

La directiva sobre desplazamiento de trabajadores: convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social europeos*

Directive on posting of workers: convergences and divergences with the coordination regulations of the European social security systems

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO**

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de un monográfico relativo a la “Movilidad laboral en la Unión Europea y la Seguridad Social”, donde intervienen destacadísimos juristas especializados en dichas cuestiones, resulta, cuanto mínimo, abrumador para la suscribiente tratar de analizar alguna cuestión conexas con la temática general que, además, pueda resultar de interés para el eventual lector/a del mismo. Es justo confesar, por tanto, que la invitación cursada para participar en este monográfico junto al impresionante elenco de autores a

los que mi modesta firma acompaña me provoqué una doble suerte de sensaciones, donde prima más el vértigo y la responsabilidad por realizar un trabajo atractivo y meditado sobre el particular que el honor y la satisfacción que me supone poder contribuir en una obra de semejantes características. Confesada, ab initio, mi propia debilidad profesional al enfrentarme con un campo de estudio como el de la seguridad social, que siempre me ha resultado un ámbito árido, complejo y difícil, entiendo posible aportar –siquiera tímidamente– algunas reflexiones en relación con el análisis de la regulación atinente al supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores en el seno de la UE.

* Esta contribución, cerrada a 30-9-2018, forma parte de los trabajos que se desarrollan dentro del Grupo de Investigación titulado: “Derecho transnacional del trabajo y transporte” (Ref. GIU15/04), financiado por la UPV/EHU, y en el marco del Proyecto de Investigación DER2017-83040-C4-1-R: “Hacia un nuevo modelo de Derecho transnacional del Trabajo”, cuya IP –en ambos casos– es quien esto suscribe.

** Profesora T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

Más en particular, mi intención es abordar el *iter* sufrido desde la propuesta de reforma de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional hasta la reciente adopción de la Directiva 2018/957, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de

junio de 2018¹, que modifica la anterior. En concreto, la intención de la suscribiente tiene por objeto analizar dicha evolución en relación con la interacción existente entre alguna de las modificaciones que se cernían sobre aquella norma con respecto de la regulación aplicable a esta tipología de trabajadores móviles desde la perspectiva del Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social en la UE. A ello debe añadirse que en el conjunto de estas reflexiones se tomará en consideración, a su vez, y como es lógico, la jurisprudencia emitida por el TJUE en los últimos tiempos, fundamentalmente y por lo que respecta a los trabajadores de distintos sectores del transporte y a los que también se les aplica la Directiva sobre desplazamiento², donde es fácil observar una cierta querencia para la resolución de los problemas que aquí pretendemos atacar atrayendo algunas soluciones contenidas en el bloque relativo a la determinación del *Ius* desde la perspectiva de la Seguridad Social³; lo que nos lleva a reflexionar sobre el alcance general de estas aproximaciones a la hora de resolver delicados problemas jurídico-laborales y de protección social en la superficie y de carácter económico-competitivo (y político) en su esencia.

2. EL PROBLEMA CLÁSICO DE LA REGULACIÓN RELATIVA AL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES TRANSNACIONAL: LA CONCRECIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN LOS INSTRUMENTOS DE DETERMINACIÓN DEL IUS Y LOS INTENTOS POR ATRAER UN LÍMITE SIMILAR AL ESTABLECIDO EN EL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

A estas alturas, señalar que una de las grandes dificultades que han existido y existen en relación con la regulación del fenómeno del desplazamiento temporal de trabajadores

sea el de la concreción de la noción de temporalidad a partir de la cual el contrato de trabajo plurilocalizado de aquéllos quedará regido o mejor dicho corregido, siquiera parcialmente, por un conjunto de disposiciones denominado “núcleo duro” en el Estado de acogida, puede resultar vacuo. En efecto, la inclusión o no de un plazo de acuerdo con el cual pueda determinarse desde el plano jurídico-laboral el ordenamiento jurídico-laboral aplicable (*lex contractus/lex loci laboris*=país de origen más núcleo duro de disposiciones del Estado de acogida) o, en su caso, superado dicho plazo, modificación de la *lex contractus* a favor del ordenamiento jurídico laboral del inicial Estado de acogida que ya se convierte en estable y duradero *ex post*, ha sido y es una cuestión sumamente problemática desde antiguo⁴. Y ello así, porque la perspectiva conceptual desde la que se aproximan los instrumentos de aplicación a la cuestión, esto es, el Reglamento Roma I y/o la Directiva 96/71/CE son, como es bien sabido, divergentes a la hora de regular la estabilidad o, para ser más exactos, la habitualidad en la prestación de servicios en los contratos de trabajo plurilocalizados y por ende también del tratamiento jurídico que del desplazamiento realizan, de una manera u otra, ambas regulaciones. Ahora bien, a pesar de que ambos instrumentos respondan a objetivos e intereses diversos, la interrelación existente entre una y otra es también evidente, no en vano ya sea en el transcurso de comunitarización del Convenio de Roma sobre

⁴ En este contexto, me gustaría señalar que casi nada de lo actualmente debatido es novedoso. Sobre el problema concreto del desplazamiento temporal ya se pronunció hace años el Prof. RODIÈRE, P. “Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail (Mars 1972)”, *Revue Trimestrielle de Droit européenne* 1973, pp. 1-28. A estos efectos, y a su vez, me gustaría aquí referirme a varias obras que deberían ser siempre citadas (y obviamente leídas y consultadas) en el marco del análisis de cualquier cuestión relacionada con el contrato de trabajo internacional, inclusive en materia de desplazamiento. En concreto, me refiero al inmenso trabajo del Prof. MOURA RAMOS, R.M. *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedinha, Coimbra, 1991, cuya lectura recomiendo a cualquiera que se interese por estas cuestiones, puesto que, a pesar de los años transcurridos desde su publicación, es una de las obras –a mi juicio– más completas que existen sobre el particular. Y lo mismo cabe decir, si bien desde la doctrina nacional, del trabajo de ZABALO ESCUDERO, M^ºE. *El contrato de trabajo en el Derecho Internacional Privado español*, editorial Bosch, Barcelona, 1982.

¹ DOUE L173, de 9 de julio de 2018.

² A excepción hecha, como se sabe, del personal navegante de la marina mercante. A mayor abundamiento, *vid.* nota al pie nº 30 de este mismo texto.

³ Aunque en honor a la verdad también desde la perspectiva del Forum.

ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 (CR) en el actual Reglamento Roma I, ya sea durante el proceso, ahora ya concluido, de modificación de la Directiva 96/71/CE original, la cuestión de la identificación de la habitualidad/temporalidad ha estado no sólo latente, sino que ha sido prioritaria para las instituciones que han abordado dicha problemática. Y en este marco, no podemos olvidar, ni desdeñar la influencia –directa o indirecta, mediante la interpretación operada por el TJUE en algunos casos– que el bloque sobre ley aplicable en materia de seguridad social representada por los criterios contenidos en el actual Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de seguridad social ostenta para el trasfondo de la regulación sobre desplazamiento, puesto que esta norma sí prescribe un período predeterminado en relación con en esta tipología de movilidad internacional de trabajadores que se cifra en 24 meses, durante los cuales el trabajador desplazado seguirá estando afiliado al Estado de origen y, en consecuencia, sujeto a la legislación de seguridad social de tal Estado, amén de establecer criterios específicos para algunos trabajadores del transporte insertos en supuestos de movilidad transnacional en la prestación de servicios.

Como es bien conocido, por tanto –en cuanto que no descubro el potosí–, nos encontramos ante un mismo supuesto de movilidad que queda afectado por tres regulaciones distintas (Roma I; Directiva 96/71/CE y Reglamento 883/2004) desde la perspectiva de la determinación del ordenamiento jurídico laboral aplicable y de la seguridad social a los trabajadores desplazados. Así, y aun partiendo todas ellas del criterio de ejecución de servicios con carácter habitual en un único país y consecuentemente de priorizar la aplicación de la *lex loci laboris* (principio de territorialidad⁵), buscan –cada una de ellas en sus

respectivos ámbitos– amparar el supuesto de desplazamiento temporal, si bien de manera no homogénea⁶. La ausencia de uniformidad en cuanto al tratamiento del desplazamiento de trabajadores en sus diversas vertientes y de la aproximación dada a la noción de “*lex loci laboris*” ha originado que las fricciones normativas existentes entre aquéllas hayan dado lugar, al menos en una parte importan-

1972; sin perjuicio –obviamente– de mantener un cierto anclaje territorial para las situaciones estrictamente nacionales o de aquéllas para las cuales se imposibilita la armonización, al menos, a escala europea. Así, SUPPIOT, A. “Reflexions sur le depressement de l’Etat”, *Lex Social-Revista jurídica de los Derechos sociales* n° 1, vol. 8, 2018, pp. 365-381. De manera similar se pronuncian los teóricos del DIPr, donde ponen de manifiesto que la edificación de esta disciplina sostenida en la existencia de diversos Estados no encuentra su acomodo en la realidad actual, al encontrarse fuertemente afectada por el impacto que sobre el Derecho produce la globalización económica. En este último sentido, y entre otros trabajos de MUIR WATT, H, *vid.* “Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions”, *Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours* t. 307 (2004), Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff, 2004. También de la misma autora: “La globalisation et le droit international privé” en ANCEL, B.; AUDIT, M. y LAGARDE, P. (Eds): *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 591-606. En este contexto y en relación con la aplicación del principio de territorialidad y el desplazamiento se pronuncia expresamente la profesora SCHMITT, M. quien defiende y señala expresamente que “*Le détachement déroge au rattachement et donc, «au principe de territorialité du droit social»*” en “Le détachement des travailleurs dans le cadre d’une prestation de service transnationale” en *Droit du travail de l’Union Européenne*, Manuel, Bruxelles, Larcier, 2012, p.162. Por lo que respecta al principio de territorialidad desde la perspectiva de la Seguridad social comunitaria, PATAUT, E.: “Territorialité et coordination en droit international privé: L’exemple de la sécurité sociale” en *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 663 y ss. *Vid.* Versión electrónica <http://www.lgdj.fr/melanges-en-l-honneur-du-professeur-pierre-mayer-9782275047034.html>. <halshs-01348972>.

⁶ Por todos, me remito aquí a los recientes trabajos de GOMÉZ ABELLEIRA, FJ: “Desplazamiento transnacional laboral genuino y Ley aplicable al contrato de trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), Vol. 10, n° 1, pp. 213-232 y los por él allí citados, así como el trabajo de RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2018. Por su parte, y obviamente, aquí se ha de citar también el trabajo de LLOBERA VILA, M.: *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, quien analiza de manera extensa y en profundidad la falta de homogeneidad a la que nos referimos *supra*.

⁵ Ahora bien, la aplicación del principio de territorialidad en el contexto de las relaciones de trabajo transnacionales se encuentra en entredicho, dado que las diversas transformaciones operadas sobre la disciplina, a propósito de la progresiva deslocalización de las industrias y la movilidad de los trabajadores, ha originado que hablemos de una cierta desnacionalización y/o des-territorialización del Derecho del Trabajo, que pone en relativo jaque la concepción tradicional de esta disciplina, calificada como un proyecto doméstico vinculado a un territorio, tal y como sostuvo Kahn-Freund en el año

te, a la existencia del denominado dumping social en el marco de este fenómeno, y que no derivan únicamente de la búsqueda de un ordenamiento jurídico laboral favorable al prestador de servicios que desea reducir costes laborales, sino sobre todo y ante todo de la búsqueda de unos menores costes en materia de protección social; elementos que impactan de manera muy relevante en la competitividad de las empresas prestadoras de servicios en el ámbito comunitario.

Expuestas estas consideraciones generales, conviene a continuación adentrarse -en primer lugar- en el proceso de transformación operado ya sea sobre Roma I y/o sobre la Directiva 96/71/CE, que han intentado incluir un parámetro temporal similar al contenido en el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social.

2.1. Las dificultades encontradas para la concreción de la “temporalidad” en el marco de la conversión del Convenio de Roma en Reglamento Roma I

La distinta forma en la que el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR) y la Directiva 96/71/CE afrontan y afrontaban el fenómeno del desplazamiento temporal, ya sea en relación con la concreción del ordenamiento jurídico aplicable *ex lex loci laboris* y/o la aplicación de las normas imperativas del Estado de acogida respectivamente (en tanto que correctoras de la ley de origen); supuso una de las principales cuestiones de debate en el transcurso de conversión del CR en Reglamento Roma I. Y es que ya desde la publicación del Libro Verde en el año 2002 se observaba que esta primera dificultad ocupaba gran parte de las preocupaciones de la Comisión⁷, no en vano ya se hacía

⁷ Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización [Documento COM (2002) 654 final, de 14 de enero de 2003] en cuyo Considerando se establecía que “Por lo que se refiere al contrato individual de trabajo, la norma de conflicto debe permitir identificar el centro de gravedad de la relación laboral más allá de las apariencias. Esta norma no afecta a la aplicación de las leyes de policía del país de desplazamiento, prevista por la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996,

referencia en ese momento a las diferencias existentes entre ambos bloques normativos por lo que respecta a la problemática derivada de la “duración” del desplazamiento⁸, así como con respecto al supuesto fáctico desde la que ambas normas parten para regular la cuestión. De este modo, y por lo que respecta al supuesto fáctico, la Comisión ya avanzaba en el citado Libro Verde que para la aplicación de las normas de la Directiva 96/71/CE es necesario que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador desplazado, de tal manera que en cuanto se celebra un nuevo contrato con la empresa de acogida, deja de haber desplazamiento en el sentido de la Directiva. Y a sensu contrario, para el CR se puede estar en presencia de un desplazamiento temporal incluso en los casos en los que el trabajador celebre un nuevo contrato de trabajo en el país de acogida; permitiendo a estos efectos la aplicación de la normativa designada por el criterio que analizamos a los supuestos de movilidad intra-grupal en el seno de un grupo de sociedades. En consecuencia, y ya desde la perspectiva de la duración del desplazamiento, se apuntaba que en el sentido del CR es sobre todo la duración (en principio temporal, aunque incierta y, por tanto, sujeta a la interpretación del juez que conozca del asunto) la que permite calificar el envío al extranjero como “desplazamiento temporal”, a diferencia de la Directiva 96/71/CE, para la que la duración no es pertinente. Pues bien, ante estas circunstancias, tanto el Groupe européen de droit international privé (GEDIP⁹) como el Instituto Max Planck de

sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”.

⁸ Consúltese a tal efecto el trabajo de YBARRA BORES, A.: “El carácter temporal en el desplazamiento internacional de trabajadores a efectos de la determinación de la ley rectora del contrato de trabajo: hacía un concepto autónomo de temporalidad en el marco del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980”, *Revista Universitaria de ciencias del trabajo*, nº 6, 2005, pp. 655-673. Por su parte, y más recientemente, entre otros modos, se cita aquí el trabajo de PATAUT, E.: “Détachement et fraude à la loi – Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe”, *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2014, pp.23-34. <halshs-01302192>, por cuanto que aborda la práctica imposibilidad de definir la noción de desplazamiento.

