diciembre de 1992, en el asunto C-210/91, *Grecia/Comisión*, en la que el TJUE hace constar que «procede recordar en primer lugar que, ante la falta de armonización de la legislación comunitaria en el ámbito de las infracciones aduaneras, los Estados miembros son competentes para establecer las sanciones que les parezcan adecuadas... Sin embargo, están obligados a ejercer esta competencia respetando el Derecho comunitario y sus principios generales y, por consiguiente, respetando el principio de proporcionalidad»

jurisprudencia reiterada, el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los actos adoptados no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos”³⁷.

Por su parte, la Directiva 2018/957 recoge la referencia a este principio en su considerando 21, conforme al cual “cualquier sanción que se imponga a una empresa por incumplimiento de las condiciones de trabajo que han de garantizarse a los trabajadores desplazados debe ser proporcionada”. Como también lo hacía la Directiva 2014/67/UE, indicando que el establecimiento de sanciones ante incumplimientos de lo previsto en la misma, competencia de los Estados Miembros, deberá regirse por los principios de efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio de las sanciones.

Al igual que en nuestro derecho interno, donde el Tribunal Constitucional (TC en adelante) ha reconocido la aplicación plena de este principio de proporcionalidad a las sanciones administrativas³⁸, dicho principio actúa en derecho comunitario como un límite a la libre regulación por parte de los Estados de la materia sancionadora, y ello en la medida en que pueda limitar los principios de libre prestación de servicios y libertad de establecimiento, reconocidos en los artículos 56 y 49 del TFUE, o la libertad de circulación de trabajadores, recogida en el artículo 45 del mismo.

El principio de proporcionalidad resulta aplicable también a la transferencia de estas sanciones, previstas en los ordenamientos de los Estados miembros a las empresas establecidas en otros, cuando éstas infringen las obligaciones en materia de trabajadores desplazados.

En este sentido, es importante aclarar que el TJUE también ha tenido ocasión de interpretar cuándo estamos ante un ejercicio de la potestad sancionadora, por parte de los Estados Miembros, compatible con los citados principios fundacionales de la UE y cuándo no. Y para ello, ha diseñado unas

(apartado 19). Y se incorpora en el artículo 3 B, con la siguiente redacción: “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

³⁷ STJUE de 10 de marzo de 2005 (Asuntos C-96/03 y 97/03), *Tempelman*.

³⁸ Vid. por todas, STC 62/1982, de 15 de octubre, 102/1984, de 12 de noviembre y 207/1990, de 17 de diciembre. Vid también, sobre el tema, en extenso, J.I. López González, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988. Vid. también sobre el tema mi estudio titulado *Sanciones Administrativas en materia de Seguridad Social*, CES, 2005, pp. 239 y ss.

líneas fundamentales de aplicación de dicho principio, que pueden resumirse en las siguientes:

En primer lugar, el TJUE considera incompatible con el respeto a las libertades reconocidas en el TFUE cualquier norma de ordenamientos internos de los Estados que pueda limitar o desincentivar el ejercicio de dichas libertades³⁹, con la única excepción, como hemos dicho anteriormente, de que la medida sea imprescindible para proteger el interés general y no vaya más allá de lo necesario para su consecución⁴⁰. Y forma parte del interés general la protección de los trabajadores desplazados⁴¹.

En este punto, el TJUE ha recurrido a un juicio de proporcionalidad, en los mismos términos que lo ha planteado nuestro Tribunal Constitucional, cuando se trata de examinar la posibilidad de restringir los derechos fundamentales de los trabajadores frente al ejercicio del poder de dirección en la empresa. De este modo, el TJUE, para considerar proporcionada una determinada medida de control impuesta por un Estado a una empresa que desplaza trabajadores a su territorio y cuyo Estado de establecimiento es otro Estado miembro de la UE, realiza un triple juicio, tratando de determinar si la medida de control es idónea para el objetivo que se pretende conseguir; si es necesaria y no puede sustituirse por otras medidas que resulten menos restrictivas de los principios recogidos en el TFUE y, finalmente, si es proporcionada considerando el objetivo perseguido, que será necesariamente una cuestión de interés general, como la protección de los trabajadores⁴².

El recurso por tanto a sanciones que impidan o disuadan el ejercicio de la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea será considerado siempre contrario a los principios fundamentales del TFUE y, por tanto, se considerará una práctica prohibida. Y, como hemos dicho anteriormente, en la determinación de la medida sancionadora adecuada será importante, por consiguiente, elegir aquellas medidas que resulten menos onerosas y optar por aquellas que produzcan desventajas proporcionadas respecto a los objetivos perseguidos⁴³.

³⁹ Vid. en este sentido, MARCHAL ESCALONA, N., "El principio de proporcionalidad como límite a la potestad sancionadora de los Estados por infracción de la normativa sobre los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios", en *Bitácora Millennium DPri*, nº11, 2020, p. 23.

⁴⁰ Vid. STJUE de 12 de septiembre de 2019, Asuntos acumulados C-64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18.

⁴¹ Vid. por todas, STJUE 23 de noviembre de 1999, Asunto C-369/96 y C-376/96, *Arblade*.

⁴² En el mismo sentido, N. MARCHAL ESCALONA, "El principio de proporcionalidad...", op. cit. p. 25.

⁴³ STJUE de 10 de marzo de 2005 (Asuntos C-96/03 y 97/03), *Tempelman*.

En segundo lugar, otro de los aspectos en los que debemos aplicar el principio de proporcionalidad es en la determinación de la sanción. De este modo, la gravedad de la sanción debe acomodarse a la gravedad de la infracción que dicha sanción pretende castigar, no debiendo exceder de lo necesario para lograr los objetivos legítimos de la normativa nacional que se incumple⁴⁴. Así, por ejemplo, en relación con la cuantía de las mismas, el TJUE considera que una normativa nacional que prevé sanciones excesivamente elevadas, tanto contra el prestador de servicios como contra el destinatario de los servicios de que se trate en caso de incumplimiento de dichas obligaciones, que en sí mismas constituyen restricciones a la libre prestación de servicios, puede hacer menos atractivo el ejercicio de dicha libertad, por lo que habrá que considerarla contraria a los principios del TFUE⁴⁵. Así se pronuncia a la hora de determinar que un sistema sancionador que prevé la posibilidad de sancionar el incumplimiento de las normas sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional recurriendo a elevadas sanciones mínimas, aplicadas cumulativamente por cada trabajador sin límite máximo absoluto, y que, en caso de impago pueden sustituirse por penas de privativas de libertad, resulta contrario al principio de proporcionalidad por restringir o "hacer menos atractivo" el ejercicio de la libre prestación de servicios⁴⁶.

Sí se permite, por ejemplo, que la cuantía de la sanción varíe en función del número de trabajadores afectados por el incumplimiento de la obligación de derecho laboral, pero estableciendo un "techo" o cuantía máxima en función de la gravedad de la infracción⁴⁷. Así lo han establecido algunos países, ya que resulta disuasorio, considerándose una medida acorde con los objetivos de la Directiva de lucha contra el fraude u los abusos.

Lo que exige, por tanto, el TJUE es que la cuantía o gravedad de la sanción se adecue a la gravedad de la infracción cometida, de forma que no se impongan cuantías desorbitadas o excesivas, teniendo en cuenta el objetivo que se pretende lograr. Esto es, que la sanción no debe ser tan desproporcionada con relación a la gravedad de la infracción, que constituya un obstáculo a las libertades reconocidas en el Tratado. Se admitirá, por tanto, toda normativa sancionadora que sea adecuada y necesaria para garantizar el cumplimiento de las

⁴⁴ Vid. STJUE de 31 de mayo de 2018, Asunto C-190/17, *Zheng*.

⁴⁵ Vid. STJUE de 12 de septiembre de 2019 (Asuntos acumulados C-64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18).

⁴⁶ En este caso, la combinación de la elevada cuantía de las multas previstas en el ordenamiento austriaco para sancionar el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con los trabajadores desplazados, en concreto relativas a la obtención de autorizaciones administrativas y a la conservación de documentos salariales, con la acumulación ilimitada cuando la infracción afectaba a varios trabajadores, podía dar lugar a la imposición de sanciones económicas de un elevado importe, que podía ascender a varios millones de euros.