⁹ GEDIP: *Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, realizado en la reunión celebrada en Viena los días 19 a 21 de septiembre de

Hamburgo¹⁰ emitieron sus comentarios con respecto al Libro Verde y propuestas de mejora por lo que se refiere a esta cuestión en particular, centrando su parecer en el elemento objetivo –temporalidad– del desplazamiento, dado que el ánimo de retorno al país de origen, como elemento subjetivo del fenómeno se aceptaba sin reservas, tanto por parte de la propia Comisión, como por parte de los Institutos mencionados¹¹.

Así, por una parte, el GEDIP propuso dos soluciones para tratar de introducir cierta seguridad jurídica a los efectos del art. 6 CR, que se concentraban en primer lugar, en examinar el carácter temporal del desplazamiento a la luz de la intención de las partes a priori, de modo que sería temporal un desplazamiento previsto por un período delimitado de tiempo o para una misión determinada o, en segundo lugar, que la apreciación de la existencia de un desplazamiento se realizara por parte del juez a posteriori, esto es, en función de la duración efectiva del mismo, caso por caso, eventualmente según un plazo fijado en el Convenio, similar al establecido en

2003. Vid. <https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-13rlv.html>, apartados 17 a 24.

¹⁰ Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization: *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* vol. 71. 2007, pp. 225-344.

¹¹ Como se sabe, los elementos que dotan de contenido a la noción de temporalidad han sido los que se han venido edificando por la doctrina que es la que ha descrito sus notas definitorias. Así, el concepto tradicional de desplazamiento descansa sobre la existencia de un centro de gravedad fijo situado en el país de origen, donde el trabajador presta servicios con carácter habitual. Asimismo, son elementos caracterizadores de esta situación la temporalidad en la ejecución de servicios en otro país, así como la pervivencia del vínculo que le une al empresario de origen y el ánimo de retorno, tal y como describe COUTURIER, G.: "La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail", *Droit Social* nº 11, 1991, p. 844. En el mismo sentido, JUÁREZ PÉREZ, P.: "El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado", *Relaciones Laborales* nº 7, 1999, p. 83 o BELTRÁN MIRALLES, S.: "Comentario a la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios", *Actualidad Laboral* nº 19, 2000, p. 325.

el marco de la seguridad social comunitaria¹². Como es visible, el GEDIP mantuvo una posición abierta con respecto a las posibles soluciones que podrían darse a este supuesto siempre sobre la base de la fijación de un límite temporal incluido en el texto. No obstante, el Instituto Max Planck, rechazó –a mi entender con muy buen tino– el que se incluyera un límite temporal, por ejemplo procedente del entonces Reglamento nº 1408/71 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, dada la necesaria flexibilidad que debe regir a la hora de que el órgano jurisdiccional competente analice caso por caso la existencia de desplazamiento o no y no se sujete la aplicación de las normas imperativas del país de acogida de acuerdo con la Directiva 96/71/CE a una cierta arbitrariedad en el establecimiento de un límite fijo a partir del cual se mantiene la *lex contractus* designada por la ejecución habitual de servicios en el país de origen o éste se modifique cuando el trabajador comience a prestar servicios con carácter habitual en el país de destino.

Pues bien, a resultas de los debates y propuestas recibidas a propósito del Libro Verde, sí que es cierto que en la propuesta de Reglamento Roma I se trató de introducir alguna especificación al respecto, siendo la dicción propuesta la que sigue: "A falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato individual de trabajo se regirá:

(a) por la ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo. No se considera que cambia el lugar de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. La realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de

¹² Por su parte, también mostraron una preocupación por el supuesto del desplazamiento temporal al interno de los grupos de empresas, indicando que el CR podría precisar que la celebración de un nuevo contrato con un empresario del mismo grupo no excluye el desplazamiento.

empresas que el empleador originario no excluye que el trabajador realice su trabajo en otro país de manera temporal”.

En otras palabras, se introdujo en la letra del precepto una especificación sobre el elemento subjetivo del desplazamiento temporal no discutido durante el proceso, según el cual el ánimo de retorno constituye un elemento esencial para considerar que no se modifica la *lex contractus* aplicable al contrato de trabajo, así como una mención orientada a satisfacer una de las preocupaciones subsistentes en el proceso, esto es, la protección de los trabajadores en el marco de los desplazamientos en el seno de un grupo de empresas. O, dicho de otra manera, finalmente la propuesta de Reglamento obvió la introducción de un elemento temporal fijo (GEDIP) para ser aplicado *ex ante* o *ex post* por parte del juez que conozca del asunto, así como de una indicación temporal presunta (Max Planck) a título orientativo. Y en estas circunstancias se adoptó el Reglamento Roma I que, como se sabe, no contiene en su articulado alusión alguna con respecto al elemento temporal¹³.

2.2. De la ausencia de un criterio temporal para determinar la existencia de desplazamiento transnacional de trabajadores hacia el establecimiento de alguna pauta en tal sentido, primero en la Directiva 2014/67/CE y luego, en la propuesta de Directiva 2016

Como se ha podido comprobar, a pesar de los esfuerzos operados en el transcurso de modificación del CR y su conversión en el actual Roma I, no se produjo resultado alguno en relación con la concreción del elemento de temporalidad en los supuestos de desplazamiento. Ahora bien, del mismo modo que estos instrumentos conflictuales han permanecido silentes en relación con la concreción de un plazo

que defina la temporalidad intrínseca que debe presidir el desplazamiento de trabajadores, tampoco el instrumento *ad hoc* adoptado en el año 1996, esto es, la Directiva 96/71/CE introdujo ninguna precisión al respecto. La situación originada con la ausencia de un límite temporal a partir del cual se aplica o no la Directiva 96/71/CE se ha mantenido incólume incluso a partir de la modificación operada sobre este instrumento por la Directiva 2014/67/UE¹⁴ y también, como veremos después, por la producida ex Directiva 2018/957. Y ello con independencia de que esta norma (Directiva 2014/67/UE) sí parecía obrar un intento por acercar nociones similares provenientes de la regulación sobre sistemas de coordinación en materia de seguridad social, lo que hubiera dado como resultado la inclusión de una referencia -en aquel momento- de 24 meses en tal sentido¹⁵. *A priori*, es posible afirmar la posibilidad de que los redactores de la reforma acometida mediante la Directiva del año 2014 consideraran “peligroso” optar por la introducción de un período máximo de duración de la temporalidad (al igual que sostuviera anteriormente el Instituto Max Planck), dado que a la par que introduce una referencia que otorga seguridad jurídica, permite utilizar el manejo de una referencia fija para eludir (eventualmente) la aplicación de la norma, dado que podría ser objeto de manipulación por la parte contractualmente fuerte en la relación laboral en defensa de sus intereses. Si bien ello es así, se ha de señalar que la Directiva del año 2014, una vez hecha la renuncia por aplicar la referencia contenida en el sistema de seguridad social europeo, incorpora de manera paradójica en el considerando duodécimo

¹⁴ Sobre el particular, FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de Derecho social* n° 70, 2015, pp. 123-147.

¹⁵ En concreto se pretendía atraer el límite temporal contemplado en el art. 12.1 del Reglamento 883/2004 señala que “la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de 24 meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona”.

¹³ Además de ello, tampoco se incorpora mención alguna por lo que respecta al elemento subjetivo o ánimo de retorno calificador de esta tipología de movilidad internacional de trabajadores, ni tampoco incorpora finalmente una especificación concreta con respecto a los desplazamientos en los grupos de sociedades; extremos éstos -los dos últimos- que pasan a introducirse en los considerandos 34 y 36 del Reglamento Roma I.

una mención¹⁶, de acuerdo con la cual introduce como indicio conducente a la determinación de la inexistencia de desplazamiento temporal la ausencia de un certificado relativo a la legislación aplicable en materia de seguridad social que contempla el Reglamento (CE) nº 883/2004, cuestión ésta objeto de diversos pronunciamientos recientes por parte del TJUE¹⁷.

Ahora bien, hecha esta precisión, no es menos cierto que la Directiva 2014/67/UE

¹⁶ En palabras de DEFOSSEZ, A.: "La Directive 2014/67/UE relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs : un premier pas dans une bonne direction", *Revue Trimestrielle de Droit Européenne* 2014, pp. 833 y ss.

¹⁷ En efecto, como es sabido, sobre la cuestión del certificado A1 y su validez se han venido sucediendo diversos pronunciamientos recientemente. Así, si bien es verdad que el TJ pareció abrir una línea interpretativa interesante y esperanzadora con respecto al hecho de que sólo el país de origen tiene la capacidad para retirar el certificado pertinente, de acuerdo con lo expresado en la sentencia del TJUE de 6 de febrero de 2018, Asunto C-359/16, caso Altun en la que el Tribunal de Luxemburgo elimina el blindaje a los certificados PD A1 (antiguo E101) que pueden no ser tenidos en cuenta por los tribunales del Estado receptor del desplazamiento exclusivamente en los casos de fraude; lo cierto es que con posterioridad parece haber rectificado esta posición en función de lo señalado en la STJUE de 11 de julio de 2018, Asunto C-356/15, Recurso por incumplimiento Comisión contra el Reino de Bélgica, así como en la STJUE de 6 de septiembre de 2018, Asunto C-527/16, caso Gebietskrankenkasse. A pesar de ello, habremos de estar también, para confirmar un parecer u otro, al pronunciamiento que dicte el mismo tribunal a propósito de la petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Bobigny (Francia) el 19 de junio de 2018, Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civil (CRPNPAC) contra Vueling Airlines, S.A., Asunto C-370/17, donde se interroga al tribunal sobre las consecuencias de los efectos que se derivan de certificado E101 expedido por la institución designada por la autoridad del Estado miembro cuya legislación en materia de seguridad social siga siendo aplicable a la situación del trabajador por cuenta ajena. En concreto, se pregunta si debe seguir aplicándose dicha legislación en los casos en los que se constate judicialmente y en sentencia firme la obtención de dicho certificado de manera fraudulenta o con abuso de derecho, así como -y en caso de respuesta afirmativa, se cuestiona si la expedición del certificado mencionado impide que las personas perjudicadas por el comportamiento del empresario autor del fraude obtengan reparación del perjuicio sufrido, sin que la acción de responsabilidad ejercida contra el empresario impugne la afiliación de los trabajadores a los regímenes designados por el certificado E101. Desde una perspectiva doctrinal, MULLER, F.: "La saga du A1 ou l'inertie au service de la fraude au détachement", *Droit ouvrier* nº 816, 2016, pp. 442-449.

opta —expresamente en su articulado— por el establecimiento de una serie de criterios para concretar la noción controvertida, que se estructuran a caballo entre la definición de temporalidad clásica y la noción de habitualidad contenida en el Reglamento Roma I, fundamentalmente, a partir de los elementos indicativos creados a partir de la sentencia Koelzsch¹⁸ (que recuerdese es un asunto que trae causa en la problemática de determinación de la ley aplicable a un supuesto ligado al transporte por carretera internacional y, por tanto, sujeto a la modificaciones que — como veremos después— pesan sobre la aplicación de la actual Directiva 2018/957 en el marco del denominado paquete europeo del transporte por carretera). Así, el art. 4.3 de esta norma refiere entre los elementos a tener en cuenta los siguientes: a) si el trabajo se realiza durante un período limitado en otro Estado miembro; b) la fecha de inicio del desplazamiento; c) si el desplazamiento se realiza a un Estado miembro distinto de aquel en el que o desde el que el trabajador desplazado suele desempeñar su labor, de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 593/2008 (Roma I) o el Convenio de Roma; d) si el trabajador regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestado los servicios para los que fue desplazado; e) la naturaleza de las actividades; f) si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos y, de ser así, de qué forma se los proporciona o el método de reembolso y g) los períodos pre-

¹⁸ Sentencia de 15 de marzo de 2011, Asunto C-29/10, Caso Koelzsch. Comentada, entre otros, por MASEDA RODRIGUEZ, J.: "Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo", *Diario La ley* nº 7662, 29 de junio de 2011. La Ley 12236/2011. También por ZANOBE-TTI, A.: "Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European Court of Justice", *Cuadernos de Derecho Internacional*, vol. 3, nº 2, 2011, pp. 338-358; JAULT-SESEKE, F., nota a la sentencia de 15 de marzo de 2011, *Revue critique de Droit International privé* nº 2, 2011, pp. 455-461; RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Competencia judicial y ley aplicable en la Unión Europea al contrato de trabajo internacional", *Relaciones Laborales* nº 10, 2011, version on line o JAULT-SESEKE, F. y GRASS, E.: "*Routier polonais et principe de faveur en droit communautaire: l'important arrêt Koelzsch*", *Droit social* 2011, pp. 849 y ss.

vios en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado).

Es visible que los elementos seleccionados por el legislador europeo con el fin de delimitar o no la temporalidad en la ejecución de servicios y expuestos de manera asistemática en la norma atraen para sí criterios que permiten establecer o bien un lugar habitual de trabajo [los previstos en los apartados c) y e)]; pero también otros ligados a la noción de desplazamiento propiamente dicho [establecidos en los apartados a), b), d) y f)], de tal manera que el resultado no deja de ser algo desolador al reconducir la problemática al punto de partida. O dicho de una manera más clara, el establecimiento de un haz de indicios como ocurre en el caso no reconduce la situación a buen puerto, dado que el esfuerzo interpretativo necesario para alcanzar una solución u otra seguía intacto. Y es que, valga la insistencia, de acuerdo con lo estipulado en la Directiva reformada, lo que parece evidente es que la primera aproximación para determinar si nos encontramos ante un desplazamiento real que propicie la aplicación de la Directiva 96/71/CE modificada mediante la Directiva 2014/67/UE consiste en concretar si existe o no un lugar habitual de prestación de servicios. Y evidentemente, atribuir a un país concreto la ejecución habitual de servicios desde el cual o a partir del cual el trabajador preste servicios reenvía su análisis a la aplicación del Reglamento Roma I, y muy particularmente a la interpretación del art. 8.2 contenido en el citado instrumento, que fue realizado por el propio TJ en la sentencia Koelzsch previamente citada¹⁹, que es el parámetro que sigue el legislador comunitario para dar contenido a tal noción y que, como se verá posteriormente, es deudora “curiosamente o muy curiosamente” de la aplicación del art. 13 del Reglamento 883/2004, que no se refiere al supuesto de desplazamiento sino de pluriactividad/pluriempleo.

Sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre la caracterización operada por el

¹⁹ Considerando 97 de las conclusiones de la abogada general, donde expresamente señala que “para decidir cuál es el país en el cual o a partir del cual el trabajador realiza habitualmente su trabajo el juez nacional debe tener en cuenta tanto criterios sustanciales como criterios temporales”.

TJ sobre estas cuestiones, al hilo de las modificaciones que pesan en el caso del transporte por carretera, conviene tener presente que la Directiva 2014/67/UE en un intento por clarificar algo más la cuestión, introduce en el apartado g) del art. 4.3 una disposición que tiene por objeto, aparentemente, el de establecer un criterio indiciario para evitar o reducir el recurso abusivo al desplazamiento para supuestos que de hecho son permanentes²⁰. Así, se establece que se habrán de tener en cuenta “los periodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado)”. Lo cierto es que se trata de un criterio -en principio- positivo, si bien enormemente ambiguo, ya que se desconoce en qué momento el recurso reiterado al desplazamiento transnacional por el mismo o distinto trabajador a otro Estado miembro puede considerarse que encubre una necesidad permanente. Labor ésta que seguirá en manos de las autoridades competentes y, en su caso, del juzgador que conozca del asunto²¹.