⁴⁷ Vid. STJUE 16 de julio de 2015 (Asunto C-255/14), *Chmielewski*.

obligaciones laborales y la consecución de los objetivos perseguidos⁴⁸, siempre que no puedan utilizarse otras medidas menos gravosas. Cuestiones que serán consideradas por el TJUE a la hora de realizar el juicio de proporcionalidad referido.

4. Los deberes de cooperación entre Estados en materia de información

4.1. El deber de transparencia y publicidad de las normas

Otro de los aspectos en los que la Directiva 2018/ 957 hace hincapié a la hora de determinar las reglas para el ejercicio de la potestad sancionadora de los Estados en la materia, es la necesidad de considerar, en el momento de determinar la sanción correspondiente a una determinada infracción en materia de desplazamientos transnacionales de trabajadores, “si la información ofrecida en el sitio web nacional oficial único acerca de las condiciones de trabajo es conforme con lo dispuesto en la Directiva 2014/67, respetando la autonomía de los interlocutores sociales”. Aspecto que, sin duda, está relacionado con la seguridad jurídica de los operadores del mercado y la necesidad de facilitar, por parte de los Estados miembros, los requisitos específicos y condiciones de trabajo exigibles en caso de desplazamiento de trabajadores desde otro Estado miembro.

La Directiva 2018 vino a modificar el artículo 3 de la Directiva 96/71 incluyendo en su apartado primero la obligación de los Estados de mantener actualizadas sus páginas oficiales, lanzando, además, un mandato a la Comisión para que publique un sitio web donde aparezcan las direcciones de los sitios web nacionales oficiales únicos, abundando más en ese deber de coordinación y vigilancia que esta Directiva otorga a la Comisión Europea.

La obligación de los Estados Miembros de mantener una página web oficial con toda la información relativa a las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados se recogió en la Directiva 2014/67, en cuyo artículo 5 se establecía el deber de los Estados Miembros de adoptar las medidas oportunas para dar publicidad a toda la información sobre las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados desde otros Estados. Esta información deberá estar accesible de forma gratuita en una web oficial de cada Estado a la que se acceda fácilmente, “a distancia y por medios electrónicos”;

⁴⁸ En la STJUE de septiembre de 2019, el Tribunal considera que el artículo 56 del TFUE se opone al ordenamiento austriaco que, ante el incumplimiento de obligaciones relacionadas con las autorizaciones administrativas y conservación de documentos por parte de las empresas que reciben trabajadores desplazados, impone sanciones muy elevadas, al no existir un límite máximo global, e incluso penas privativas de libertad, en caso de impago de las multas administrativas.

incluyendo facilidades de acceso para personas con discapacidad⁴⁹. Además, la Directiva exigía que la información fuera “clara, transparente”, manteniéndose, por tanto, actualmente el deber de los Estados de actualizar la información contenida en dichas páginas webs y exponer la normativa con la mayor claridad posible; y en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro de acogida, que pueden ampliarse a otras que éste considere pertinentes, teniendo en cuenta las demandas de su mercado de trabajo.

El objetivo de esta Directiva iba más bien dirigido a reforzar los mecanismos de protección de los trabajadores desplazados, ya que la publicidad de la normas y condiciones aplicables a través de las páginas webs de los respectivos Estados, representaba una importante fuente de información para los trabajadores y permitía cumplir así con el objetivo de que pudiera, directamente o a través de sus representantes, exigir el respeto de sus derechos laborales⁵⁰. Sin embargo, resulta aplicable aún y extensible a los objetivos de cooperación y coordinación entre Estados marcados por la Directiva 2018/957.

Sin duda, la creación por la Comisión de una página donde aparezcan todas las direcciones de los sitios web de los diferentes países ayudará a cumplir los objetivos de accesibilidad tanto para empresas y trabajadores, como para las autoridades de los Estados Miembros.

En España, la LDT establece en su artículo 7, que no fue modificado por el Real Decreto Ley 9/2017, que la autoridad laboral del territorio donde se vayan a prestar los servicios en España será el órgano competente para informar sobre las condiciones de trabajo que se han de garantizar a los trabajadores desplazados; respetando así el modelo descentralizado de competencias autonómicas en materia laboral. Esta autoridad laboral autonómica deberá atender las peticiones de información de otros Estados miembros o del EEE, así como las que provengan de empresas que vayan a desplazar trabajadores a España o de las asociaciones empresariales que representen los intereses de tales empresas, de los destinatarios de la prestación de servicios transnacional o de las asociaciones que los representen; y, por supuesto, de los trabajadores desplazados a España o que vayan a serlo, sus sindicatos u otros órganos de representación de los trabajadores

Esta información se podrá requerir y suministrar por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, dice la Ley, “siempre que permita la adecuada

⁴⁹ En España esta web se encuentra en el Ministerio de Trabajo: http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/debes_saber/desplazamiento-trabajadores/desplazamiento/index.htm

⁵⁰ Vid. en este sentido el estudio que sobre estos mecanismos realiza O. FOTINOPOULOU BASURKO, “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, en *Revista de Derecho Social*, nº 70, p. 145.

identificación del solicitante de la información, del lugar o lugares de desplazamiento dentro del territorio español y de la prestación de servicios que se va a realizar en España”.

No obstante, a pesar de la descentralización de estas funciones y la asunción de las mismas por parte de las comunidades autónomas, la competencia para el mantenimiento y actualización de la web única oficial, en cumplimiento de los mandatos de las Directivas, será la autoridad central, es decir, el Ministerio de Trabajo⁵¹.

También la Directiva 2014 se refiere al contenido que debe aparecer en estas webs oficiales, que debe estar en formato accesible y que comprenderá:

- Por un lado, las condiciones de empleo referidas en el artículo 3 de la Directiva 96/71, tal y como queda en su redacción tras la reforma operada por la Directiva 2018/957, con indicación de las disposiciones de derecho nacional y regional aplicables a los trabajadores desplazados a su territorio, entre las que se incluye también las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo.
- Por otro lado, los convenios colectivos aplicables, con indicación de “a quién lo son y sobre qué condiciones de trabajo deben aplicar los prestadores de servicios de otros Estados miembros”. Incluyendo, cuando sea posible, los enlaces a los sitios de internet y “otros puntos de contacto existentes, en particular los interlocutores sociales correspondientes”⁵².

Además, exige la Directiva que dicha información se encuentre actualizada, para facilitar a empresas y trabajadores su conocimiento, especialmente en lo que se refiere al mandato recogido en la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuyo artículo 3 obliga a los empresarios a poner a disposición de los trabajadores, si no lo han hecho con carácter previo al inicio de la prestación, al

⁵¹ Vid. Disposición adicional novena de la Ley 45/1999: “El Ministerio de Empleo y Seguridad Social deberá mantener actualizada la página web de desplazamiento transnacional de trabajadores contenida en el sitio web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social así como la información proporcionada en la ficha de país en el sitio web de la Comisión Europea”.

⁵² Este mandato se repite en el apartado 4 del artículo 5 de la Directiva 2014, cuando dice que “Si, de acuerdo con el Derecho, la costumbre y las prácticas nacionales, y respetando la autonomía de los interlocutores sociales, las condiciones de trabajo y empleo a las que se refiere el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE se establecen en convenios colectivos de acuerdo con su artículo 3, apartados 1 y 8, los Estados miembros garantizarán que dichas condiciones se den a conocer a los prestadores de servicios de otros Estados miembros y a los trabajadores desplazados de una manera accesible y transparente y tratarán de incluir a los interlocutores sociales en esta laboral”.

menos en los primeros siete días naturales, toda la información sobre las condiciones esenciales de trabajo contenida en el artículo 4 de la misma⁵³.

No indica la Directiva ningún tipo de sanción para aquellos Estados que no cumplan con el requerimiento de la Directiva y no mantengan actualizadas sus webs oficiales o la información no sea accesible, transparente o adecuada. Aunque sí apreciamos un efecto directo en el ejercicio de la potestad sancionadora, ya que la Directiva 2018/957 establece en su considerando 21 que “cualquier sanción que se imponga a una empresa por incumplimiento de las condiciones de trabajo que han de garantizarse a los trabajadores desplazados debe ser proporcionada y la fijación de la sanción debe tener en cuenta, en particular, si la información ofrecida en el sitio web nacional oficial único acerca de las condiciones de trabajo es conforme con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2014/67, respetando la autonomía de los interlocutores sociales”. Esta previsión de la Directiva 2018, si bien se encuentra en un considerando y no en su articulado, parece dejar la puerta abierta a que los Estados, apelando a un principio de seguridad jurídica y proporcionalidad y considerando ese posible incumplimiento de las obligaciones de la Directiva por parte del Estado que ejerce la potestad sancionadora, puedan recurrir la sanción correspondiente ante instancias judiciales europeas.

No obstante, parece lógico que, si la Comisión asume a partir de esta Directiva 2018 un papel de coordinación de la información a través de una única web donde aparezca toda la información relativa a los Estados, debería también realizar una labor de fiscalización de la transparencia y claridad de la misma, de forma que garantice a los Estados miembros la veracidad y actualización de la

⁵³ Conforme a este precepto, los empresarios deberán informar sobre los siguientes elementos esenciales de su relación laboral: la identidad de las partes en la relación laboral; el lugar de trabajo; el cargo, grado y naturaleza o categoría del trabajo para el que se ha empleado el trabajador, o una breve caracterización o descripción del trabajo; la fecha de comienzo de la relación laboral; la fecha de finalización o duración prevista de la relación laboral, si es de duración determinada; la identidad de la empresa usuaria, si se trata de una cesión de trabajadores a través de Empresas de trabajo temporal; la duración y las condiciones del período de prueba; el derecho de formación proporcionada por el empleador, si lo hubiera; las vacaciones remuneradas; los requisitos del preaviso en caso de terminación de la relación laboral; la remuneración; la jornada ordinaria diaria o semanal, así como cualquier acuerdo relativo a horas extraordinarias y su remuneración; acuerdos sobre cambio de turno, si lo hubiera. Y, si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, la información deberá incluir el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas; las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación de la tarea asignada sin indemnización. Además, deberá informar al trabajador del convenio colectivo o convenio celebrado fuera de la empresa, que regule las condiciones laborales del trabajo; así como la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales, si el empresario es el competente para realizar las mismas, y cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador.

misma, y, sobre todo, la imposibilidad de ser sancionados en caso de no aparecer dicha información, tal y como aparece recogido en el citado considerando 21 de la misma Directiva. Aunque también hemos de insistir en que habría sido más efectivo, establecer esa previsión del considerando en el articulado de la Directiva, así como posibles sanciones para aquellos Estados incumplidores del mandato de publicidad contenido en la misma.

4.2. El deber de coordinación: autoridades competentes y medios telemáticos.

Otro de los aspectos reformados en la Directiva 2018/957 y que ha suscitado mucho interés por parte de los Estados, es precisamente el deber de cooperación entre los mismos, recogido en el artículo 4 de la Directiva 96/71. Conforme a la nueva Directiva, dicha cooperación deberá consistir en dos aspectos fundamentales:

- Ofrecer una respuesta adecuada a las peticiones de información motivadas y cursadas por dichas autoridades u organismos relativas al desplazamiento transnacional de trabajadores.
- Y abordar los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades presuntamente ilegales, como los casos transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio.

Establece, por tanto, un primer deber de información entre Estados, fundamental para poder conocer las condiciones de trabajo y normativa aplicables a los trabajadores desplazados; y para poder ejercer, por tanto, una función de fiscalización del cumplimiento del derecho comunitario y legislación interna por parte de la Inspección de trabajo.

En caso de que la autoridad del Estado desde el que el trabajador ha sido desplazado no tenga dicha información, la Directiva prevé la posibilidad de acudir a otras autoridades u organismos del mismo Estado miembro. Si bien, en caso de demoras persistentes, se podrá comunicar dicho incumplimiento a la Comisión, que podrá adoptar las medidas que estime adecuadas. Mejorando, así, notablemente, el canal de comunicación con la Comisión para evitar que los Estados queden desamparados ante la falta de cooperación de otros Estados miembros.

Para el cumplimiento de esta primera obligación de información de los Estados miembros, resulta de gran importancia la previsión contenida en la Directiva 2014/67, que introdujo como novedad, en su momento, la posibilidad de exigir a los Estados Miembros el nombramiento de una persona de enlace o una persona de contacto. Así, el artículo 9 de dicha Directiva imponía a los Estados miembros la obligación de hacer constar en la Web oficial de la que hemos tenido ocasión de hablar, una persona de enlace con las autoridades

competentes del Estado de acogida, designada por éstos para que envíe y reciba documentos o notificaciones, de ser necesario.

También se refiere la Directiva 2014, a la obligación de los Estados de designar una “persona de contacto”, llamada a actuar como representante a través de la cual los interlocutores sociales puedan intentar que el prestador de servicios participe en negociaciones colectivas en el Estado miembro de acogida, durante el tiempo de prestación de servicios. Esta persona, que puede ser distinta de la persona de enlace, no tiene que estar presente en el Estado miembro de acogida, aunque, dice la Directiva, “tiene que estar disponible previa solicitud razonable y justificada”.

En cumplimiento de este mandato de publicidad y transparencia, se modificó el artículo 5 de la Ley 45/1999, a través del Real Decreto Ley 9/2017, para incluir el deber de comunicación de los empresarios, que estudiaremos en el epígrafe siguiente, y la creación de un Registro Electrónico Central de comunicaciones, por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de acuerdo con las Comunidades Autónomas. Estas comunicaciones, además, deberán ser puestas en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, conforme a la normativa reglamentaria⁵⁴. Con esto se logró la informatización del procedimiento por las Comunidades Autónomas, lo que favorece la comunicación a la ITSS y su conocimiento a efectos de vigilancia y control de las condiciones de los trabajadores y el cumplimiento de los requisitos administrativos correspondientes⁵⁵.

De este modo, se han tratado de paliar los problemas de comunicación y las dificultades que, sobre todo para la Inspección de Trabajo, suponía la falta de conocimiento de dichos desplazamientos.

El deber de cooperación o colaboración entre los Estados miembros también se manifiesta, conforme a la Directiva 2018, en el deber de ofrecer información y responder, por tanto, a las demandas de información de las autoridades competentes de otros Estados miembros. Este deber también lo recogía la Directiva 2014, en cuyo artículo 6 se articula el denominado “deber de asistencia mutua”, conforme al cual los Estados deben cooperar estrechamente y prestarse asistencia mutua sin demoras injustificadas, para facilitar la implementación, aplicación y garantía del cumplimiento de las Directivas. Dentro de este deber de asistencia mutua se encuentra la obligación de

⁵⁴ Al tratarse de una competencia transferida a las Comunidades Autónomas, deberemos buscar estas normas complementarias entre la normativa reglamentaria de las mismas.

⁵⁵ Este fue uno de los aspectos que más se criticaban de cara a analizar la eficacia de la labor de vigilancia de la inspección de trabajo. Vid. M. VELAZQUEZ, “La vigilancia y control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los desplazamientos transnacionales en el ámbito de la UE-EEE”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 128, p. 260.

responder a las peticiones de información de los Estados miembros, incluida la relativa al posible cobro de sanciones y multas administrativas o la notificación de decisiones que impongan las sanciones y multas previstas en los ordenamientos de los diferentes Estados; lo que resulta fundamental para garantizar la eficacia de la labor de vigilancia y control. Pudiendo, los Estados recurrir a la Comisión, como hemos dicho, en caso de demora injustificada o falta de colaboración de algún Estado miembro⁵⁶.

Según la Directiva 2014, este deber de cooperación y asistencia mutua entre los Estados, se llevará a cabo a través del Sistema de Información del Mercado Interior, creado por el Reglamento (UE) nº 1024/2012.