²⁰ Recuérdese que la posibilidad de desplazamientos sucesivos a un mismo puesto de trabajo está prohibida en el art. 12.1 del Reglamento (CE) nº 883/2004, de coordinación de sistemas de seguridad social, cuando in fine señala que: “... y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona”.

²¹ Claro está que en este orden de consideraciones, parece bastante llamativo, el que como Anexo de la Directiva se incorpore una Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión entorno precisamente a lo preceptuado en el art. 4.3.g) de la Directiva 2014/67/UE, por cuanto que se señala y cito textual que: “El hecho de que el puesto al que el trabajador desplazado sea temporalmente asignado para desempeñar su labor en el marco de una prestación de servicios hubiera estado ocupado por ese mismo u otro trabajador desplazado durante periodos anteriores constituye sólo uno de los posibles elementos que deberán tenerse en cuenta cuando se realice una evaluación global de la situación de hecho en caso de duda. La mera circunstancia de que pudiera constituir uno de los elementos no debería interpretarse en modo alguno como la imposición de una prohibición de la posible sustitución de un trabajador desplazado por otro trabajador desplazado o como una traba a la posibilidad de dicha sustitución, que puede ser inherente en particular a servicios prestados de forma estacional, cíclica o repetitiva”. A la vista de lo expuesto, parece razonable pensar que si las tres instituciones tenían tan claro que el criterio posible para distinguir desplazamientos sucesivos del encubrimiento de puestos permanentes depende de que se realice o no en actividades estacionales, cíclicas o repetitivas, no se comprenden muy bien los motivos por los cuales no se incorporaron al propio texto de la Directiva, máxime teniendo en cuenta que este tipo de de-

Sin perjuicio de lo apenas expuesto, y de que finalmente no se introdujo límite temporal en el instrumento que anotamos; no podemos obviar que la Comisión presentó el 8 de marzo de 2016, esto es, poco después de la adopción de la Directiva 2014/67/UE, su propuesta para la reforma de la norma de base de 1996²², precisamente y, entre otros aspectos, para resolver aquéllos que habían quedado pendientes con la Directiva del año 2014²³ (y añadido yo, pendientes también en el marco de la conversión del CR en Reglamento Roma I). Así, asistimos a una propuesta donde se pretendía incorporar dos previsiones en el ámbito de las definiciones y, en particular, en la determinación de la temporalidad a la que estamos haciendo aquí alusión. Pues bien, la primera de estas modificaciones era de menor calado, ya que simplemente incorporaba el indicio contenido en el apartado 4.3.g) de la Directiva 2014/67/CE, del que dábamos cuenta con anterioridad, al ámbito de las definiciones, esto es, al art. 2 de la Directiva original²⁴. La segunda de las previsiones propuestas tenía por objeto introducir en el artículo 2, un apartado bis donde se proponía diferenciar entre un desplazamiento superior a 24 meses y uno inferior, fijando el límite en los 24 meses (o de 12 meses después²⁵)

claraciones carecen de valor normativo o interpretativo alguno. En definitiva, y tras lo expuesto, es evidente que los problemas surgidos a propósito de la delimitación de la temporalidad en contraposición con la habitualidad siguen estando presentes y esta Directiva, desde luego, no avanza en relación con el *status quo* anterior. Prueba de ello es que, como cláusula de cierre, el art. 4.4 de la Directiva del año 2014 no excluye la existencia de desplazamiento, aunque falten algún/algunos de los rasgos identificadores que hemos visto.

²² COM(2016) 128 final.

²³ Sobre el particular, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: "La propuesta de reforma de la Directiva 96/71 de desplazamiento de trabajadores en el marco del Plan de Trabajo de la Comisión Europea para el 2016", *Revista de Derecho Social* nº 73, 2016, pp. 113 y ss.

²⁴ De este modo, se señala que "a efectos del párrafo anterior, en el caso de sustitución de los trabajadores desplazados para realizar la misma función en el mismo sitio, la duración acumulada de los periodos de desplazamiento de los trabajadores implicados será tomada en consideración, computándose aquellos trabajadores que están desplazados por una duración efectiva de al menos seis meses".

²⁵ En este sentido, se ha de tomar en consideración que de acuerdo al considerando 10 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de mayo de 2018, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento

como elemento que indique la habitualidad de la prestación, con una clara atracción (al menos en origen), como se veía con anterioridad, del criterio que se emplea en el Reglamento de coordinación de los sistemas de seguridad social europeo y que fuera ya propuesto entre diversas posibilidades por el propio GEDIP. De este modo, lo que se preveía era que cuando con anterioridad al desplazamiento o a posteriori se estimara que la duración del mismo va a ser de 24 meses o lo sea de hecho, se entenderá que ya no nos encontramos ante un desplazamiento, sino ante la aplicación de las normas del Estado de acogida, esto es, entendiendo que la *lex contractus* aplicable al contrato de trabajo no es la del país de origen del trabajador, sino la del país de destino, donde se entiende que presta habitualmente sus servicios.

2.3. El mantenimiento de la *lex causae* en la Directiva 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE o la no alteración del status quo

Tras el proceso seguido hasta la fecha y que acabamos de describir a grandes rasgos, finalmente se ha procedido a modificar la Directiva original mediante la Directiva 2018/957, de 28 de junio. Pues bien, considero que debemos celebrar el hecho de que esta

to de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se plantea la necesidad de que en los supuestos de desplazamientos superiores a 12 meses, el Estado de acogida tenga la obligación de asegurarse de que se garanticen. Documento P8_TA-PROV (2018) 0213, cuando señala que "El desplazamiento es una situación de carácter temporal, y el trabajador desplazado suele regresar al país de origen tras concluir el trabajo para el que fue desplazado. Sin embargo, en vista de la larga duración de algunos desplazamientos y reconociendo el vínculo existente entre el mercado de trabajo del país de acogida y los trabajadores desplazados durante largos periodos, es necesario disponer que, en caso de que los desplazamientos se prolonguen más de doce meses, los países de acogida tengan la obligación de asegurarse de que las empresas que desplazan trabajadores a su territorio garantizan un conjunto de condiciones adicionales que son de aplicación preceptiva a los trabajadores en el Estado miembro donde se efectúa el trabajo. Este periodo debe prorrogarse previa notificación motivada del proveedor de servicios". No obstante, el iter temporal de 24 meses se mantiene en la letra del precepto, dado que la mención a los 12 meses se prevé en el considerando mencionado de dicha resolución.

última norma modifique el contenido de la Directiva de desplazamiento cuando la prestación de servicios se realice mediante Empresa de Trabajo Temporal, con la finalidad de hacer compatible la Directiva de desplazamiento con respecto a la Directiva 2008/104/CE en relación con esta tipología de empresas²⁶, así como en materia de fijación de normas relativas a la remuneración y dentro de éstas cómo han de considerarse los complementos específicos por desplazamiento (gastos de viaje, alojamiento y manutención), que en principio quedarán fuera de tal consideración, salvo que la legislación de los Estados miembros prevean lo contrario²⁷. Más allá de estas cuestiones centrales, existe alguna que otra norma en materia de control de los abusos y fraudes en este contexto, si bien quizá lo más relevante a nuestros efectos sea la modificación que se opera sobre el núcleo duro de disposiciones aplicables en el Estado de acogida y particularmente la mención que se realiza a propósito de la duración del desplazamiento cuando ésta sea por un período superior a 12 meses prorrogables por otros 6 meses, que se encontraba ya proyectada en el considerando 10 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de mayo de 2018, no así en el texto del cuerpo normativo, que seguía manteniendo hasta este momento, la referencia de 24 meses inicialmente proyectada²⁸.

Pues bien, a pesar de lo que *a priori* pudiera parecer o de lo que pudiera pensarse, la Directiva del año 2018, no introduce más que un reforzamiento, aunque importante *per se*, de las normas del Estado de acogida que sean de aplicación cuando el desplazamiento supere los períodos antes citados, inclusive en el caso de que haya sustitución del trabajador desplazado. Dicho de otra manera, no se

establece una modificación de la *lex causae* o de la *lex contractus*, que seguirá siendo la del Estado de origen, a pesar de que en un principio la disposición parezca orientarse en un sentido distinto, cuando procede a ampliar el sistema corrector a “todas las condiciones de trabajo aplicables o que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo” (nuevo art. 3.1 bis). Y podemos llegar a esta aseveración en la medida en que el propio párrafo comienza señalando que “Con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral...”, lo que viene a significar que incluso en los supuestos de desplazamiento superiores a los 12 meses, se debe seguir manteniendo como *lex causae* aplicable al contrato de trabajo al ordenamiento jurídico designado mediante la aplicación de los criterios conflictuales contenidos en Roma I y, muy particularmente, mediante el criterio de la *lex loci laboris*, que a estos efectos y a priori seguirá siendo el ordenamiento jurídico del país de origen, por cuanto que es en éste donde se efectúa habitualmente la prestación de servicios de que se trate en aplicación de la teoría de la irradiación²⁹. Y considero que esta postura viene avalada no sólo por la propia dicción del precepto en su comienzo, sino también porque con posterioridad se excluye de la expresión “todas las condiciones de trabajo aplicables” a las siguientes materias: a) los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de resolución del contrato de trabajo, con inclusión de las cláusulas de no competencia, así como b) los regímenes complementarios de jubilación.

En consecuencia, puede decirse que a pesar de las idas y venidas con respecto a la incorporación de un límite temporal en la normativa de desplazamiento con la finalidad de sujetar la ley aplicable al contrato de trabajo al Estado de origen y/o de destino, finalmente se ha optado por una de las soluciones defendida por el Max Planck, antes vista, de acuerdo con la cual se rechazaba incorporar una referencia temporal rígida (como la extraída del

²⁶ Sobre el particular, CAIRÓS BARRETO, D.: “El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas: los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal” en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Coord.): El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro, Atelier editorial, Barcelona, 2017, pp. 121-150.

²⁷ Por lo que respecta a la cuestión de si el alquiler de vivienda forma parte o no de la retribución del trabajador expatriado, *vid.* STS 1705/2018, sala 4ª, de lo social, de 16 de abril de 2018 [ECLI: ES:TS:2018:1705].

²⁸ Me remito aquí a lo señalado en la nota al pie nº 25.

²⁹ Es la llamada teoría de la irradiación o “*Ausstrahlungstheorie*” elaborado por la doctrina alemana. SZASZY, S.: *International labour Law*, Hungría, 1968, p. 118, citado en nuestra doctrina por ZABALO ESCUDERO, M^É.: El contrato de trabajo en el Derecho Internacional... *op. cit.* p. 138.

Reglamento de coordinación de los sistemas de seguridad social) para evitar caer en una cierta arbitrariedad y, sobre todo, en el uso torticero de la misma por la parte contractualmente fuerte. Se ha de señalar, a su vez, que de la dicción del precepto finalmente adoptado y que no entrará en vigor hasta el año 2020, tampoco puede deducirse la existencia de una presunción general para entender el trabajo ejecutado con carácter habitual en el país de origen y/o de destino en función de si el desplazamiento tiene una duración inferior o superior a 12 meses con su eventual prórroga respectivamente, de tal manera que desde aquí se insiste que las dificultades que han existido hasta la fecha para entender modificada la *lex causae* o *contractus* al contrato de trabajo en esta tipología de movilidad de trabajadores a partir de la inclusión de un límite temporal procedente del bloque de seguridad social comunitario se mantienen totalmente inalteradas.

3. EL DESPLAZAMIENTO TEMPORAL EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO PLURILocalizados DE LOS TRABAJADORES DEL TRANSPORTE Y LA INFLUENCIA DE LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN EL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LA SOLUCIÓN DE ALGUNAS DE LAS CONTROVERSIAS NACIDAS EN ESTOS CONTEXTOS

Despejada esta primera cuestión en relación con el proceso instaurado para tratar de atraer a la letra del precepto un límite temporal procedente de la regulación comunitaria sobre seguridad social y que, finalmente, como se ha podido comprobar, no ha alcanzado el éxito previsto; conviene a continuación realizar una valoración general sobre la influencia que las normas de seguridad social comunitarias ostentan sobre normativa aplicable e interpretaciones realizadas a propósito del criterio de la *lex loci laboris* (y, en consecuencia, sobre la existencia de desplazamiento temporal de trabajadores) en materia laboral, si bien desde una perspectiva sectorial. Y es que, como se señalaba al comienzo de este discurso, debemos ser conscientes de

la interrelación que se ha venido produciendo en este contexto con respecto a la atracción de los criterios contenidos en el ámbito de seguridad social a los contratos de trabajo plurilocalizados de algunos trabajadores del transporte a los que la Directiva 96/71/CE, tras sus sucesivas reformas, sí es de aplicación³⁰. Me

³⁰ A estos efectos conviene tener presente un hecho evidente que no es otro que el distinto tratamiento que reciben los trabajadores del mar o, para ser más exactos, el personal navegante con respecto al resto de colectivos que se dedican al transporte internacional, señaladamente el caso del transporte aéreo y/o por carretera internacional. Y ello así, porque el art. 1.2 Directiva 96/71/CE (no modificado mediante Directiva 2018/957) excluye a los primeros, cuando señala que "*La presente Directiva no se aplicará a las empresas de la marina mercante, por lo que se refiere al personal navegante*"; por lo que en consecuencia se ha de entender que el resto de los colectivos de trabajadores del transporte sí entran dentro del ámbito de aplicación de dicha norma, al igual –por otra parte– que los trabajadores que prestan servicios a bordo de buques comerciales, pero que no sean personal navegante. En este sentido, y por lo que respecta a la marina mercante, lo cierto es que la Comisión siempre ha tenido enormes dudas sobre si existía un verdadero desplazamiento o no de trabajadores en este contexto y donde a pesar de algún que otro supuesto donde hipotéticamente se ha advertido su presencia, la negativa a considerar la existencia de esta tipología de movilidad internacional de trabajadores ha sido una constante hasta la fecha. Así, si bien la Comisión reconoció en el Documento COM (2007) 591, p. 7 que sí cabría considerar situaciones de desplazamiento en el caso de la marina mercante en los casos en los que un trabajador que presta servicios a bordo de un buque que enarbola un pabellón es desplazado a otro buque que enarbola otro pabellón; lo cierto es que la negativa a su existencia ha sido reiterada, como lo demuestran, por ejemplo, los trabajos preparatorios para la modificación de determinadas Directivas de política social relativas a los despidos colectivos, insolvencia, transmisión de empresas e información y consulta con el fin de incluir a los trabajadores del mar en los mismos. En este contexto, se señalaba que el colectivo de trabajadores que presta servicios a bordo de un buque que navega por alta mar no puede ser considerado como trabajador desplazado al territorio de otro Estado miembro, en la medida en que la aplicación de la ley del pabellón se basa en la noción de nacionalidad del buque, más que en una asimilación a la prestación de servicios en el territorio que otorga su nacionalidad a la nave (Véase el Documento SWD (2013) 462 final, de 18 de diciembre de 2013). Por su parte, y por lo que respecta a los trabajadores del transporte por carretera, la aplicación de la Directiva 96/71/CE es una realidad que viene reconocida expresamente en el considerando nº 17 de Reglamento nº 1072/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009 [DOUE nº 300, de 14 de noviembre de 2009], por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera, donde se señala que "*las disposiciones de la Directiva 96/71/CE del Parlamento*

refiero en concreto, tal y como se ha señalado con anterioridad, al caso de los trabajadores del transporte por carretera (caso Koelzsch), pero también, como tendremos la oportunidad de verificar a continuación, de los trabajadores de vuelo y de cabina en el marco del transporte aeronáutico (caso Nogueira³¹), donde el TJUE realiza una interpretación basada (al menos en parte y para el Forum) en criterios extraídos del ámbito de la seguridad social, aunque sin debatir, ni discutir en profundidad si realmente es posible hablar de un verdadero desplazamiento de trabajadores en el contexto de prestaciones de servicios itinerantes por definición³²; cuestión ésta última que

Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se aplican a las empresas de transporte que efectúan transportes de cabotaje". Disposición similar puede encontrarse en el considerando 11 del Reglamento nº 1073/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 561/2006 (DOUE nº 300, de 14 de noviembre de 2009), donde se señala que "Las disposiciones de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, se aplican a las empresas de transporte que efectúan actividades de cabotaje".