Hemos de referirnos también, en este punto, a los Acuerdos de colaboración bilaterales firmados con algunos Estados Miembros. En la página Web de la Inspección de Trabajo encontramos los convenios de cooperación internacional firmados con Portugal, Francia, Polonia y Rumanía. Este mecanismo resulta bastante eficaz cuando se detecta que hay gran cantidad de desplazamientos a estos países, permitiendo una relación más fluida con las inspecciones de estos Estados. Estos Convenios incluyen protocolos de actuación revisables anualmente, en materias tan importantes como Seguridad y Salud laboral, Accidentes de Trabajo, notificaciones de actas de infracción y, por supuesto, intercambio de información sobre legislación y métodos de inspección, en cumplimiento de las Directivas sobre desplazamientos de trabajadores. Es reseñable que, en el convenio con Polonia, por ejemplo, se incluya, además del intercambio de información, el intercambio de inspectores de trabajo o los planes formativos de los inspectores, cuestión clave para lograr esa tan demandada eficacia en las inspecciones.

Este último aspecto, el de la movilidad de inspectores de unos países a otros para colaborar en las investigaciones, ya se recogía en la Directiva 2014/67, cuyo artículo 8 nos habla de la posibilidad de promover “los intercambios de funcionarios pertinentes”, que será financiado por la Unión Europea⁵⁷.

Finalmente, no podemos olvidar el deber de los Estados miembros de comunicar, por propia iniciativa y sin demora, cualquier indicio de posibles irregularidades detectado en el ámbito de una prestación de servicios transnacional, al Estado miembro afectado⁵⁸, que algunos autores han denominado “colaboración espontánea”⁵⁹.

⁵⁶ Artículo 4 de la Directiva 96/71/CE en su redacción dada por la Directiva 2018/957.

⁵⁷ La Directiva incluye el mandato a la Comisión para que evalúe la necesidad de apoyo financiero a estas prácticas.

⁵⁸ Art. 7.4 de la Directiva 2014/67

⁵⁹ Vid. M. VELAZQUEZ, “La vigilancia y control...”, op. cit. p. 263.

5. La lucha contra el fraude en los desplazamientos temporales de trabajadores

El segundo deber de cooperación previsto en la Directiva 2018, como hemos citado anteriormente, se dirige a “abordar los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades presuntamente ilegales, como los casos transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio”. Labor que tendrá que realizarse, por tanto, de forma coordinada entre los diferentes Estados implicados en los desplazamientos.

Aunque este tema ha sido ampliamente tratado por el Prof. Calvo Gallego en el capítulo segundo de este estudio, es interesante destacar aquí las implicaciones que para la administración laboral y la ITSS tiene este deber de investigación y control y lucha contra el fraude o los abusos en materia de desplazamientos transnacionales de trabajadores.

Como hemos tenido ocasión de analizar, uno de los objetivos declarados de la Directiva 2018 es reforzar la lucha contra los abusos y el fraude en los desplazamientos temporales de carácter transnacional, por eso, reformó el artículo 5 de la Directiva 96/71, con la intención de incluir el deber de los Estados miembros de realizar comprobaciones y garantizar a los trabajadores la aplicación de las condiciones de trabajo adecuadas. Y es que, podemos afirmar que, una de las cuestiones que más preocupa a las instituciones de la Unión y a las autoridades de los Estados miembros es el fraude en el desplazamiento de trabajadores, es decir, la lucha contra las prácticas fraudulentas de las denominadas “empresas buzón”, es decir, aquellas que “se establecen de manera ficticia o aparente en un Estado miembro, con el único objetivo de contratar trabajadores para desplazarlos a otros Estados miembros y obtener con ello ventajas de variada naturaleza derivadas de la utilización de una normativa más favorable”⁶⁰.

Así, conforme al artículo 5 “cuando, tras una evaluación global, realizada por un Estado miembro, se compruebe que una empresa está creando de manera indebida o fraudulenta, la impresión de que la situación de un trabajador entra en el ámbito de aplicación de la Directiva, dicho Estado miembro velará por que el trabajador se beneficie de la legislación y las prácticas aplicables”. Deber que se encuentra enmarcado en el ideal de consecución de un mercado laboral más justo, que informa la Directiva 2018/957⁶¹.

Era de esperar que la Directiva 2018 incluyera alguna referencia a esta práctica abusiva e incluso reforzara el deber de lucha contra la misma, ya que ni la ausencia o parquedad de regulación de la Directiva 96/71, ni la extensa regulación de la Directiva 2014/67, han logrado poner fin a estas prácticas abusivas.

⁶⁰ De nuevo vid. Criterio Técnico nº 97/2016.

⁶¹ Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 62, 2019, p. 85.

La Directiva 2014/67, recogía en su artículo 4 un conjunto de indicios que permitían a los Estados detectar o identificar los desplazamientos reales y prevenir los abusivos o fraudulentos. Para ello, exigía a las autoridades competentes la realización de una “evaluación global” de todos los elementos fácticos que se consideren necesarios, en particular, de las actividades que la empresa en cuestión realice en el Estado de establecimiento y, cuando sea necesario, en el Estado de acogida. Estos elementos son para la Directiva factores indicativos para detectar cuándo nos encontramos ante un desplazamiento real y cuándo no. Por eso, para el cumplimiento de esta actividad de control resultará necesaria la cooperación y la colaboración de los Estados miembros.

La Directiva menciona algunos de estos elementos, como, por ejemplo, si la empresa tiene un espacio físico y paga impuestos y cotizaciones en el lugar donde tiene su domicilio social y sede administrativa; o si tiene licencia profesional o está registrada en las cámaras de comercio o los colegios profesionales pertinentes. También el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial y donde emplea personal administrativo, el lugar desde el que se contrata y el lugar desde el que se les desplaza son elementos fácticos relevantes, así como el derecho aplicable a los contratos que celebre la empresa con sus trabajadores y clientes. Igualmente, lo son las cifras de contratos que la empresa haya celebrado o el volumen de negocio obtenido en el Estado miembro de establecimiento, o ambos.

El análisis de todos estos elementos ayudará a determinar si estamos ante un caso de empresa ficticia que trata de eludir la aplicación de la normativa de un Estado, mediante la contratación de trabajadores con el único objetivo de desplazarlos a otro Estado miembro.

En España, este precepto de la Directiva ha sido transpuesto a través de la introducción en la LDT de un nuevo artículo 8 bis que tiene la misma redacción que el artículo 4 de la Directiva, incluyendo, por tanto, la previsión contenida en ésta de que el listado de elementos fácticos no es exhaustivo, por lo que la ausencia de alguno de ellos no excluye necesariamente que la situación pueda ser considerada un desplazamiento real. Además, añade la norma, al igual que lo hacía la Directiva, que “la valoración de estos elementos deberá adaptarse a cada caso particular y tener en cuenta las peculiaridades de la situación”.

En nuestro ordenamiento, las competencias en materia de investigación de abusos y fraude en esta materia corresponden a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como establece el artículo 8 de la LDT, contando entre sus objetivos el de la “identificación de los desplazamientos reales y la prevención de abusos y elusiones” de las disposiciones normativas nacionales en materia de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de

carácter transnacional⁶². Y ello por cuanto la complejidad de las actividades de prestación de servicios y las diferentes formas jurídicas que éstas pueden adoptar, tienen amplias repercusiones en la forma de cumplimiento o no de las garantías de los trabajadores en los diferentes Estados Miembros. De este modo, a la Inspección de Trabajo corresponde detectar cualquier abuso o fraude de ley en el ejercicio de estos desplazamientos de trabajadores, conforme a la legislación europea y a las normas de transposición de la misma.

Con este objetivo se elaboró el Criterio técnico 97/2016, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que pretendía recoger las principales actuaciones de la Inspección de Trabajo para detectar las situaciones de fraude en el marco del desplazamiento de trabajadores de otros países a España, siguiendo las indicaciones de la Directiva 2014. En el mismo encontramos las orientaciones necesarias para facilitar las actuaciones de la ITSS en este ámbito y detectar comportamientos abusivos y fraudes en relación con los trabajadores desplazados.