³¹ STJUE de 14 de septiembre de 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16. Véase sobre esta sentencia, RODRÍGUEZ ROMERO, R.: "Trabajadores aéreos en el ámbito comunitario y su protección frente al dumping social intracomunitario (A propósito de la STJUE de 14 de septiembre de 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, Caso Nogueira), *Iustel-Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 47, 2017, pp. 351-377. Sentencia también comentada por LACOSTE-MARY, V.: "La détermination du tribunal compétent du personnel navigant - Contribution à l'interprétation autonome du lieu d'exécution du contrat de travail", *Droit Social* nº 12, 2017, pp.1085 y ss.

³² A diferencia, por ejemplo, del sector marítimo, donde la Comisión siempre ha manifestado las enormes dudas que le genera la consideración de un verdadero desplazamiento o no de trabajadores en este contexto. Así, y a pesar de algún que otro supuesto donde hipotéticamente se ha advertido su presencia, la negativa a considerar la existencia de esta tipología de movilidad internacional de trabajadores ha sido una constante hasta la fecha en el caso de la marina mercante. [En este sentido, se ha de anotar que la Comisión reconoció en el Documento COM (2007) 591, p. 7, que sí cabría considerar situaciones de desplazamiento en el caso de la marina mercante. Así, señalaba que esta situación se producía en los casos en los que un trabajador que presta servicios a bordo de un buque que enarbola un pabellón es desplazado a otro buque que enarbola otro pabellón, lo cual sucede en muy pocas

no se abordará en este trabajo por cuanto que excede ampliamente el objeto del mismo.

Y a estos efectos, y con carácter preliminar se debe recordar, siquiera a grandes rasgos, que con independencia de la consagración temprana en el Tratado de Roma de una política de transporte común en el ámbito de la UE en un título propio (actual Título VI del TFUE) y que, en consecuencia, el transporte pasara a ser considerado uno de los primeros ámbitos políticos comunes de la Comunidad; la materialización de la libre prestación de servicios y la apertura de los mercados de transportes ha sido una cuestión extremadamente compleja y lenta, a lo que se suma la escasa armonización operada en relación con las cuestiones de carácter social, que han representado y siguen representando una muy pequeña parte de la regulación comunitaria que les es de aplicación, en la medida en que, en general, se reducen a las cuestiones relativas al tiempo de trabajo y al reconocimiento de títulos para el acceso a la profesión en otros Estados miembros. Esta situación es la que, junto con la progresiva liberalización de todos los modos de transporte, a excepción hecha de las enormes resistencias estatales por abrir los mercados de cabotaje en los distintos sectores del transporte a prestadores de servicios establecidos en otros Estados, producidas en fechas muy recientes, alimentan el denominado "dumping social" intra-europeo³³. A

ocasiones. Recientemente, y a propósito de los trabajos preparatorios para la modificación de determinadas Directivas de política social relativas a los despidos colectivos, insolvencia, transmisión de empresas e información y consulta con el fin de incluir a los trabajadores del mar en los mismos, que el colectivo de trabajadores que presta servicios a bordo de un buque que navega por alta mar no puede ser considerado como trabajador desplazado al territorio de otro Estado miembro, en la medida en que la aplicación de la ley del pabellón se basa en la noción de nacionalidad del buque, más que en una asimilación a la prestación de servicios en el territorio que otorga su nacionalidad a la nave. Véase el Documento SWD (2013) 462 final, de 18 de diciembre de 2013]. A esta circunstancia, que es muy importante, se le añade el hecho de que desde el año 1992 ya existía una normativa *ad hoc* que regula la prestación de servicios en el cabotaje marítimo y donde se contiene una disposición específica que regula a qué país, si del pabellón o de acogida/destino, le corresponde velar por el cumplimiento de todas las cuestiones relativas a la tripulación.

³³ A estos efectos, me remito al Informe elaborado por el senador BOCQUET, E. titulado: *Rapport d'information fait au*

estos efectos, debemos tener en cuenta –se insiste– que nos encontramos ante una clara insuficiencia de normas sociales armonizadoras en los distintos sectores del transporte a nivel europeo, luego es lógico que en contextos tan competitivos como éstos, las divergencias socio-laborales existentes entre los ordenamientos de los distintos Estados miembros, fundamentalmente a partir de la incorporación a la UE de países del Este de Europa, ocasionen enormes distorsiones en la competencia entre los operadores económicos de todos los sectores implicados.

Esta realidad, a la que aquí hacemos alusión con carácter general, queda bien representada por el hecho de que, a excepción hecha de la existencia de una disposición específica en relación con la regulación de las cuestiones sociales de la gente de mar que presta servicios en el contexto del cabotaje marítimo, contenida en el art. 3 del Reglamento nº 3577/92, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo³⁴), donde se establece a qué Estado corresponde aplicar su legislación a “todas las cuestiones relativas a la tripulación”, esto es, ya sea el Estado del pabellón, ya sea el Estado de acogida³⁵; para el resto de modos de transporte, se ha erigido –hasta la fecha y con carácter general– como norma reguladora la Directiva 96/71/CE (así como las Directivas 2014/67/UE y 2018/957, aunque téngase presente que ésta última se aplica con futuras sal-

vedades para el transporte por carretera) que, como se sabe, no es una norma inspirada en las circunstancias en las que se desenvuelve la ejecución de servicios en los distintos contextos de transporte, ni tampoco amparada en el Título competencial específico para la regulación de la prestación de servicios del transporte de acuerdo con el TFUE³⁶. De este modo, y con la finalidad de dar cuenta sobre las divergencias existentes a la hora de regular e interpretar las cuestiones sociales en el marco de la prestación de servicios en los distintos modos de transporte, aquí pondremos de manifiesto a continuación los supuestos de los trabajadores del transporte por carretera y del transporte aeronáutico que reflejan, como se decía líneas más arriba, la atracción de algunos de los criterios contenidos en el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social para la resolución de los problemas que se advierten de la aplicación de una normativa, como la de desplazamiento, no pensada para ellos. A estos efectos, y antes de cualquier otra consideración, se debe anotar que mientras que en el sector aéreo no parece que, por el momento, hayan surgido voces discrepantes en cuanto a la aplicación de las normas de desplazamiento (aunque sí sobre el empleo de criterios como el de la base operacional de la aeronave a efectos similares y procedente del ámbito de la seguridad social); no ha ocurrido lo mismo en el ámbito del transporte por carretera donde la adopción y posterior entrada en vigor de la Directiva 2014/67/UE de acompañamiento y control de la Directiva original, así como de sus normas de transposición, han dado lugar a que se proponga una normativa específica para este sector, similar –que no idéntica– a la contemplada para el sector marítimo de cabotaje, tal y como veremos a continuación.

nom de la commission des affaires européennes (1) sur le dumping social dans les transports européens, del año 2014 y que se puede consultar online en <https://www.senat.fr/rap/r13-450/r13-4501.pdf>

³⁴ DO L364, de 12 de diciembre de 1992. Sobre el particular, FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “La loi applicable au détachement des gens de mer dans le cadre d’une prestation de services au trafic de cabotaje”, *Le Droit maritime français* nº 671, 2006, pp. 467-478.

³⁵ Esta disposición dispone que: “1. Para los buques que efectúen cabotaje continental y para los buques de crucero, todas las cuestiones relativas a la tripulación serán competencia del Estado en el que esté matriculado el buque (Estado del pabellón), con excepción de los buques menores de 650 TB, a los que podrán aplicarse las condiciones del Estado de acogida. 2. En el caso de buques que realicen cabotaje insular, todas las cuestiones relativas a la tripulación serán competencia del Estado en el que el buque efectúe un servicio de transporte marítimo (Estado de acogida)”.

³⁶ Aunque esto último no obste para que el resto de las disposiciones del Tratado puedan ser de aplicación en el marco del transporte. En efecto, baste recordar a estos efectos la problemática surgida hace ya muchos años a propósito de si el resto de las disposiciones del Tratado afectaban o no al transporte marítimo. Este debate se saldó con una respuesta positiva de acuerdo a la interpretación que el Tribunal de Luxemburgo realizara en la conocida sentencia de 4 de abril de 1974, Comisión contra Francia [Asunto 167/73, Rec. 1974, p. 359]. Sobre ésta y otras sentencias relativas al trabajo en el mar, vid. MIRANDA BOTO, J.M.: “El trabajo en el mar en la jurisprudencia comunitaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 82, 2009, pp. 417 y ss, y en particular, pp. 418-419.

3.1. La aplicación de la Directiva 96/71/CE en el marco del transporte por carretera y el impacto de las normas de pluriactividad o pluriempleo desde la perspectiva de la seguridad social sobre el desplazamiento de trabajadores

La aplicación e inadaptación de las normas generales sobre desplazamiento de trabajadores a todos los sectores del transporte no es una cuestión novedosa, no en vano los instrumentos vigentes no fueron pensados para ser aplicados en sectores económicos donde la movilidad de los trabajadores es intrínseca a la propia naturaleza de la prestación de servicios que se realiza. Esta aseveración que también es extrapolable al marco concreto del transporte por carretera no había generado demasiadas controversias hasta fechas muy recientes, fundamentalmente porque hasta la primera década del siglo XXI no se había desarrollado el transporte de cabotaje por carretera³⁷, esto es, la posibilidad de que un prestador de servicios establecido en un Estado miembro pudiera transportar mercancías entre ciudades de un Estado miembro distinto al que estuviera establecido, lo que ha dado lugar a una concurrencia entre sistemas laborales y de control administrativos exacerbados a los que ahora nos enfrentamos³⁸. De

este modo, no es extraño que en estos últimos tiempos se viva un momento convulso en este sector, que viene predeterminado por la concurrencia de dos hechos o circunstancias paralelas adicionales a las ya mencionadas, que han ocasionado un profundo desasosiego, por no decir otra cosa, en este sector.

Me refiero, por una parte, a la incorporación de los países del Este a la UE, cuyos costes laborales y sociales son, en general, inferiores a los que se disfrutaban en otros países de la UE, de tal manera que no son pocos los empresarios del sector que aprovechando esta coyuntura y, en concreto, el disfrute de las libertades económicas de establecimiento primero y de libre prestación de servicios después, han creado y/o recurrido a empresas establecidas en estos países con el fin de aminsonar sus costes sociales empleando a trabajadores en dichos países de origen para prestar servicios en el sector del transporte por carretera y que desenvuelven su actividad en países con una regulación jurídico-laboral y de protección social sensiblemente superiores. A ello se añade, ya en segundo lugar, la adopción de la Directiva 2014/67/UE de acompañamiento de la Directiva 96/71/CE, donde las exigencias de control y administrativas impuestas se han elevado con respecto a las que contenía la normativa original. Ello ha ocasionado que algunos países hayan adoptado a su albur normas de transposición más que discutibles, como es el caso, entre otros, de Francia (que también lo aplica al transporte fluvial o parcialmente al ferroviario)³⁹, Ita-

³⁷ En efecto, por lo que atiene al proceso de liberalización del sector del transporte por carretera en la UE, lo cierto es que dicho proceso se inicia de manera temprana cuando el propio Tratado de Roma preveía que ésta se culminara a más tardar en el año 1969 (Así, LAFONTAINE, F. y MALAGUZZI VALERY, Y.: *The deregulation of international trucking in the European Union: form and effect*, University of Michigan, Ann Arbor, 2005, p. 2). A pesar de este desiderátum, en la práctica el proceso de liberalización se produce de manera progresiva entre los años 1980 a 1998, cuando se adoptan cuatro Reglamentos sobre la materia, si bien no es sino hasta la adopción del Reglamento nº 1072/2009, citado supra, cuando se viene a precisar el régimen aplicable al cabotaje por carretera.

³⁸ Sobre esta situación, léase el interesante trabajo que firma bajo seudónimo IZEN, I.: *Le dumping social dans les transports routiers de marchandises européens*, 2015, http://tnova.fr/system/contents/files/000/001/018/original/25062015_-_Le_dumping_social_dans_les_transports_routiers_de_marchandises_europ_ens.pdf?1441012386. También resulta interesante leer el trabajo resultante de del proyecto TRANSPPO, financiado por la Comisión Europea, coordinado por el Instituto Guglielmo Tagliacarne, siendo sus participantes tanto el Ministerio de trabajo italiano, como el francés y la inspección de trabajo rumana,

titulado: *L'activité d'inspection dans le cadre du détachement transnational des travailleurs dans le transport routier: un guide pour les autorités de contrôle*, 2012, http://www.tagliacarne.it/files/141104/transpo_guide_fr_june_2012.pdf

³⁹ Nos referimos en este caso a la conocida como Ley Savary (Loi nº 2014-790, de 10 de julio de 2014 y a la célebre también Ley Macron, esto es, al Decreto nº 2016-418, de 7 de abril de 2016 (JORF nº0084 de 9 de abril de 2016), que adapta el título VI del libro II de la primera parte del código de trabajo a las empresas de transporte que desplazan a sus trabajadores móviles o tripulaciones en el territorio nacional y modificando el código de transportes. El mismo resulta de aplicación (ex art. R1331.1.I) a todas las empresas establecidas fuera de Francia que se comprendan en el campo de actividad mencionada al artículo L.1321-1, siempre que se cumplan las condiciones de desplazamiento previstas en el artículo L.1262-1 o el artículo L.1262-2 del código de trabajo, relativas respectivamente a los supuestos de desplazamiento en el marco de contrata-

lia⁴⁰ o Alemania⁴¹ con el objeto indisoluble

y subcontratas y en el contexto de ETIs respectivamente. Por lo tanto, las empresas que se ven afectadas por esta norma son las incluidas en el campo de actividad mencionado en el Artículo L.1321-1 del Código de Transportes, básicamente transporte por carretera o fluvial, pues dice este precepto que: *Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux salariés relevant de la convention collective ferroviaire prévue à l'article L. 2162-1, aux salariés mentionnés à l'article L. 2162-2, aux salariés des entreprises de transport, routier ou fluvial et aux salariés des entreprises assurant la restauration ou exploitant les places couchées dans les trains. Toutefois, ni les dispositions du titre II du livre Ier de la troisième partie du code du travail, ni les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent aux salariés soumis à des règles particulières, de la Régie autonome des transports parisiens et des entreprises de transport public urbain régulier de personnes.* Pues bien, se ha de hacer constar que esta norma es de aplicación a todos los transportistas extranjeros que operan en Francia (cabotaje), así como a los transportes internacionales con origen y/o destino en Francia, no quedando afectados los de tránsito, si bien surgen dudas sobre si sería o no de aplicación al transporte intermodal, por ejemplo. Esta norma exige, entre otras cosas, la aplicación del salario mínimo francés en estos contextos, lo cual ha originado un cierto revuelo para, por ejemplo, los transportistas que operan en Francia con carácter habitual pero que tienen su domicilio social en otros países (como por ejemplo en la frontera española con Francia).