Por otro lado, otra de las cuestiones que aparece mencionada en la Directiva 2018 es la lucha contra el trabajo no declarado y el trabajo autónomo ficticio; cuestiones que también han sido tratadas en otros capítulos de esta monografía. Y que, como hemos tenido ocasión de apuntar anteriormente, cuenta con la creación en 2016 de la Plataforma Europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado, establecida por Decisión (UE) 2016/344, del Parlamento Europeo y del Consejo, que participa igualmente en el seguimiento y la evaluación de los casos de fraude y en la mejora del funcionamiento y la eficiencia de la cooperación administrativa entre los Estados miembros; así como con el Comité de expertos sobre desplazamiento de trabajadores, establecido por Decisión 2009/17/CE de la Comisión.

Estos dos instrumentos nacen con la pretensión de apoyar a los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado, que tanto perjuicio genera para los derechos de los trabajadores, pero también para las empresas y los gobiernos de los Estados Miembros. Las empresas, al no declarar la existencia de sus trabajadores, obtienen una ventaja desleal; y para los gobiernos, el trabajo no declarado, genera importantes pérdidas de ingresos tanto en materia tributaria como de Seguridad Social⁶³.

La responsabilidad de luchar contra el trabajo no declarado corresponde, por tanto, a los Estados miembros, siendo la plataforma un instrumento de

⁶² Así se establece en el Criterio Técnico nº 97/2016, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

⁶³ Vid. Decisión 2016/344, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se crea la Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado, considerando 4.

apoyo para fomentar el intercambio de información, especialmente en situaciones transfronterizas donde más difícil resulta detectar y sancionar el trabajo no declarado.

El objetivo declarado de esta Plataforma será “facilitar y apoyar el intercambio de buenas prácticas e información, y proporcionar un marco a escala de la Unión dirigido a desarrollar un entendimiento común, así como conocimientos especializados y análisis sobre el trabajo no declarado”⁶⁴. La Plataforma también debe “estimular la cooperación entre las diferentes autoridades de los Estados miembros con funciones de control de cumplimiento de la legislación que participen de forma voluntaria en estas acciones transfronterizas”.

Precisamente con este objetivo, se refuerza, a través de la Directiva 2018/957, el deber de cooperación y de transmisión de información, dándose una nueva redacción al artículo 4.2 de la Directiva 96/71, conforme al cual “los Estados miembros establecerán una cooperación entre las autoridades u organismos competentes... Esta cooperación consistirá, en particular, en responder a las peticiones de información motivadas cursadas por dichas autoridades a organismos relativas al desplazamiento transnacional de trabajadores, y en abordar los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades presuntamente ilegales, como los casos transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio relacionado con el desplazamiento de trabajadores”. Reforzando, por tanto, los deberes de cooperación de los Estados en la lucha contra el trabajo no declarado.

La participación de los Estados en esta lucha contra el trabajo no declarado se garantiza a través de la composición de esta Plataforma, pues estará compuesta por un alto representante designado por cada Estado miembro para que lo represente; un representante de la Comisión; y un máximo de cuatro representantes de los interlocutores sociales intersectoriales a escala de la Unión y designados por dichos interlocutores sociales, que representen por igual a empresarios y trabajadores⁶⁵. Además, permite la asistencia a las reuniones, en calidad de observadores, algunos representantes de instituciones como la OIT o de Estados del EEE. Con esta composición se pretende asegurar la implicación de los Estados miembros en esta lucha contra el trabajo no declarado, respetando, sin ningún atisbo de duda, las competencias y procedimientos nacionales⁶⁶.

Esta Plataforma apoyará las actividades realizadas por la Autoridad Laboral Europea, que, como veremos en el último epígrafe de este Estudio, se

⁶⁴ Vid. de nuevo Decisión 2016/344, considerando 15.

⁶⁵ Art. 2 de la Decisión 2016/344 y artículo 12 del Reglamento 2019/1149.

⁶⁶ Art. 4 de la Decisión 2016/344 y artículo 12 del Reglamento 2019/1149.

crea por el Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 20 de junio de 2019. El objetivo, de acuerdo con dicho Reglamento es la creación de un grupo de trabajo permanente que contará con la participación de los interlocutores sociales, para garantizar la lucha activa contra el trabajo no declarado.

6. Infracciones y sanciones en materia de desplazamientos en el ordenamiento jurídico español

Para poder ejercer correctamente su labor, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuenta, como hemos dicho anteriormente con las infracciones y sanciones que aparecen recogidas en el Texto Refundido de la LISOS, modificado también por el Real Decreto Ley 9/2017 por el que se transpone la Directiva 2014, con el objetivo de adaptar los tipos infractores a las nuevas obligaciones de las empresas que desplacen temporalmente a sus trabajadores en el marco de una prestación transnacional dentro de la UE.

Dividiremos, por tanto, las infracciones en tres grupos, en función de la obligación que se infringe, y analizaremos las sanciones correspondientes.

6.1. Infracciones de los empresarios en materia de desplazamientos de trabajadores

En relación con las infracciones de los empresarios que desplacen trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, los tipos infractores quedan agrupados según las obligaciones recogidas en la LDT. El carácter leve, grave o muy grave de la infracción viene determinado por la gravedad del incumplimiento, de forma que hay determinadas obligaciones de comunicación que serán tipificadas como graves o leves en función de las consecuencias perjudiciales para los trabajadores.

Tal y como se ha apuntado, sería interesante que la norma hubiese regulado, en aquellas infracciones que generan un mayor perjuicio a los trabajadores, la consideración de una infracción por cada trabajador. Esta forma de tipificar la infracción ha resultado bastante efectiva en la lucha contra el fraude a la seguridad social, aunque, para cumplir las exigencias del TJUE, deberemos considerar un techo en la cuantía de la sanción final.

No obstante, en nuestro ordenamiento sancionador encontramos el número de trabajadores afectados, así como el perjuicio causado, como criterios generales de graduación de las sanciones, con lo que la implicación de varios trabajadores podría llevar a aumentar la cuantía de la sanción hasta el límite impuesto por la ley.

6.1.1. Obligaciones de documentación⁶⁷

Hemos de resaltar que la Directiva 2014/67 se mostró bastante novedosa en el establecimiento de ciertos deberes documentales, dirigidos a los empresarios que desplacen trabajadores a otros Estados, y que pudiesen ser exigidos por los Estados de acogida. Sin duda, es clave en esta reforma la jurisprudencia del TJUE que, como hemos tenido ocasión de analizar, ha venido permitiendo a los Estados miembros el establecimiento de ciertos deberes administrativos, siempre que no impliquen una limitación de la libre prestación de servicios de los Estados Miembros.

Así, la Directiva estableció la posibilidad de que los Estados Miembros pudieran imponer ciertos requisitos y medidas de control necesarios para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la propia Directiva. El artículo 9.1 b) establece entre las medidas posibles la obligación de “conservar o poner a disposición o de guardar copias en papel o en formato electrónico del contrato de trabajo o de un documento equivalente”, donde se contenga la información sobre el contenido del mismo, o bien “las nóminas”, “las fichas con los horarios que indiquen el comienzo, el final y la duración del trabajo diario”. Pero también incluye en este listado de documentos que los Estados pueden requerir, según su propia legislación, “los comprobantes del pago de salarios, o copia de los documentos equivalentes”. Esta documentación, dice la Directiva, debe conservarse durante el período del desplazamiento en un lugar accesible y claramente identificado de su territorio.

Si la documentación no estuviera disponible, prevé la Directiva, como medida a adoptar por los Estados “la obligación de entrega, en un plazo razonable, de los documentos”. Incluso se establece la posibilidad de que los Estados exijan que dicha documentación proporcionada, se encuentre traducida a la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado Miembro de acogida.

En relación con estos deberes de documentación de los empresarios que desplacen trabajadores a España desde otros Estados, dentro o fuera de la UE, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, ha recogido las posibilidades que ofrece la Directiva, estableciendo que la Inspección de Trabajo podrá requerir a los empresarios para que comparezcan ante ella, en la oficina pública, con el objeto de aportar la documentación necesaria justificativa del cumplimiento de esta ley, incluyendo, dice la norma, la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa.