⁴⁰ Decreto Legislativo 136/2016 de 17 de julio, publicado en su "Gazzetta Ufficiale" el 21 de julio, cuyo texto íntegro puede consultarse en https://www.guitrans.eu/documentos/Decreto_ministeriale.pdf. Esta norma, en principio, se aplica al transporte interior de cabotaje, si bien queda por ver si, al igual que en Francia, también es de aplicación a los transportes internacionales con origen y/o destino en este país o si se va a aplicar sólo cuando el cliente esté radicado en Italia. Y al igual que su homólogo francés, esta norma establece la aplicación del salario mínimo establecido en convenio colectivo sectorial.

⁴¹ En relación con las normas alemanas de aplicación en el marco del desplazamiento temporal, éstas son: Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Bundesgesetzblatt – BGBl, 2009, partie I, p. 799, modificada mediante una ley de 11 de agosto de 2014 [BGBl. 2014 I p. 1348]. No obstante, la problemática causada en este caso, ha tenido más que ver con la regulación sobre salario mínimo adoptada en Alemania en el año 2014 y aplicable a estos supuestos, esto es, la Mindestlohngesetz – MiLoG du 11 de agosto de 2014 [BGBl. I P. 1348]]. Pueden consultarse varios trabajos que directamente critican esta última norma en relación con su aplicación al contexto del transporte por carretera. Así, KOOL, J.P.: *Transportation and the Freedom to provide services under the German minimum wage Act. A clash between economic freedoms and social dimension.* Tesis defendida en el año 2016 y que puede consultarse en <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142713>. También, y desde la misma visión crítica PAPROCKI, W.: "EU Transport Policy Failure: the case of Germanys Mindestlohngesetz" en BAK, M. (Ed.): *Transport*

de proteger su mercado y competitividad nacionales. Y es que, a estos efectos, debemos tener en cuenta que la regulación sobre cabotaje y las que inspiran los instrumentos dedicados a regular el desplazamiento temporal de trabajadores no tienen la misma finalidad, por cuanto que mientras que la reglamentación sobre cabotaje por carretera representa la última barrera hacia la liberalización completa en éste y en otros sectores, siendo -por tanto- su objeto totalmente económico en cuanto que dirigido a proteger los mercados nacionales en este ámbito; la normativa sobre desplazamiento de trabajadores, sin ser una regulación social⁴², sí que pretende -al menos en cuanto su espíritu- equilibrar los derechos sociales de los trabajadores desplazados con la prestación de servicios intracomunitaria. De hecho, mientras la normativa de cabotaje pone en el centro de sus preocupaciones al propio vehículo, la regulación sobre desplazamiento de trabajadores tiende a focalizar el eje de sus desvelos sobre el conductor.

Es evidente que esta realidad ha puesto de manifiesto una doble suerte de dificultades, tanto de carácter jurídico como práctico o incluso, añadido yo, que de índole política; dado que no sólo se trata de determinar si existe o no un verdadero desplazamiento temporal de trabajadores en el sentido de la Directiva 96/71/CE en el caso del sector del transporte por carretera y, en caso afirmativo, si este tipo de movilidad de trabajadores es predicable del transporte por cabotaje en exclusiva o también del transporte internacional por carretera; sino que también ha dado lugar a poner en el foco de la controversia los enormes obstáculos que existen en el espacio europeo para configurar una norma jurídica que equilibre la consecución de un mercado interior -donde el transporte es uno de sus pilares fundamentales-, basado en el fair play de los prestadores de servicios y el mantenimiento

development challenges in the twenty-first century: proceedings of the 2015 TranSopot Conference, Heidelberg, Spring Nature, 2016, pp. 51-66.

⁴² Ya lo decía MOREAU, M.A., cuando señalaba que "La Directive est plus, dans son esprit et dans son fondement, une Directive économique qu'une Directive sociale (...)" en "Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne", *Clunet-Journal de Droit International* n° 4, 1996, p. 890.

de unos derechos socio-laborales de los trabajadores expuestos a realidades como las que aquí se apuntan⁴³. Dicho esto, y en la medida en que aquí no se abordará la dimensión política o económica subyacente a la que se ha aludido, por entender que, aunque no es posible obviarla, no corresponde al jurista-laboralista abordarla; centraremos la atención en la primera de las dificultades a las que se ha hecho alusión, esto es, en la aplicación de la Directiva 96/71/CE a los trabajadores que prestan servicios en el sector del transporte por carretera y las propuestas de solución existentes en estos momentos sobre la mesa para paliar los inconvenientes creados.

Pues bien, para abordar la situación normativa actual a la que aquí nos referimos, conviene tener en cuenta, como ya se ha adelantado, que los graves problemas suscitados a propósito de la aplicación de la Directiva 96/71/CE han traído causa en la conjunción de varios factores. Entre ellos, se encuentra –por centrar la cuestión lo antes posible– la adopción del Reglamento 1072/2009, que vino a clarificar la regulación relativa a la prestación de servicios en el transporte de cabotaje por carretera, ante los problemas y dificultades que había creado el silencio del ya derogado Reglamento n.º 881/1992 sobre el particular⁴⁴, que liberalizaba el sector a partir del año 1993, eliminando las restricciones establecidas con respecto al transporte internacional y los acuerdos bilaterales que hasta entonces regían entre Estados miembros. El hecho de que el Reglamento del año 1992 no abordara el cabotaje, ni dijera nada sobre la

posibilidad de que las prestadores de servicios extranjeros pudieran efectuar transportes nacionales en los países de tránsito con el camión vacío, generó numerosos problemas⁴⁵ que intentaron ser parcialmente solucionados con la adopción del Reglamento n.º 3118/93⁴⁶, que permitió a los transportistas en posesión de una licencia europea efectuar transportes nacionales (cabotaje) en otro Estado miembro distinto al de establecimiento, siempre que se efectuaran de manera temporal; claro está que sin precisar la temporalidad a la que se sujetaba esta tipología de servicios de transporte⁴⁷.

Dicho esto, además se ha de tener en cuenta que la aplicación de la regulación de cabotaje expuesta no es un unitaria en todos los Estados miembros, de ahí que en algunos Estados, por ejemplo, la descarga de una mis-

⁴⁵ Vid. BOUQUET, E. titulado: *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes (1) sur le dumping social dans les transports européens*, del año 2014 y que se puede consultar online en <https://www.senat.fr/rap/r13-450/r13-4501.pdf>

⁴⁶ Reglamento (CEE) n.º 3118/93 del Consejo, de 25 de octubre de 1993, por el que se aprueban las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro (DO L 279, de 12 de noviembre de 1993).

⁴⁷ A estos efectos, se ha de tener en cuenta que el transporte en vacío de retorno al establecimiento de origen es enormemente costoso para las empresas dedicadas al transporte por carretera, de ahí el interés existente en poder cargar y descargar en los países de tránsito, esto es, realizando operaciones de cabotaje consecutivos a un transporte internacional. Esta posibilidad, sin embargo, se encuentra limitada en cuanto al número de operaciones que de este tipo es factible realizar y que hoy se contempla, a su vez, en el Reglamento n.º 1072/2009, que autoriza a todo transportista comunitario a realizar tres operaciones de cabotaje durante los 7 días siguientes a un transporte internacional, quedando fuera de la aplicación de este último reglamento los supuestos de cabotaje no consecutivo, esto es, los supuestos en los que un transportista extranjero entra en vacío en el territorio de otro Estado miembro a fin de prestar uno o varios transportes nacionales. Por su parte, el art. 8.2 del mismo Reglamento del 2009 permite que el transportista extranjero entre en vacío en otro Estado miembro distinto al de establecimiento con el fin de realizar una única operación de cabotaje durante los tres días siguientes a la entrada en dicho Estado. Si, después de tres operaciones de cabotaje en menos de 7 días, el transportista atraviesa la frontera del Estado de acogida para volver enseguida, comienza un nuevo ciclo de cabotaje, donde es necesario que se realice una carga y una descarga de mercancías, cada una de ellas considerada como una operación de cabotaje distinta.

⁴³ A estos efectos, me remito a los siguientes trabajos, DELEUZE, Q.: *Dumping social dans les transports routiers et aériens européens. Entre compétitivité et protection sociale*, Tesis Master en Derecho, Universidad católica de Lovaina, Curso académico 2015-2016, <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/fr/object/thesis:7839> y los por él allí citados o también, GUAMAN, A. y LOFFREDO, A.: *Dumping social dans le secteur du transport*, Informe para la ETF (ref. VS/2015/0230), http://www.etf-europe.org/files/extranet/-75/48067/FITE%20-%20Social%20dumping%20in%20the%20transport%20sector_FR.pdf

⁴⁴ Reglamento (CEE) n.º 881/92 del Consejo, de 26 de marzo de 1992, relativo al acceso al mercado de los transportes de mercancías por carretera en la Comunidad, que tengan como punto de partida o de destino el territorio de un Estado miembro o efectuados a través del territorio de uno o más Estados miembros (DO L95, de 9 de abril de 1992).

ma mercancía en varios lugares suponga varias operaciones de cabotaje, mientras que en otros esta misma situación comporte una única operación, con las consiguientes diferencias que se producen a los efectos del cómputo de los días que se permiten para la realización de la actividad de cabotaje y de las que, entre otras cosas, depende la aplicación o no de la Directiva 96/71/CE. Estas divergencias reguladoras internas tienen, lógicamente, como objetivo proteger el propio mercado nacional de transporte de mercancías por carretera. En estas condiciones, es lógico pensar que las diferencias sociales y de protección social hayan emergido como uno de los problemas principales de competitividad en el sector, puesto que el Reglamento 1071/2009, si bien impone la necesidad, entre otras, de que toda empresa dedicada al transporte por carretera cuente, entre otros requisitos, con un establecimiento estable y efectivo en algún Estado miembro⁴⁸, no ha sido extraña la creación de filiales o sucursales ficticias en los países con menores costes sociales para contratar conductores de dichos países para prestar servicios en los países con un mayor volumen de cabotaje, que son en estos momentos, fundamentalmente Francia y Alemania (como países -digamos que- de acogida), mientras que los países (de

origen) serían mayoritariamente los países del Este y también España y Portugal. Así, nos encontramos en un marco contextual donde se crean establecimientos artificiosos o, si se prefiere, oficinas o agencias diversas que carecen de las características de estabilidad y efectividad pregonadas por el Reglamento, amén de recurrir a la matrícula de vehículos en países distintos con el fin, en todo caso, de aminorar costes sociales y acceder a determinados tráficos que en otras circunstancias no sería posible. La reducción de costes sociales no sólo se produce por la vía de conectar las relaciones laborales con el país de origen de dichos conductores, a los que eventualmente se les aplicará el régimen corrector contenido en la Directiva 96/71/CE en el caso de considerar que nos encontramos ante supuestos de desplazamiento temporal, con independencia de la armonización que sobre materias tales como el tiempo de trabajo -sumamente flexible y objeto de incumplimientos e interpretaciones diversas en este entorno⁴⁹- pudiera existir a nivel europeo, sino sobre todo y fundamentalmente de la aplicación de las normas de seguridad social contenidas en el art. 13.1.a) y 13.1.b) del Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social, relativas a la pluriactividad o pluriempleo (y no curiosamente de desplazamiento), con una clara intención en desviar la aplicación de la *lex loci laboris* a estos efectos⁵⁰. Así, estas

⁴⁸ Que el art. 5 del Reglamento regula del siguiente modo: *Condiciones respecto del requisito de establecimiento. A fin de cumplir el requisito establecido en el artículo 3, apartado 1, letra a), la empresa deberá, en el Estado miembro de que se trate: a) tener un establecimiento situado en ese Estado miembro con locales en los que se conserven los documentos principales de la empresa, en particular sus documentos contables, los documentos de gestión del personal, los documentos con los datos relativos a los tiempos de conducción y reposo y cualquier otro documento al que deba poder acceder la autoridad competente que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente Reglamento. Los Estados miembros podrán exigir que los establecimientos situados en su territorio tengan disponibles asimismo otros documentos en todos sus locales; b) una vez concedida la autorización, disponer de uno o más vehículos, matriculados o puesto en circulación con arreglo a la legislación de ese Estado miembro, ya sea en plena propiedad, ya en virtud de otro título, por ejemplo un contrato de compraventa a plazos, un contrato de arrendamiento o un contrato de arrendamiento financiero (leasing); c) ejercer efectiva y permanentemente sus operaciones relativas a los vehículos mencionadas en la letra b), con el equipamiento administrativo necesario y con el equipamiento y las instalaciones técnicas adecuadas, en un centro de explotación situado en ese Estado miembro.*

⁴⁹ Aunque se trate de un documento relativamente antiguo, consúltese las diferencias reguladoras en http://temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr/pj/NS/NS_019_1.pdf. A su vez, téngase en cuenta que la cuestión del tiempo de trabajo en el transporte por carretera está siendo objeto de numerosas interpretaciones por el TJUE, de entre las que destaca, a estos efectos, la relativa al descanso semanal. Al respecto, vid. la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017. Asunto C-102/16. Caso Vaditrans BVBA [ECLI:EU:C:2017:1012].