Además de este deber de comparecencia y muestra de la documentación requerida, la LDT establece el deber empresarial de disponer de cierta

⁶⁷ En relación con los antecedentes de esta obligación, puede consultarse el excelente estudio realizado por el Profesor CALVO GALLEGO, en el tercer capítulo de esta monografía, al que nos remitimos.

documentación obligatoria en el centro de trabajo o en formato digital accesible para su consulta inmediata. Este deber se mantiene durante el período del desplazamiento y una vez concluido éste, siempre que sean requeridos por la Inspección de Trabajo. La documentación, además, deberá estar traducida al castellano o a cualquiera de las lenguas cooficiales de los territorios donde se presten servicios, conforme a lo establecido en el artículo 6.5 LDT.

El citado deber de documentación se refiere a los siguientes documentos (art. 6.2 LDT):

- Contratos de trabajo o los documentos recogidos en el Real Decreto 1659/1998, que desarrolla el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, que contengan los elementos esenciales del contrato, cuando la información a que se refiere dicho artículo no conste en el contrato de trabajo formalizado por escrito, respecto de cada trabajador.
- Recibos de salarios de cada trabajador y los justificantes de pago correspondientes.
- Registros horarios que se hayan efectuado, con la indicación del comienzo, el final y la duración de la jornada de trabajo diaria.
- Documento acreditativo de la autorización para trabajar en caso de nacionales de terceros países, conforme a la legislación del Estado de establecimiento.

Dentro de las infracciones recogidas en el TRLISOS, el incumplimiento de estas obligaciones se tipifica como grave. Así, son infracciones contempladas en el artículo 10.2:

- la falta de disponibilidad en España durante el período de desplazamiento de la documentación relativa al mismo, en los términos legalmente establecidos (apartado b);
- Y no presentar la documentación ante la ITSS, cuando ésta haya sido requerida, o presentar alguno de los documentos sin traducir (apartado d).

6.1.2. Obligaciones de comunicación

Entre las medidas que la Directiva 2014/67 permite considerar a los Estados Miembros para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones en ella contenidas, con carácter novedoso respecto de la Directiva 96/71, se encuentra la de la exigencia de comunicación del desplazamiento. Conforme al artículo 9 de la Directiva, los Estados Miembros podrán imponer la obligación del prestador de servicios establecido en otro Estado Miembro de “presentar una declaración simple a las autoridades

nacionales competentes responsables". Este deber de comunicación del desplazamiento deberá realizarse "a más tardar cuando comience la prestación de servicios", estableciendo, además, la Directiva el posible contenido de la misma.

Esta obligación ya se contenía en nuestra legislación interna, así como en la de muchos Estados Miembros. De este modo, el artículo 5 de la Ley 45/1999, ya lo recogía, si bien en términos diferentes a como lo hace ahora, tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Legislativo 9/2017, de transposición de la Directiva 2014.

El deber de comunicación se encuentra regulado como una obligación del empresario que desplace trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional. Este deber de comunicación, como hemos indicado, es previo al inicio del desplazamiento y deberá contener los datos e informaciones previstos en el apartado segundo del citado precepto, entre los que se encuentran la identificación de la empresa que desplaza – incluyendo sus datos fiscales – y del trabajador desplazado; la identificación de la empresa o centro de trabajo donde el trabajador prestará sus servicios – pudiendo tratarse de varias empresas o centros de trabajo –; la fecha y duración previstas para el desplazamiento y la determinación de la prestación de servicios de los trabajadores desplazados. Se indicarán, además, en la comunicación tanto la persona física o jurídica presente en España que sea designada por la empresa como enlace con las autoridades competentes españolas, para el envío y recepción de documentos o notificaciones, como los datos de la persona que pueda actuar, también en España, en representación de la empresa prestadora de servicios en los procedimientos de información y consulta de los trabajadores y negociación, que afecten a los trabajadores desplazados a España.

Recordemos que, conforme al apartado 3 del artículo 5 LDT, sólo se exceptúan del deber de comunicación los desplazamientos que no excedan de 8 días, siempre que no intervengan Empresas de Trabajo Temporal⁶⁸.

En este caso, el TRLISOS tipifica la conducta incumplidora del deber de comunicación como una infracción leve si se trata de un defecto formal en la comunicación (art. 10.1 a) TRLISOS), grave si se trata de una presentación extemporánea de la comunicación, es decir, con posterioridad al inicio del desplazamiento (art. 10.2 a) LISOS), o muy grave si se trata de la omisión o ausencia total de comunicación, o de la falsedad o la ocultación de los datos contenidos en la misma (art. 10.3 LISOS).

Además, prevé la LTD otro deber de notificación referido a los daños para la salud de los trabajadores desplazados que se hubieran producido con ocasión

⁶⁸ Pues, en ese caso, será preciso que la comunicación se acompañe de su acreditación como ETT.

o por consecuencia del trabajo que se ejecute en España. Este deber es genérico para todos los empresarios españoles, debiendo poner en conocimiento de la autoridad laboral los accidentes de trabajo ocurridos y las enfermedades profesionales declaradas, cualquiera que sea su calificación o gravedad, incurriendo en una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, en caso de incumplimiento del mismo.

Sin embargo, en el caso de la LTD, ésta se refiere sin más a "daños para la salud de los trabajadores desplazados", "que se hubieran producido con ocasión o por consecuencia del trabajo" que se ejecute en España. Lo que coincide, sin duda, con la definición de Accidente de trabajo, pero también con la de enfermedad profesional. Tampoco hace referencia la Ley al carácter leve, grave o muy grave de estos daños, por lo que parece evidente que la obligación de comunicación se refiere a cualquier daño, aunque sea leve. Y así lo confirma la lectura del tipo infractor recogido en el artículo 10 del TRLISOS, conforme al cual, tendrá carácter leve la infracción cuando se trate de "no dar cuenta, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas, cuando tengan la calificación de leves" (10.1 b) TRLISOS). Esta misma conducta se tipifica como grave si el accidente de trabajo o la enfermedad profesional tuviera la calificación de grave, muy grave o mortal (10.2 c) TRLISOS).

Para asegurar el cumplimiento de estas obligaciones, como ya adelantamos, el Real Decreto Ley 9/2017, transponiendo la Directiva 2014/67, creó el Registro Electrónico Central. De este modo, se daba cumplimiento al artículo 5 de la Directiva, conforme al cual los Estados Miembros debían adoptar las medidas oportunas para garantizar que las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados se dieran a conocer "gratuita y públicamente" y "de una manera clara, transparente, inteligible y fácilmente accesible, a distancia, por medios electrónicos".

6.1.3. Obligaciones de garantía de condiciones de trabajo

Como sabemos, uno de los objetivos de la Directiva 2018/957 es precisamente mejorar la protección de los derechos de los trabajadores, eso sí, tratando de mantener el equilibrio entre la salvaguarda de la libre prestación de servicios y la garantía de una mayor protección de los trabajadores⁶⁹. Conforme a una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE por todos conocida, la restricción a la libre prestación de servicios sólo es posible por razones de interés general, siempre que sean necesarias y proporcionadas⁷⁰. Sin

⁶⁹ Vid. Considerando 4 de la Directiva 2018/957.

⁷⁰ Vid. Considerando 10 de la Directiva 2018/957. Vid, también las cuatro sentencias más significativas de este itinerario jurisprudencial, STJUE de 11 de diciembre de 2007 (Asunto

embargo, no se trata en este caso de limitar dicha libertad, sino de garantizar mejores condiciones a los trabajadores desplazados dibujando un nuevo punto de equilibrio entre la libre prestación de servicios y la citada garantía⁷¹.

Esta garantía de las condiciones de trabajo se extiende a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de carácter transnacional y compete a los Estados de establecimiento de las empresas, siempre que no se superen los 12 o, en su caso, 18 meses, momento a partir del cual la competencia corresponderá a los Estados de acogida⁷².

Uno de los objetivos de la Directiva 2018/957, como ya hemos tenido ocasión de comentar, ha sido precisamente la mejora en la protección de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados, que adquiere ahora, como han resaltado algunos autores, una posición más equilibrada respecto de la libre prestación de servicios⁷³ y un papel más importante.