⁵⁰ Así se señala en la *Practical Guide on The applicable legislation in the European Union (EU), the European Economic Area (EEA) and in Switzerland*, pp. 29 y ss. Se puede consultar en http://edujob.gr/sites/default/files/Practical%20guide_workers_EU_EN.pdf. Por su parte, la Dra. CARRASCOSA BERMEJO, D., experta en la materia, señala en el trabajo titulado "Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social" en VV.AA. [CASAS BAAMONDE, M.E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dir.): *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 509-557, que el colectivo de trabajadores por cuenta ajena que prestan servicios con carácter permanente en varios Estados miembros es cada vez más numeroso, al no estar sometido a las limitaciones de los desplazados;

normas conectan los costes de protección social con el país de residencia del conductor, normalmente procedentes, como decimos, del Este de Europa⁵¹; si bien ello se producirá siempre que ejerza una parte sustancial de su actividad en dicho Estado cuantificado en un 25%, dado que en otro caso se sujetará a la sede o el domicilio de la empresa⁵². Pues bien, quizá lo más interesante a mencionar en este contexto, tal y como un lector avezado habrá ya deducido de lo expresado, es la indudable influencia que la aplicación de estas normas de seguridad social tienen desde la perspectiva laboral y para la regulación del desplazamiento de trabajadores también, no en vano -y en primer lugar- recuérdese que el TJUE para solucionar el conflicto planteado en el caso Koelzsch supra mencionado y que tenía por objeto interpretar la noción de la *lex loci laboris* contenida entonces en el art. 6.2.a) CR (actual art. 8.2 Roma I) para el supuesto de un contrato de trabajo de un conductor del transporte por carretera acaba por “traducir” al contexto conflictual el contenido de las normas de seguridad social relativas al pluriempleo o pluriactividad, cuando incorpora como criterio para concretar la noción de *lex loci laboris* la locución de “parte sustancial de la actividad”. Ahora bien y en segundo lugar, el impacto de aquellas dispo-

siciones de seguridad social, relativas -insisto que al pluriempleo o pluriactividad y no al desplazamiento- no sólo quedan limitadas al caso Koelzsch en concreto, sino que también y como ya hemos expresado con anterioridad, acaban por afectar a los supuestos de desplazamiento temporal en general cuando el legislador comunitario empleó la solución dada en esta sentencia para establecer algunos de los criterios contemplados en el art. 4.3 de la Directiva 2014/67/UE, que contiene los criterios para concretar la noción de desplazamiento temporal.

En fin, dicho esto, y siguiendo con la situación relativa al transporte por carretera, lo cierto es que los problemas que ya se encontraban latentes, se han venido agudizado -precisamente, si bien desde otra vertiente- a propósito de la transposición “temprana⁵³” de la Directiva 2014/67/UE por parte de algunos Estados y su aplicación a los trabajadores de este sector, puesto que el incremento de los controles y la imposición de sanciones por parte de los Estados donde mayoritariamente se efectúa el transporte de cabotaje y la diversa forma de entender, de acuerdo con las legislaciones nacionales, si se aplican o no las Directivas 96/71/CE y la de 2014, han dado lugar a la necesidad de clarificar la situación existente. Así, en el contexto de reforma de la Directiva 96/71/CE propuesta por la Comisión en el año 2016⁵⁴ ya se señalaba la necesidad

afirmando a su vez en nota a pie 3 del esquema de la p. 533, que existen “dificultades para deslindar esta situación de la de desplazamiento y la ausencia de requisitos en este supuesto motiva que cada vez se use más esta vía, en busca de bajas cotizaciones, huyendo de la *lex loci laboris*”.

⁵¹ Sobre este particular se ha de subrayar que los artículos 13.1.a) y 13.1.b) Reglamento (CE) nº 883/2004 regulan los supuestos en los que una persona ejerza su actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros, lo que será típico del caso de los trabajadores del transporte por carretera. 1. *La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros estará sujeta a: a) la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro o si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros o b) la legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario que la ocupa principalmente tenga su sede o su domicilio, siempre que dicha persona no ejerza una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia.*

⁵² Sobre los trabajadores pluriactivos o pluriempleados, *vid.* PAOLIN, G.: *Europe sociale et travailleurs pluriactifs. La législation applicable en matière de sécurité sociale*, Larcier, Bruselas, 2015.

⁵³ Aquí utilizo el término “temprana”, muy probablemente contaminada por el que se ha sido el devenir de la transposición de esta norma en España, que se ha producido de manera muy tardía y, además, sin incluir mención específica alguna en relación con este sector, que por mi experiencia más cercana -en cuanto que residente en la frontera con Francia- han quedado notablemente afectados -y además de manera muy negativa, incluyendo aquí propuestas de sanción penales- por la aplicación de las normas de transposición fundamentalmente francesas y alemanas.

⁵⁴ Así, se señala expresamente en el Documento COM 2016 (128 final) que “Paralelamente, la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores constituye la base de las iniciativas en favor del sector del transporte por carretera, anunciadas por la Comisión en su programa de trabajo para 2016. Con estas medidas se pretende, en particular, mejorar las condiciones laborales y sociales de los trabajadores del sector, al tiempo que se impulsa la prestación eficiente y equitativa de servicios de transporte por carretera. Los dos millones de trabajadores que operan en este sector ejercen regularmente su actividad laboral en el territorio de diferentes Estados miembros du-

de acometer una regulación específica para el sector del transporte por carretera, que ha quedado recientemente refrendada en la resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de mayo de 2018, sobre aquélla⁵⁵. De acuerdo con estas propuestas y deliberaciones, la recientemente adoptada Directiva 2018/957 hace depender su aplicación de la aprobación de las futuras normas específicas que se están debatiendo en la actualidad dentro del denominado paquete europeo de transporte por carretera⁵⁶. Estas especificidades se han plasmado hasta el momento en que se redactan estas páginas en la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 1071/2009 y el Reglamento (CE) n° 1072/2009, con el fin de adaptarlos a la evolución del sector [COM 2007/281-2017/0123 (COD⁵⁷)] y la propuesta de Directiva del Par-

rante breves períodos de tiempo. En este contexto, se espera que las próximas iniciativas para el sector del transporte por carretera contribuyan a una mayor claridad y respeto de las normas aplicables a los contratos de trabajo en dicho sector y permitan resolver los problemas específicos que plantea la aplicación de las disposiciones de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores en este sector específico.

⁵⁵ Así queda claramente reflejado en el texto aprobado en el Parlamento Europeo cuando en el artículo 2.2 de la resolución legislativa P8_TA-PROV (2018) 0213, se señala que *"La presente Directiva se aplicará al sector del transporte por carretera a partir de la fecha de aplicación de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y establezca normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y a la Directiva 2014/67/UE para conductores desplazados en el sector del transporte por carretera"*.

⁵⁶ Así se plasma en el art. 3.3 de la Directiva 2018/957 que señala que *"La presente Directiva se aplicará al sector del transporte por carretera a partir de la fecha de aplicación de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y que establezca normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de conductores en el sector del transporte por carretera"*.

⁵⁷ En este contexto, las medidas propuestas tienen por objeto, y por lo que respecta a la futura modificación de los Reglamentos n° 1071/2009 y n° 1072/2009, corregir las deficiencias que se han producido con respecto a la normativa actualmente vigente y que circundan sustancialmente la de mejorar la definición de establecimiento efectivo y fijo, así como la honorabilidad de la empresa y la capacidad financiera de éstas para operar en el sector y que han permitido el surgimiento de establecimientos ficticios de los que dábamos cuenta con anterioridad; homogeneizar las condiciones para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera, así como -y

lamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control de cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera [COM 2017/278-2017/0121 (COD)⁵⁸].

esencialmente- la de tratar de extender esta regulación a las empresas de los LCV [Por LCV se entiende los vehículos ligeros, esto es, cuyo peso total de carga autorizada no supere las 3,5 toneladas, y que hasta la fecha era cada Estado miembro el que se encontraba facultado para aplicar las disposiciones del Reglamento n° 1071/2009 sobre esta tipología de vehículos], no en vano -hasta la fecha- su aplicación dependía de las legislaciones internas de cada Estado miembro, lo que generaba distorsiones importantes, máxime teniendo en cuenta que en la actualidad aumenta el número de vehículos ligeros que realizan actividades de transporte internacional y de cabotaje por carretera. Finalmente, se pretende determinar el número de operaciones de cabotaje que pueden realizarse un Estado miembro de acogida tras un transporte internacional entrante y el número de días para efectuar dichas operaciones. De este modo, y por lo que respecta a las condiciones con respecto del requisito de establecimiento, se introducen una serie de medidas tendentes a garantizar que las empresas establecidas en un Estado miembro tengan en el mismo una actividad real y continua, así como precisiones en relación con la honorabilidad, de entre las que destaca la infracción grave sobre las normas sobre desplazamiento temporal de trabajadores, o condiciones con respecto a la capacidad financiera de dichas empresas. El objetivo que se persigue es el de tratar de esclarecer estas cuestiones para impedir -insisto- la creación de empresas ficticias y aplicar -de este modo- las sanciones pertinentes en caso de incumplimiento, ya sea la suspensión o retirada de la licencia para poder operar en el sector, ya sea para inhabilitar -en su caso- al gestor del transporte. Llama la atención, sin embargo, que todas estas medidas tengan un alcance limitado en relación con el sector de los LCV, para los cuales se pretende aplicar los requisitos relativos al establecimiento fijo y efectivo y la capacidad financiera adecuada, no así en relación con los requisitos sobre gestores del transporte, competencia profesional u honorabilidad, que dependerán de lo que a tal efecto determinen las legislaciones nacionales. Finalmente, y por lo que respecta al cabotaje, se propone la eliminación del número máximo de operaciones de cabotaje que pueden realizarse en un Estado miembro y se reduce el número máximo de días para efectuar dichas operaciones de cabotaje.

⁵⁸ Junto a las supra mencionadas, debe señalarse también la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n° 561/2006 en lo que se refiere a los requisitos mínimos sobre los tiempos de conducción máximos diarios y semanales, las pausas mínimas y los períodos de descanso diarios y semanales y el Reglamento (UE) n° 165/2014 en lo que se refiere al posicionamiento mediante tacógrafos - COM 2017/277 - 2017/0122(COD).

Pues bien, en estos instrumentos lo que se debate no es paradójicamente si en el marco del transporte por carretera existe o no desplazamiento temporal de trabajadores, esto es, si podemos o no considerar que existe un locus fijo desde el cual el trabajador presta servicios temporalmente en otro Estado, dado que se asume su existencia en el marco del cabotaje por carretera a pesar de que -como se ha intentado explicar anteriormente- se haya realizado una interpretación en el ámbito laboral procedente del criterio que sobre pluriactividad contiene el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social y, por tanto, no en materia de desplazados; sino que lo que se pretende es clarificar el concepto de establecimiento de las empresas de transporte por carretera, así como el alcance de la aplicación de la Directiva 96/71/CE (fundamentalmente el tiempo de trabajo y el salario) y las normas de control sobre la misma al transporte por carretera de cabotaje⁵⁹.

De este modo, y en particular, la propuesta de modificación de la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control de cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para

⁵⁹ El Reglamento (CEE) n.º 3118/93 del Consejo, de 25 de octubre de 1993, fue aprobado para el cabotaje terrestre, es decir, la prestación de servicios de transporte de mercancías por carretera en el interior de un Estado miembro por parte de un transportista establecido en otro Estado miembro. En la práctica, se trataba de las prestaciones de transportistas no residentes que, con motivo de un desplazamiento internacional, se encontraban en un país de acogida y que, en vez de volver con el vehículo vacío, efectuaban un transporte ulterior dentro de dicho país antes de alcanzar la frontera. En virtud de este Reglamento, las empresas titulares de una licencia comunitaria expedida por un Estado miembro podían prestar servicios de transporte de mercancías por carretera en otros Estados miembros, pero con la condición de que estos servicios únicamente se prestasen con carácter temporal. Posteriormente, el Reglamento (CE) n.º 1072/2009, de 21 de octubre de 2009, en su artículo 8, apartado 2, abandonó la noción del cabotaje general para adoptar la fórmula más restrictiva del cabotaje consecutivo (que fija un máximo de tres operaciones de cabotaje autorizadas en los siete días siguientes a un trayecto internacional hacia el país de acogida del cabotaje). Las disposiciones en materia de cabotaje son de aplicación desde el 14 de mayo de 2010, pero, como ya se ha señalado, serán objeto de modificación mediante la propuesta de la Comisión COM(2017)0281.

el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, se proponen establecer normas específicas sobre determinados aspectos de la directiva sobre desplazamiento en lo tocante a los requisitos administrativos y las medidas de control para el desplazamiento de dichos conductores. Así, se prevé que los Estados miembros no apliquen las disposiciones relativas a la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas (art. 3.1.b) Directiva 96/71/CE) y las cuantías de salario mínimo (art. 3.1.c) Directiva 96/71/CE) a los conductores empleados por empresas de transporte por carretera en el contexto de contrataciones y subcontratas cuando se trate de la realización de transportes internacionales y cuando el período de desplazamiento a su territorio sea inferior o igual a 3 días en un período de un mes natural. A su vez, se establece una formulación en relación con cómo calcular dichos períodos de desplazamiento. Así, en el caso de que el período de trabajo diario sea inferior a 6 horas de permanencia en el territorio de un Estado miembro de acogida se considerará media jornada, mientras que, si la duración es superior a esas 6 horas, se considerará jornada completa. A tales efectos, las pausas, períodos de descanso y los períodos de disponibilidad en que se haya permanecido en el territorio de un Estado miembro de acogida se considerarán como períodos de trabajo. Finalmente, se establece un listado de materias sobre las cuales los Estados miembros podrán imponer requisitos administrativos y de control, tales como la declaración de desplazamiento, pruebas de operación de transporte, los datos registrados por el tacógrafo⁶⁰, códigos de país de los Estados miembros donde se hayan realizado transportes internacionales por carretera o de cabotaje, etc.

⁶⁰ A estos efectos, téngase en cuenta el Reglamento (UE) n.º 165/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 relativo a los tacógrafos en el transporte por carretera, por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 3821/85 del Consejo relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera y se modifica el Reglamento (CE) n.º 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera (DOUE L60, de 28 de febrero de 2014).

3.2. El desplazamiento de trabajadores del personal de vuelo y de cabina en el transporte aeronáutico y la inaplicación en el ámbito laboral del criterio “base de operaciones” contenido en el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social

Similares circunstancias a las ya expresadas para el sector del transporte por carretera existen también en la industria aeronáutica, donde la liberalización progresiva a la que se ha asistido en el sector impacta -y de manera negativa- sobre las condiciones de vida y de trabajo de los tripulantes a bordo de aeronaves⁶¹. En efecto, la liberalización en el sector aeronáutico es una realidad ya asentada en el ámbito comunitario. Ésta comienza para el transporte aéreo en el año 1987, con la entrada en vigor del primer paquete de medidas liberalizadoras⁶² y continuó con la aplicación

gradual de paquetes consecutivos entre los años 1990⁶³ y 1992⁶⁴, consolidándose dicho proceso en 1997, cuando el tráfico doméstico de los países fue abierto a la competencia y

⁶³ Al primer paquete liberalizador supra referenciado, le siguió un segundo paquete representado por los Reglamentos (CEE) nº 2342/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, sobre las tarifas de los servicios aéreos regulares (DOCE L217, de 11 de agosto de 1990); Reglamento nº 2343/90, de 24 de julio de 1990, relativo al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicio aéreos regulares intracomunitarios y a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre Estados miembros (DOCE L217, de 11 de agosto de 1990) y el Reglamento 2344/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 3976/87 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado de determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (DOCE L217, de 11 de agosto de 1990).