Con el objetivo de lograr una mayor coordinación y hacer posible la lucha conjunta contra los abusos en el ámbito de los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de prestaciones de servicios de carácter transnacional, la Directiva 2018 vino a modificar la Directiva 96/71, para lograr una mayor cooperación entre la autoridades y organismos competentes de los Estados implicados en el desplazamiento y mejorar la lucha contra los casos de abuso manifiesto o de actividades presuntamente ilegales, así como transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio relacionados con el desplazamiento de trabajadores.

También con este objetivo se modificaron, como hemos visto los artículos 4 y 5 de la Directiva 96/71, añadiendo, entre otros, un mandato dirigido a los Estados miembros para que establezcan una cooperación entre las autoridades u organismos competentes, a los que, en virtud de la legislación nacional, compete la vigilancia de las condiciones de trabajo referidas en el artículo 3. Y estableciendo también, como hemos tenido ocasión de resaltar, un deber de supervisión, que bien podría haber sido de vigilancia, de la Comisión, a la que podrán acudir los Estados Miembros en caso de demoras persistentes en el envío de la información solicitada.

Viking, C-438-05), de 18 de diciembre de 2007 (Asunto Laval, C-341-05), de 3 de abril de 2008 (Asunto Rüffert, C-346-06) y 19 de junio de 2009 (Asunto Comisión contra Gran Ducado de Luxemburgo, C-316-08).

⁷¹ Así lo expresa J. GÁRATE CASTRO, "La modificación de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957: una mejor solución del conflicto entre la libre prestación de servicios y la protección sustantiva del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, diciembre 2019, p. 1064.

⁷² Vid. Directiva 2018/957.

⁷³ Vid. de nuevo J. GÁRATE CASTRO, "La modificación...", cit. p. 1067.

Esta protección de los trabajadores en la aplicación de unas condiciones de trabajo más justas y equitativas, se completa en el acervo comunitario con la elaboración de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

Para poder dar cumplimiento a todo este elenco de normas de protección de los trabajadores, la ITSS cuenta, como hemos visto, con las infracciones tipificadas en la LISOS, que utiliza la técnica de remisión al elenco de infracciones que sean aplicables según las materias. Esta técnica ha sido bastante criticada por la doctrina, apelando a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de tipicidad de las normas sancionadoras y, sobre todo, al principio de seguridad jurídica que debe regir la tipificación de las normas sancionadoras.

No obstante, lo que la LISOS parece dejar claro, es que, en el cumplimiento de las obligaciones de garantizar a los trabajadores ciertas condiciones de trabajo, se aplicarán las normas sancionadoras a los empresarios que desplacen trabajadores al territorio español en el mismo grado que se aplican a los establecidos en nuestro Estado.

6.2. Sanciones administrativas en materia de desplazamientos de trabajadores

En cuanto a las sanciones administrativas, reguladas en la LISOS, se trata de multas pecuniarias cuya cuantía se especifica en el artículo 40 de la citada norma y que serán graduadas conforme a los criterios establecidos en el artículo 39, en grado mínimo, medio o máximo.

Como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, la Directiva 2018/957, recuerda la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en materia de desplazamientos temporales de trabajadores entre Estados Miembros, y, en particular, a considerar también si la información ofrecida en el sitio web nacional oficial único acerca de las condiciones de trabajo es conforme con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE⁷⁴. Es importante considerar que la ampliación de los contenidos del artículo 3 de la Directiva, implica que la información deba estar publicada en el citado sitio web oficial para que las empresas que desplacen trabajadores conozcan exactamente cada uno de esos puntos. Y ello por cuanto, tal y como se indica en el último párrafo del artículo 3.1 de la Directiva, introducido por la Directiva 2018, en caso de que la información recogida en el sitio web oficial único nacional no indique las condiciones de trabajo que hayan de aplicarse, contraviniendo por tanto el mandato del artículo 5, "esa circunstancia se tendrá en cuenta, de conformidad con la legislación o las

⁷⁴ Vid. Considerando 21 de la Directiva 2018/957.

prácticas nacionales, a la hora de fijar las sanciones, aplicables por infracción de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva, en la medida necesaria para garantizar su proporcionalidad”.

Como ya hemos advertido anteriormente, este principio es regulado en nuestro ordenamiento interno como uno de los principios informadores de la potestad sancionadora de las administraciones públicas⁷⁵.

Otro de los principios generales aplicables a potestad administrativa del Estado, es el principio *non bis in idem*, que también habrá de ser tenido en cuenta, en este caso particular, para evitar la doble sanción por infracciones en el país de establecimiento del prestador de servicios y el del lugar de la prestación del trabajador desplazado, cuando exista identidad de sujeto, hecho, fundamento. Así lo establece la Disposición Adicional primera de la LDT cuando indica que no será posible la sanción de “acciones u omisiones de los sujetos responsables que hayan sido ya sancionadas penal o administrativamente en el país de desplazamiento; siempre que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”. Para lo cual resulta de suma importancia, de nuevo, el intercambio de información y la cooperación entre los Estados implicados en la prestación de servicios transnacional.

Finalmente, hemos de mencionar que, ligado a este aspecto se encuentra el mandato recogido en la Disposición adicional séptima de la LDT, introducida por el Real Decreto Ley 9/2017 en transposición de la Directiva 2014, conforme a la cual se crea un procedimiento de “reconocimiento y asistencia mutuos en la notificación y ejecución transfronteriza de sanciones administrativas derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de desplazamientos de trabajadores”⁷⁶.

Conforme a esta norma, la notificación y la ejecución transfronteriza de las sanciones pecuniarias y multas administrativas por el incumplimiento de las normas aplicables en materia de desplazamientos de trabajadores, impuestas a una empresa establecida en un Estado miembro de la Unión Europea, o del Acuerdo del EEE, que desplace trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional a otro de tales Estados, “estará sujeta a los principios de reconocimiento y asistencia mutuos y se realizará a través del Sistema de Información del Mercado Interior”. Siendo este Sistema, por tanto, el instrumento a través del cual se llevará a cabo esta notificación y ejecución transfronteriza de las sanciones.

⁷⁵ Artículo 29 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁷⁶ Vid. sobre los antecedentes del tema P. PARAMO MONTERO, “La ejecución transfronteriza de sanciones penales y administrativas. Asistencia y reconocimiento mutuos en los procedimientos sancionadores en el ámbito de la Unión Europea. Especial referencia a los supuestos del orden social”, *Revista del MTAS*, nº 78, 2008, pp. 323 y ss.

De este modo, en la disposición adicional se regula tanto la forma de tramitar la petición de notificación de una resolución u otros documentos relacionados con la imposición de una sanción administrativa o multa, así como una petición de cobro de las mismas, como la de transmitir a las autoridades de otro Estado una petición de notificación de una resolución sancionadora, indicando que deberá haberse recibido y tramitarse, respectivamente, a través del Sistema de Información del Mercado Interior.

Esta disposición será aplicable a las notificaciones y ejecuciones transfronterizas de las sanciones o multas siguientes:

- Las que impongan las autoridades españolas competentes o confirmen los órganos administrativos o judiciales españoles competentes, por las infracciones tipificadas en el artículo 10 de la LISOS.
- Las que impongan las autoridades competentes o confirmen los órganos administrativos o jurisdiccionales o, en su caso, emanen de la jurisdicción social de otro Estado miembro de la UE o signatario del Acuerdo sobre el EEE, de conformidad con su normativa y procedimientos, relacionadas con el incumplimiento de las respectivas normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71 o de la Directiva 2014/67.

Quedando excluidas del ámbito de aplicación de esta norma, la ejecución transfronteriza de sanciones que entren dentro del ámbito de aplicación de la Ley 23/2014, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la UE.

Por último, dice la norma que los importes cobrados por esta vía se devengarán a favor de la autoridad competente española o del Estado miembro de la UE que haya llevado a cabo la ejecución de la sanción.

7. La Autoridad Laboral Europea: una nueva institución para garantizar la coordinación y el intercambio de información entre los estados miembros y apoyar el cumplimiento de la normativa

El Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 20 de junio de 2019, creó la Autoridad Laboral Europea (ALE), anunciada ya desde el año 2017, por el propio Presidente de la Comisión Europea Jean Claude Juncker⁷⁷, en desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales y la nueva dimensión social de la UE.

⁷⁷ Vid. Discurso sobre el Estado de la Unión 2017, conforme al cual, el entonces Presidente de la Comisión Europea declaró que “En una Unión de iguales, no puede haber trabajadores de segunda clase. Los trabajadores deben percibir la misma retribución por el mismo trabajo en el mismo lugar. Por ello, la Comisión propuso nuevas normas sobre el desplazamiento de trabajadores. Debemos asegurarnos de que todas las normas de la UE sobre movilidad laboral se

Dentro de las prioridades legislativas de la UE para 2018 y 2019 se encontraba el compromiso de tomar medidas para “reforzar la dimensión social de la Unión”, centrándose sobre todo en tres aspectos⁷⁸:

- Mejorar la coordinación de los sistemas de Seguridad Social;
- Proteger a los trabajadores frente a los riesgos para la salud en el lugar de trabajo
- Garantizar un trato equitativo para todas las personas en el mercado laboral, mediante la modernización de las normas sobre el desplazamiento de trabajadores y mejorando la aplicación transfronteriza de la legislación de la Unión.

Es precisamente este último objetivo el que nos interesa como misión específica de la Autoridad Laboral Europea. Y así lo considera el propio Reglamento cuando indica que “los objetivos de la Autoridad deben definirse claramente haciendo especial hincapié en un número limitado de tareas, de modo que se garantice que estas se realizan de la manera más eficiente posible en los ámbitos en los que la Autoridad pueda aportar el mayor valor añadido”⁷⁹.

De este modo, la Autoridad Laboral nace con la misión de ayudar a los Estados miembros y a la Comisión en la aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación de la Unión en materia de movilidad laboral en toda la Unión y la coordinación de los sistemas de seguridad social. Adopta la forma de una agencia independiente dedicada a garantizar la aplicación de la normativa europea sobre movilidad de trabajadores⁸⁰.

La creación de este organismo en la UE viene a resolver los problemas de coordinación y cumplimiento de obligaciones entre los Estados Miembros, al configurarse como un mecanismo de ayuda no sólo de los Estados, sino de la propia Comisión⁸¹. Lo que resulta bastante positivo, sobre todo a la hora de

apliquen de forma equitativa, sencilla y eficaz mediante un nuevo organismo europeo de inspección y control del cumplimiento. Es absurdo tener una Autoridad Bancaria para vigilar las normas bancarias y, en cambio, no tener una autoridad laboral común para garantizar la equidad en nuestro mercado único. Crearemos esta autoridad”. Discurso disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/SPEECH_17_3165

⁷⁸ Considerando 4 del Reglamento (UE) 2019/1149, de 20 de junio.

⁷⁹ Considerando 6 del Reglamento.

⁸⁰ En este sentido A. OJEDA AVILÉS, “Una Autoridad Laboral medio Europea. El Reglamento 2019/1149, de 20 de junio sobre la Autoridad Laboral Europea”, en *Trabajo y Derecho*, nº 62, 2020, p. 5 (versión electrónica).

⁸¹ En relación a esto, el artículo primero del Reglamento se refiere “a todos los actos de la Unión enumerados en el artículo 4”, incluyendo tanto directivas y reglamentos, como a decisiones basados en dichos actos o cualquier otro acto de la Unión jurídicamente vinculante por el que se encomienden funciones a la Autoridad. Art. 1.2 del Reglamento.

alertar a la Comisión sobre actitudes no colaborativas de ciertos Estados en materia de información o cumplimiento de las Directivas de movilidad.

En esta línea de regulación, los objetivos de la Autoridad Laboral, recogidos en el artículo 2 del Reglamento, son los siguientes:

- 1) Facilitar el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones en materia de movilidad laboral en toda la Unión, así como a los servicios pertinentes.
- 2) Facilitar y mejorar la cooperación entre los Estados miembros en la aplicación en toda la Unión de la legislación pertinente de la Unión, incluida la facilitación de las inspecciones concertadas y conjuntas.
- 3) Mediar y facilitar una solución en caso de litigios transfronterizos entre los Estados miembros.
- 4) Apoyar la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado.

En particular, en lo que a nosotros interesa, la Autoridad Laboral Europea intervendrá en las funciones de información, coordinación y en la solución de conflictos entre Estados Miembros. Pero también lo hará en la lucha contra el trabajo no declarado, objetivo fundamental de todos los países de la Unión Europea⁸².

Por su parte, el artículo 4 del citado Reglamento, enumera las tareas de la Autoridad Laboral Europea indicando, por lo que a nosotros interesa, las siguientes:

- Facilitar la cooperación y el intercambio de información entre los Estados miembros con vistas a la aplicación y cumplimiento coherentes, eficientes y efectivos de la legislación de la Unión.
- Coordinar y apoyar inspecciones concertadas y conjuntas, aspecto este de bastante interés por lo novedoso de la figura.
- Realizar análisis y evaluaciones de riesgos sobre cuestiones de movilidad laboral transfronteriza.
- Apoyar a los Estados miembros en la creación de capacidades para la aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación de la Unión, lo que va a permitir la elaboración de directrices y guías comunes entre todos los Estados miembros, en aras de una mayor coordinación de las inspecciones propias.

⁸² A este aspecto dedica el Reglamento el artículo 12.

- Apoyar a los Estados en la lucha contra el trabajo no declarado.
- Mediar en los litigios entre los Estados miembros sobre la aplicación de la legislación de la Unión pertinente.

De este modo, la Autoridad Laboral Europea viene a resolver los problemas de los Estados miembros a los que resultaba difícil la cooperación y colaboración, así como la resolución de conflictos entre ellos o la exigencia del cumplimiento del deber de colaboración en caso de negativa de algún Estado.

8. Conclusiones

Tras el análisis de las medidas de vigilancia y control que los Estados Miembros pueden adoptar de cara a exigir el cumplimiento de las previsiones de las Directivas 96/71 y 2014/67, así como del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de los mismos, es preciso destacar dos aspectos en los que será preciso avanzar para implementar la tan demandada dimensión social de la UE.

Por un lado, es preciso armonizar y homogeneizar, en la medida de lo posible, los ordenamientos sancionadores de los Estados para contemplar infracciones, pero sobre todo, sanciones administrativas con cuantías similares, que faciliten y garanticen en lo posible la ejecución de las mismas en los diferentes Estados miembros de la UE y signatarios del Acuerdo sobre el EEE.

En segundo lugar, hemos tenido ocasión de constatar cómo no existen suficientes instrumentos de formación a nivel europeo dirigidos a los funcionarios o trabajadores de las instancias administrativas que tienen competencias en materia de vigilancia y control de la normativa sobre trabajadores desplazados, que permitan optimizar un posible intercambio de efectivos o la creación de equipos de trabajo conjuntos en la lucha contra los abusos o el fraude en los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Cuestión que parece que puede ser resuelta con la creación de la Autoridad Laboral Europea, entre cuyas funciones asume la de “elaborar programas de formación sectoriales e intersectoriales, destinados también a las inspecciones de trabajo, así como el material de formación específico, mediante métodos de aprendizaje en línea”⁸³.

En tercer lugar, se ha apuntado que habría sido necesario dotar a la Autoridad Laboral Europea de más funciones relacionadas con la intervención para garantizar la protección de los trabajadores desplazados, especialmente de aquellos que proceden de terceros Estados fuera de la UE, pero que no residen legalmente en nuestro territorio y son víctimas del trabajo no declarado⁸⁴. Estos

⁸³ Artículo 11 del Reglamento 2019/1149.

⁸⁴ Vid. A. OJEDA AVILÉS, “Una Autoridad medio Europea...”, op. cit. p. 13.

trabajadores se mencionan en el Reglamento de la ALE pero no en sus actividades.

En cualquier caso, consideramos positiva la creación de instancias e instrumentos que ayuden a fomentar la cooperación y el trabajo conjunto de los Estados en la lucha contra los abusos, el fraude y las prácticas desleales en materia de desplazamientos transnacionales de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea. También esperamos que la transposición de las Directivas 2018/957 y 2019/1152, contribuyan a la protección de los derechos de los trabajadores desplazados, por la vía de una mayor información sobre sus condiciones de trabajo.