⁶⁴ A partir de la adopción de los siguientes reglamentos: Reglamento 2407/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas (DO L240, de 24 de agosto de 1992); Reglamento 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (DO L240, de 24 de agosto de 1992); Reglamento 2409/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos (DO L240, de 24 de agosto de 1992); Reglamento 2410/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, que modifica el Reglamento 3975/87 por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo y Reglamento 2411/92 del Consejo de 23 de julio de 1992 por el que se modifica el Reglamento 3976/87 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (DO L240, de 24 de agosto de 1992). De este modo, este tercer paquete sustituyó las líneas aéreas nacionales por «compañías aéreas comunitarias» y estableció como principio básico que cualquier compañía aérea comunitaria podía fijar libremente las tarifas para pasajeros y mercancías, así como acceder a cualquier ruta interior de la Unión sin ningún permiso o autorización (con la excepción de algunas rutas muy particulares en las que los Estados miembros podían imponer obligaciones de servicio público, sujetas a condiciones y por tiempo limitado). Este paquete también establecía los requisitos que las compañías aéreas comunitarias debían cumplir a fin de poder empezar a operar o seguir haciéndolo, sobre todo estableciendo una serie de requisitos: a) Deben ser propiedad de los Estados miembros y estar controladas efectivamente por estos y/o por ciudadanos de estos, y su principal lugar de actividad debe encontrarse en un Estado miembro; b) Su situación financiera debe ser buena; c) Deben disponer de un seguro adecuado para cubrir las responsabilidades en caso de accidente y d) Deben tener la capacidad profesional y la organización que permita garantizar la seguridad de las operaciones de conformidad con las normas en vigor. Esta capacidad se prueba mediante la expedición de un «certificado de explotador de servicios aéreos».

⁶¹ Para una descripción del proceso de liberalización en el sector, me remito aquí al trabajo de VAN HOUTTE, J.: *La libéralisation des transports aériens en Europe : mise en perspective et perspectives*, Memoria Tesis, Lovaina la nueva, 1995.

⁶² La apertura del mercado se produjo en el marco del primer paquete de medidas liberalizadoras comprendidas en los Reglamentos (CEE) nº 3975/87 del Consejo de 14 de diciembre de 1987 por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo (DOCE L374, de 31 de diciembre de 1987) y el Reglamento nº 3976/87, del Consejo de 14 de diciembre de 1987 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (DO L374, de 31 de diciembre de 1987), derogadas por el Reglamento (CE) nº 411/2004, de 26 de febrero de 2004 (DO L68, de 6 de marzo de 2004), así como de la mano de la Directiva 87/601/CEE del Consejo de 14 de diciembre de 1987 sobre tarifas para el transporte aéreo regular entre Estados miembros (DO L374, de 31 de diciembre de 1987) y la Decisión 87/602/CEE de 14 de diciembre de 1987 relativa a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre Estados miembros y al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares entre Estados miembros (DO L374, de 31 de diciembre de 1987). Al respecto, MENCİK VON ZEBINSKY, A.A.: *European Union External competence and external relations in Air transport*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1996, p. 45. También, BETANCORM O. y JORGE CALDERÓN, J.D.: "Efectos de la desregulación del transporte aéreo en España" en A. HERCE, J. Et De Rus, G.: *La regulación de los transportes en España*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 75 y ss donde describen el proceso desregulador europeo de los tres primeros paquetes aéreos.

se estableció plena libertad para la fijación de tarifas aéreas⁶⁵, quedando ya plenamente confirmado en el año 2008 cuando se adopta el Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (versión refundida⁶⁶), que eliminó todas las restricciones comerciales restantes para las líneas aéreas europeas que operaban en la Unión, estableciéndose el denominado “mercado único europeo de la aviación”. Así, se crea un mercado regional en el espacio de la UE donde se establece la libertad de entrada y salida y libre establecimiento de rutas, frecuencias, capacidad y precios por parte de las compañías aéreas, registradas y certificadas en cualquier Estado miembro. También se establecieron nuevos sistemas de concesión de licencias a las compañías aéreas, suprimiéndose los acuerdos de capacidad entre las compañías de bandera y desaparecieron los repartos de mercado, así como las subvenciones estatales a las compañías aéreas, amén de armonizar las normas sobre seguridad aérea en el espacio europeo. En este contexto de apertura de los mercados nacionales, se crean nuevas compañías aéreas, generalmente privadas y low cost⁶⁷, que irrumpen en un mercado otrora estatalizado y de fuerte intervención pública y ahora abierto a la privatización y, por ende, a la competencia. Por su parte, hay que subrayar, con el fin de insistir en la alta competencia existente en el sector

que la concurrencia entre compañías aéreas no se reduce a la competencia entre empresas comunitarias entre sí exclusivamente, sino también entre éstas con compañías aéreas extranjeras, lo que ha dado lugar a que en estos momentos la Comisión intente establecer un sistema que garantice una competencia leal entre las compañías aéreas de la UE y de terceros países⁶⁸.

En estas circunstancias, no es de extrañar que uno de los mecanismos principales para lograr un mejor posicionamiento en el mercado e incrementar la competitividad entre compañías aéreas a nivel global haya sido el de buscar fórmulas para la reducción de los costes sociales y de protección social, fundamentalmente de quienes prestan servicios a bordo de aviones, como los pilotos o el personal de cabina. El mecanismo orientado a reducir dichos costes desde la perspectiva de la protección social y que, como veremos después, pretende repercutir –al menos a priori– en la determinación del Forum y/o de la Ley aplicable al contrato de trabajo de esta tipología de trabajadores (a los que recuérdese es de aplicación la Directiva 96/71/CE), viene de la mano del empleo del criterio de “base operacional” de la aeronave, introducido en el año 2012, cuando se modifica el Reglamento 883/2004 ex Reglamento n° 465/2012⁶⁹. De acuerdo con este criterio, los trabajadores de vuelo y de cabina quedan sujetos a la legislación de seguridad social del Estado miembro donde la empresa aérea establezca la base de operaciones de cada uno de aquéllos, entendiéndose por éste –según lo dispuesto en el Anexo III del Reglamento (CEE) n° 3922/91 del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos aplicables a la aviación civil⁷⁰– como el “lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios periodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se res-

⁶⁵ Sobre esta evolución, *inter alia*, GONZÁLEZ-VARRAS IBAÑEZ, S.: “La liberalización comunitaria del transporte aéreo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 10, 2001, pp. 611-626. Por su parte, también me remito aquí, al trabajo de FERNÁNDEZ TORRES, I.: *Derecho europeo de la competencia en el sector aéreo y aeroportuario*, Working Papers on European Law and Regional Integration, WP ODEIR n° 24, 2015, que se puede consultar online en [https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2015-04-16-WP%20ODEIR%20n%2024%20\(2015\)%20Derecho%20europeo%20de%20la%20competencia%20en%20el%20sector%20aéreo%20y%20aeroportuario.%20label%20Fernández%20Torres.pdf](https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2015-04-16-WP%20ODEIR%20n%2024%20(2015)%20Derecho%20europeo%20de%20la%20competencia%20en%20el%20sector%20aéreo%20y%20aeroportuario.%20label%20Fernández%20Torres.pdf)

⁶⁶ DOUE L293, de 31 de octubre de 2008.

⁶⁷ DELPECH, X.: “Le transport aérien low cost: aspects juridiques”, *Juris Tourisme* n° 127, 2011, pp. 31 y ss. Por su parte, vid. El interesante trabajo de BARNIER, L.-M.; CALAME, C. y VANDEWATTYNE, J.: “Le low cost dans le secteur aérien. Vers une reconfiguration systémique de la production?”, *La nouvelle revue du travail* n°12, 2018, URL : <http://journals.openedition.org/nrt/3527>; DOI: 10.4000/nrt.3527

⁶⁸ Vid. Documento COM (2017) 0289, de 8 de junio de 2017, titulado *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the council on safeguarding competition in air transport, repealing Regulation (EC) n° 868/2004*.

⁶⁹ De 22 de mayo (DOUE L149, de 8 de junio de 2012).

⁷⁰ DO L 373 de 31 de diciembre de 1991.

*ponsabiliza del alojamiento del tripulante*⁷¹". En consecuencia, se viene a modificar el art. 11 del Reglamento 883/2004 para incorporar un apartado específico en el que, se insiste, la actividad de un miembro de tripulación de vuelo o de cabina se entiende realizada en el Estado miembro donde se encuentre la citada base como locus laboris a efectos de su protección social. Esta variación o modificación normativa trae causa en la constatación de los problemas que ocasionaba conectar las relaciones laborales del personal aeronáutico con el sistema de seguridad social de un Estado miembro cualquiera fijado mediante el criterio de la sede de la empresa; criterio éste al que recurrían o del que se beneficiaban fundamentalmente las compañías aeronáuticas *low-cost*⁷² con la finalidad de incrementar sus beneficios, reducir costes y aumentar, por ende, su competitividad en el sector. Y es que hay que tener en cuenta que en no pocas ocasiones la legislación de seguridad social designada mediante ese procedimiento –establecimiento de la empresa- ni era coincidente con la del país de residencia de los trabajadores aéreos, ni tampoco se identificaba con el país donde éstos últimos desarrollaban habitualmente su actividad⁷³.

Así y a pesar de lo loable del objetivo perseguido mediante la introducción del criterio de base, lo cierto es que tampoco puede decirse

que el mismo sirva para solucionar completamente, ni mucho menos, las dificultades que ya existían previamente y a las que precisamente este nuevo criterio pretende combatir. Dicho de otra manera, más clara, la base como criterio de sujeción de los trabajadores de vuelo y de cabina al sistema de seguridad social determinado a través de aquél no está tampoco exento de dificultades. El primer obstáculo viene determinado por el período transitorio establecido en el art. 87bis del Reglamento 883/2004 para la aplicación del criterio de base⁷⁴. Así, y de acuerdo con esta disposición, los trabajadores aeronáuticos que ya estuvieran sujetos a un régimen de seguridad social distinto al que le correspondiera mediante la aplicación del nuevo criterio, se les seguirá aplicando dicha legislación durante un período transitorio hasta que cambie su situación y, en todo caso, durante un período no superior a diez años desde la entrada en vigor del Reglamento del año 2012. Por su parte, también es un criterio endeble desde la perspectiva de que este lugar –el de base- es seleccionado por la propia empresa, de tal manera que no es extraño que en este sector nos encontremos ante bases falsas o ficticias, en cuanto que no se corresponden con la realidad de los trayectos efectuados, ni tampoco con el lugar de residencia del personal navegante a bordo de aeronaves o también con la posibilidad de que se establezcan multi-bases en países diversos⁷⁵. También podemos encon-

⁷¹ De acuerdo con el considerando 4º del Reglamento del año 2012, se establece que "Con el fin de facilitar la aplicación del título II del presente Reglamento a los miembros de tripulaciones de vuelo y de cabina, está justificado tomar este concepto de "base" como el criterio para determinar cuál es la legislación aplicable a los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina. Sin embargo, la legislación aplicable a los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina debe mantenerse estable y el principio de "base" no ha de entrañar cambios frecuentes de legislación aplicable debido a los modelos de trabajo del sector industrial o a demandas estacionales".

⁷² MORSA, M.: "Dumping social dans le secteur du transport européen. Appel à un meilleur encadrement européen des pratiques sociales", *Journal des tribunaux du travail (JTT)* nº 1200, 2014, pp. 421-430 y en particular p. 423. GAMEI, L.: "Personnes des aéronefs et lois sociales françaises: les companies low cost dans les turbulences du droit social français", *Droit Social* nº 5, 2012.

⁷³ Sobre esta cuestión, DELEUZE, Q.: *Dumping social dans les transports routiers et aériens européens. Entre compétitivité et protection sociale*, Tesis Master en Derecho, Universidad católica de Lovaina, Curso académico 2015-2016, <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/fr/object/thesis:7839>, pp. 63 y ss.

⁷⁴ Disposición transitoria para la aplicación del Reglamento (UE) nº 465/2012: "1. Si, como resultado de la entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 465/2012, fuese aplicable a una persona, con arreglo al título II del presente Reglamento, la legislación de un Estado miembro distinto de aquel cuya legislación se le aplicaba antes de dicha entrada en vigor, se seguirá aplicando a dicha persona la legislación del Estado miembro que le era aplicable antes de esa fecha, durante un período transitorio hasta que cambie su situación y en todo caso no superior a diez años desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 465/2012. La persona interesada puede solicitar que se le deje de aplicar el período transitorio. La solicitud debe presentarse ante la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de residencia. Se considerará que las solicitudes presentadas a más tardar el 29 de septiembre de 2012 tendrán efectos a partir del 28 de junio de 2012. Las solicitudes presentadas después del 29 de septiembre de 2012 tendrán efecto el primer día del mes siguiente a su presentación".

⁷⁵ Sobre este fenómeno, *vid.* DELEUZE, Q.: *Dumping social dans les transports routiers et aériens européens. Entre compétitivité et protection sociale*, Tesis Master en Derecho,

trarnos ante determinadas prácticas, generalizadas por parte de algunas compañías aéreas de bajo coste, que evitan designar como base algunos lugares-países con el fin de eludir los costes sociales que les correspondería abonar de situar la base de los trabajadores en aquél⁷⁶.

Como es visible, a la luz de lo ya expuesto, el proceso de liberalización económica seguido en el sector aeronáutico en la UE ha traído consigo la búsqueda de fórmulas o mecanismos que sobre la base de la libertad de establecimiento primero y de la libre prestación de servicios después, busquen la aminoración de los costes sociales, como en realidad también ocurre, entre otros, en el sector del transporte por carretera antes visto. Ahora bien, a diferencia de lo acaecido en el transporte por carretera, en el sector aeronáutico no se ha alzado, que sepamos, ninguna voz orientada a tratar de inaplicar la Directiva original de Desplazamiento, tal y como se demuestra en la Directiva del año 2018 que guarda silencio sobre la cuestión, como tampoco una mínima reacción a la adopción de la Directiva 2014/67/UE de acompañamiento de la primera que, insisto, son de aplicación en la medida en que no se excluyó al personal aéreo de su ámbito de aplicación. La pregunta o interrogante que podría surgir inmediatamente es obvia: ¿por qué no se ha producido una situación análoga a la del transporte por ca-

retera en este contexto o sector económico? En mi opinión, puede aventurarse una respuesta más o menos sencilla, de tal manera que puede sostenerse que no ha sido necesario adoptar normas ad hoc o específicas para el sector aeronáutico porque la reforma operada en el Reglamento comunitario de coordinación de sistemas de seguridad social en el año 2012, incorporando la base de operaciones de la aeronave, venía a cubrir las exigencias de los operadores del sector para tratar de reducir el dumping social en este sector que ciertamente se focalizaba fundamentalmente en las cuestiones de seguridad social. Se ha venido, por tanto, dejando de lado o, si se quiere, postergada la materia laboral; probablemente porque se ha entendido a estos efectos –eventualmente y a priori– que el lugar identificado mediante este procedimiento –base operacional– puede extrapolarse al ámbito del contrato de trabajo y, por ende, al supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores⁷⁷. Ahora bien, la situación en la práctica no es tan sencilla como pudiera pensarse, en la medida en que el propio TJUE, en el caso Nogueira de 2017, ha rechazado la correlación absoluta entre base de operaciones= locus laboris a efectos del forum y, eventualmente también, con respecto a la *lex loci laboris* a efectos del *Ius*⁷⁸. Así, no parece del todo factible asimilar la base de operaciones con la

Universidad católica de Lovaina, Curso académico 2015–2016, <https://dial.uclouvain.be/memoire/uc/ffr/object/thesis:7839>, pp. 63 y ss.

⁷⁶ Los tribunales franceses han sido los más beligerantes en este contexto, puesto que se han pronunciado en más de una ocasión condenando a alguna de estas empresas al pago de indemnizaciones millonarias por eludir la normativa social y de seguridad social que realmente es de aplicación a los trabajadores de vuelo y de cabina al servicio de esta tipología de compañías aéreas o condenando por trabajo "disimulado", como en el caso de la sentencia nº 11-88.420 (nº 1078) de la Cour de cassation, criminelle francés de 11 de marzo de 2014, *Recueil Dalloz* 2014, p. 670. Ya lo ponía de manifiesto, dando cuenta de alguna sentencia francesa con un gran impacto, el Prof. BAYLOS en su blog en el año 2013, dando cuenta de una sentencia del tribunal de Aix-en-Provence de 1 de octubre de ese mismo año, que condenaba a Ryanair en http://baylos.blogspot.com/2013/10/dumping-social-en-el-transporte-aereo_21.html. A estos efectos, cabe señalar que el mismo proceso se ha comenzado a seguir también en el transporte por carretera, como se pone de manifiesto en determinadas publicaciones aparecidas en prensa, <https://diariodetransporte.com/2018/04/multa-de-216-000-euros-a-una-empresa-de-transportes-por-dumping-social/>

⁷⁷ A estos efectos, me gustaría resaltar a efectos informativos que la inclusión de la locución "país a partir del cual" incorporado al art. 8.2 Roma I trae causa precisamente en los conflictos que se habían suscitado, sobre todo, en Francia en relación con los trabajadores aeronáuticos y la aplicación de la ley de matrícula en analogía con la *lex loci laboris*, ya sea por ejemplo a propósito del caso Air Afrique de 1986 [GAUDEMET-TALLON, H.: "Sur l'affaire Air Afrique", *Droit Social*, nº 5, 1986, pp. 406 y ss. RODIERE, P.: "Le droit du travail international et le transport aérien (à propos d'Air Afrique)", *Droit Social*, nº 9-10, 1986, pp. 709-714. COHEN, M.: "Ordre juridique étranger et prérogatives du comité d'entreprise (affaire Air-Afrique, suite)", *Droit Social*, nº 11, 1990, pp. 799-802] ya sea a propósito del Asunto Warbecq del año 2004 [Auto del 10 de junio de 2004 del TJUE, C-555/03, Magali Warbecq contra Ryanair Ltd] cuya petición prejudicial nunca fue resuelta por incompetencia del TJUE.

⁷⁸ A diferencia de algún que otro pronunciamiento interno, como es el caso de la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ CV, de 9 de enero de 2018 (nº rec. 3364/2017) (nº resolución: 33/2018). Roj: STSJ CV 239/2018 - ECLI: ES: TSJCV: 2018: 239. Comentario FOTINOPOULOU BASURKO, O.: "¿Cuál es el lugar de desempeño habitual de la prestación de servicios de un tripulante aeronáutico?: El avión como locus laboris a efectos del Forum (sic)", *Revista Jurisdicción social* nº 189, 2018, pp. 57-64.

lex loci laboris en el sentido de “país a partir del cual”⁷⁹ sobre el que aplicar el aparato corrector de la Directiva 96/71/CE. En consecuencia, surge o, más bien, se mantiene la cuestión principal de determinar primero si los trabajadores aeronáuticos pueden ser considerados como trabajadores desplazados o no, así como –y en su caso– cuál es locus laboris habitual/centro efectivo de prestación de servicios desde el cual los pilotos y/o el personal de cabina son desplazados para prestar servicios y, por supuesto, cuál es la legislación social aplicable a esta tipología de trabajadores⁸⁰.

4. CONCLUSIÓN

Como se ha querido mostrar en este trabajo, la interacción existente entre los bloques normativos que regulan el Ius desde la perspectiva laboral y de seguridad social (y también del Forum) aplicables a los trabajadores móviles y, en particular, a los trabajadores desplazados es una realidad, a pesar de sus limitaciones, incontestable. En particular, esta vinculación se ha venido manifestando con respecto a los intentos por incorporar un límite temporal -idéntico primero y similar

después- al contenido en el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social, finalmente frustrado. Por su parte, y con posterioridad se analiza esta misma interrelación con respecto a los trabajadores que prestan servicios en distintos sectores del transporte como el caso del transporte por carretera y aéreo, donde se pone de manifiesto las dificultades que existen para interpretar las normas generales de aplicación sobre el Ius (Roma I y Directiva 96/71/CE), máxime cuando se trata de supuestos de trabajadores en itinerancia, de tal manera que parece difícil presumir la existencia de un verdadero desplazamiento de trabajadores en estos supuestos. Quizá, y a modo de reflexión general, sería oportuno debatir y detenerse sobre si la existencia de varios bloques normativos con objetivos y con parámetros distintos a la hora de discernir la habitualidad y/o temporalidad en la prestación de servicios es lo más adecuado o no para resolver los problemas que plantea el desplazamiento temporal de trabajadores o la movilidad de trabajadores más ampliamente, así como si las intervenciones interpretativas que sobre aquéllas realiza el TJUE orientadas a hacerlas converger pueda responder a un intento por acabar con dicha atomización.

⁷⁹ Así MANKOWSKI, P.: “Employment contracts under Article 8 of the Rome I Regulation” en FERRAN, F. y LEIBLE, S.: *Rome I Regulation*, Sellier-European Law Publisher, Munich, 2009, pp. 177-178.

⁸⁰ El país donde este debate se ha producido con bastante intensidad ha sido en Francia, no en vano sus tribunales han venido abordando este problema desde antiguo. Así, entre otros, PRADA-BORDENAVE, E.: “Les compagnies “low cost” (suite) (Conseil d’État, 11 juillet 2007, easyJet airlines Company Ltd et Ste Ryanair Ltd.)”, *Droit social* 2007, p. 1159. MORVAN, P.: “Y-a-t-il du droit français dans l’avion? (Réflexions sur les salaires low coast de Air Afrique à Easyjet)”, *Droit Social* n° 2, 2007, pp. 191 a 196. LACOSTE-MARY, V.: “Atterrissage force sur le droit français (le juge français et le contrat du travail internationale d’une hôtesses de l’air)”, *Droit ouvrier* n° 718, 2008, pp. 247-252; LHERNOULD, J-Ph.: “Un décret pour lutter contre le dumping social

des compagnies aériennes”, *Liasons social Europe* n° 14, 2006, pp. 2 y ss. BACQUIER, M.: “Conflits de lois et de juridictions: localiser la prestation de travail du personnel navigant des compagnies aériennes” *Droit Social* n° 2, 2011, pp. 169-174. GAMET, L.: “Personnes des aéronefs et lois sociales françaises: les compagnies low cost dans les turbulences du droit social français”, *Droit Social* n° 5, 2012, pp. 502-509. CHAUMETTE, P.: “Le centre effectif des activités des navigants aériens”, *Droit Social* 2012, p. 648. JAULT-SESEKE, F.: “Compétence juridictionnelle et compétence législative pour le personnel navigant: les pratiques des compagnies aériennes condamnées par la Cour de cassation”, *Revue de droit du travail* 2012, p. 388. TUR, L.: “Contrats de travail et loi applicable”, *Juris Tourisme* n° 149, 2013. También, DELPECH, X.: “À la une – Transport aérien- Pilotes de ligne salariés d’EasyJet: rejet de la qualification de travailleur détaché”, *Juris Tourisme* n° 178, 2015.

RESUMEN

El objeto de este trabajo es analizar, con carácter general, la interrelación existente entre el bloque normativo europeo relativo a la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo (Roma I y Directiva 96/71/CE) con respecto al Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de seguridad social a propósito de la evolución normativa operada en los diversos bloques que son de aplicación por lo que respecta al fenómeno del desplazamiento temporal de trabajadores. A estos efectos, el trabajo cuenta con dos partes diferenciadas, aunque obviamente interrelacionadas.

La primera de aquéllas se centra en el proceso seguido para tratar de concretar la temporalidad propia de la noción de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios desde la perspectiva del marco normativo laboral aplicable. En este sentido, se recuerda que una de las grandes dificultades que han existido y existen en relación con la regulación de este fenómeno es precisamente el de la concreción de la noción de temporalidad a partir de la cual el contrato de trabajo plurilocalizado de los trabajadores insertos en dicha movilidad quedará regido o mejor dicho corregido, siquiera parcialmente, por un conjunto de disposiciones denominado “núcleo duro” en el Estado de acogida. Y es que, como se sabe, la inclusión o no de un plazo de acuerdo con el cual pueda determinarse desde el plano jurídico-laboral el ordenamiento jurídico-laboral aplicable (*lex contractus/lex loci laboris*=país de origen más núcleo duro de disposiciones del Estado de acogida) o, en su caso, superado dicho plazo, modificación de la *lex contractus* a favor del ordenamiento jurídico laboral del inicial Estado de acogida que ya se convierte en estable y duradero *ex post*, ha sido y es una cuestión sumamente problemática desde antiguo. Así, se analizan dichos problemas conceptuales basados en la distinta aproximación que los instrumentos de aplicación realizan sobre la cuestión. Y es que, como se sabe, tanto el Reglamento Roma I y/o la Directiva 96/71/CE son, como es bien sabido, divergentes a la hora de regular la estabilidad o, para ser más exactos, la habitualidad en la prestación de servicios en los contratos de trabajo plurilocalizados y por ende también del tratamiento jurídico que del desplazamiento realizan, de una manera u otra, ambas regulaciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, la primera parte del trabajo aborda la evolución normativa seguida con respecto a esta materia por lo que respecta a ambos instrumentos jurídicos, no en vano ya sea en el transcurso de comunitarización del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 en el actual Reglamento Roma I, ya sea durante el proceso, ahora ya concluido, de modificación de la Directiva 96/71/CE original, la cuestión de la identificación de la habitualidad/temporalidad ha estado no sólo latente, sino que ha sido prioritaria para las instituciones que han abordado dicha problemática. Y en este marco, se analiza la influencia –directa o indirecta, mediante la interpretación operada por el TJUE en algunos casos- que el bloque sobre ley aplicable en materia de seguridad social representada por los criterios contenidos en el actual Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de seguridad social ostenta para el trasfondo de la regulación sobre desplazamiento, no en vano, esta norma sí prescribe un período predeterminado en relación con esta tipología de movilidad internacional de trabajadores que se cifra en 24 meses, durante los cuales el trabajador desplazado seguirá estando afiliado al Estado de origen y, en consecuencia, sujeto a la legislación de seguridad social de tal

Estado, amén de establecer criterios específicos para algunos trabajadores del transporte insertos en supuestos de movilidad transnacional en la prestación de servicios.

Precisamente y siguiendo con esta última cuestión, la segunda parte del trabajo se enfrenta a la misma cuestión general si bien desde una perspectiva sectorial y/o centrada en los trabajadores del transporte (en concreto de carretera y aéreo) donde a propósito de diversas interpretaciones operadas por el TJUE con respecto fundamentalmente a la noción de *lex loci laboris* contemplada en el extinto CR y su aplicación sobre los contratos de determinados trabajadores itinerantes, el TJUE ha venido pronunciándose en un determinado sentido, donde de manera disimulada atrae al bloque laboral soluciones ya contenidas en el bloque relativo a la determinación del *Ius* desde la perspectiva de la seguridad social.

Todo ello nos lleva a reflexionar sobre el alcance general de estas aproximaciones, tanto normativas, como jurisprudenciales a la hora de resolver delicados problemas jurídico-laborales y de protección social en la superficie y de carácter económico-competitivo (y político) en su esencia.

Palabras clave: Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; trabajadores desplazados; legislación aplicable; trabajadores del sector del transporte por carretera y trabajadores del sector del transporte aéreo.

ABSTRACT The purpose of this paper is to analyse, in general terms, the interrelation between the European regulations regarding the law applicable to the employment contract (Rome I and Directive 96/71/EC) with respect to Regulation 883/2004 on coordination of Social Security systems with regard to the evolution of rules operated in the various blocks that are applicable as regards the phenomenon of temporary posting of workers. For these purposes, this paper has two different parts, although obviously interrelated.

The first one is focused on the process to try to specify the temporary definition of the concept of posting of workers within the framework of a transnational provision of services from the perspective of the applicable labour law. In this sense, it is reminded that one of the great difficulties that have existed and still exist in relation to the regulation of this phenomenon is precisely that of the definition of “temporary” from which multi-state work contracts of posted workers will be ruled or, better said, corrected, even partially, by a set of provisions called “hard core” in the host State. And as it is known, the inclusion or not of a deadline according to which the applicable labour regulations can be determined from the legal-labour level (*lex contractus* / *lex loci laboris* = country of origin plus “hard core” provisions of the host State) or, where appropriate, after that period has expired, modification of the *lex contractus* in favour of the labour legal system of the initial host State that has already become stable and lasting *ex post*, has been and is a highly problematic issue since old times. Thus, these conceptual problems are analysed based on the different approach applied by the application instruments to the question. And, as it is well known, both Rome I Regulation and/or Directive 96/71/EC are divergent when regulating stability or, to be more precise, the usual provision of services in multi-state work contracts and, therefore, of the legal treatment of posting which, in one way or another, is dealt with in both regulations.

Bearing in mind the above, the first part of the paper focuses on the evolution of legislation in relation to this matter regarding both legal instruments. Not in vain, either in the course of communitization of the Rome Convention on the law applicable to the 1980 contractual provisions of the current Rome I Regulation, either during the process, now completed, of amending the original Directive 96/71/EC, the issue of identification of usual/temporary worker has been not only latent, but also it has been a priority for the institutions that have addressed this problem. And within this framework, we analyse the influence - direct or indirect, according to the interpretation operated by the CJEU in some cases - that the block on the applicable law in terms of Social Security represented by the criteria contained in the current Regulation 883/2004 on coordination of Social Security systems, holds for the background of the regulation on posting. Not in vain, this rule does prescribe a predetermined period in relation to this type of international posting of workers that is estimated in 24 months, during which the posted worker will continue to be registered in the State of origin and, consequently, subject to the Social Security legislation of that State, in addition to establishing specific criteria for some transport workers who are included in cases of transnational posting in the provision of services.

As a matter of fact and continuing with this last question, the second part of the paper tackles the same general question but from a sectoral perspective and/or focused on transport workers (specifically road and air) where, on the subject of various interpretations operated by the CJEU with respect mainly to the notion of *lex loci laboris* contemplated in the extinct CR and its application on the contracts of certain itinerant workers, the CJEU has declared itself in a certain sense, where in a hidden way it gives the labour block some solutions

that were already included in the block related to the determination of the *Ius* from the perspective of Social Security.

All this leads us to reflect on the general scope of these approaches, both legislative and jurisprudential when it comes to solving delicate legal-labour problems and social protection on the surface and economic-competitive (and political) in its essence.

Keywords: Posting of workers within the framework of transnational provision of services; posted workers; applicable legislation; workers in the road transport sector and workers in the air transport sector.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL