

La regulación de las obligaciones administrativas del empresario que desplace temporalmente trabajadores a España: propuestas de modificación y mejora a la luz de la Directiva 2014/67/UE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Regulation of administrative obligations for entrepreneurs towards posting temporary workers to Spain: proposals for amendments and improvements in the light of Directive 2014/67/EU and jurisprudence of The Court of Justice

JAVIER GÁRATE CASTRO*

1. CONEXIÓN CON LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 96/71/CE

Las obligaciones aquí contempladas son las que adopta la legislación española y, en concreto, la LDT, para asegurar

el cumplimiento de las medidas de transposición de la protección sustantiva y principal que dispensa la Directiva 96/71/CE a los trabajadores desplazados temporalmente e incluidos en su ámbito de aplicación. Se trata de obligaciones que rigen, igual que las aludidas medidas de transposición de la protección sustantiva, con independencia del Estado en el que tenga su establecimiento la empresa que realice el desplazamiento y, por lo tanto, aunque ese Estado no sea miembro de la Unión Europea ni firmante del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein). Tal amplitud, que resulta de poner en relación el art. 1.2 con la disposición adicional cuarta de la LDT¹, no resulta ajena a lo previsto en la citada Direc-

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela. El artículo que sigue forma parte de los resultados del proyecto de investigación DER2015-66922-R (MINECO/FEDER), *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*. A lo largo de él se emplean las siguientes abreviaturas: LDT (Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional), LETT (Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal), LISOS (Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto), LITSS (Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social), STJCE (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), STJUE (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), TCE (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) y TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

¹ «Las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a las empresas establecidas en Estados distintos de los previstos en el artículo 1.2 (...) en la medida en que tales empresas pue-

tiva; constituye un modo apropiado de cumplir lo que ordena su art. 1.4, según el cual «las empresas establecidas en un Estado que no sea miembro no deberán obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en un Estado miembro».

Tampoco resulta ajeno a lo previsto en la Directiva el que la LDT regule el tipo de obligaciones al que se viene haciendo referencia. La efectividad de la protección sustantiva de los trabajadores desplazados no se confía por la Directiva al cumplimiento voluntario por parte de las empresas que decidan los desplazamientos ni se deja por completo al resultado que se pueda conseguir en cada Estado a través de los procedimientos con que ya cuenta para la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral. El legislador europeo considera necesario que en los Estados involucrados en los desplazamientos se establezcan determinadas medidas administrativas y jurisdiccionales especiales y específicas que sirvan para remover las dificultades que genera para aquella efectividad la no coincidencia del Estado de establecimiento de la empresa del trabajador desplazado y del Estado donde tenga su establecimiento o desarrolle su actividad el destinatario de la prestación transnacional de servicios.

Tratan de las aludidas medidas, con desigual grado de precisión, siempre insuficiente, los arts. 4, 5 y 6 de la Directiva. Por lo que respecta a las obligaciones administrativas del empresario, únicas que ahora interesan, tendrían encaje en los amplísimos y excesivamente escuetos términos del art. 5, que dispone que los Estados miembros «adoptarán las medidas oportunas en caso de incumplimiento» de la protección sustantiva a garantizar al trabajador desplazado y velarán, en particular, «por que los trabajadores o sus representantes dispongan de procedimientos adecuados para que se cumplan las obligaciones» en que se concreta dicha protección. Los pre-

dan prestar servicios en España en virtud de lo establecido en los convenios internacionales que sean de aplicación».

ceptos de la LDT dedicados a la regulación de aquellas obligaciones formarían parte, pues, de la que cabría considerar transposición del general y amplio mandato del citado art. 5, que en ningún momento predetermina cuáles son las «medidas oportunas» (para controlar la regularidad de los desplazamientos) y los «procedimientos adecuados» a poner en funcionamiento por los Estados, ni impone, por lo tanto, armonización legislativa alguna en este punto², lo que amplía las posibilidades de su definición por las legislaciones nacionales³.

Los indicados preceptos de la LDT son los arts. 5 y 6, aplicables igualmente, en virtud de la disposición adicional cuarta del mismo texto legal, a las empresas de Estados que no sean miembros de la Unión Europea o firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. La lectura de ambos artículos revela la directa relación que existe entre las obligaciones administrativas que definen y la efectividad de la protección sustantiva que transpone la propia LDT, consistente en otorgar a los trabajadores desplazados la garantía del disfrute de determinadas condiciones de trabajo y empleo con arreglo a la normativa española cuando encuentren en ésta una regulación más favorable que la derivada de su contrato de trabajo y de la ley por la que se rija. Las referidas obligaciones consisten en la *comunicación del desplazamiento*, de la que se manifiesta que responde a la finalidad «de asegurar el cumplimiento» de la LDT por parte de la empresa que desplace a sus trabajadores (art. 5.1), y en la *comparecencia y aportación de documentación*, con cuyo establecimiento se pretende que dicha empresa justifique aquel cumplimiento

² Tampoco la impone el art. 3, en relación con las disposiciones imperativas de los Estados miembros sobre las condiciones de trabajo y empleo objeto de la garantía o protección sustantiva que establece. Lo recuerda la STJUE de 12 de febrero de 2015 (asunto C-396/13, *Sänhkälöajoen ammattiliitto ry*): la Directiva 96/71/CE «no ha armonizado el contenido material de esas normas imperativas de protección mínima, aunque proporciona cierta información al respecto» (apartado 31).

³ Así, STJUE de 3 de diciembre de 2014 (asunto C-315/13, *De Clercq*), apartado 47, y STJUE de 7 de octubre de 2010 (asunto C-515/08, *Santos Palhota*), apartados 45 y 46.

(art. 6). La obligación de comunicación cuenta con especialidades en el caso de los desplazamientos efectuados por empresas para prestar servicios como contratistas o subcontratistas en el sector de la construcción. Tales especialidades aparecen en el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

Obviamente, el carácter instrumental o accesorio del cumplimiento de la obligación empresarial de garantizar la protección sustantiva ya conocida es compartido con las competencias administrativas a cargo de los Estados relativas al control (inspección y sanción) de esa misma obligación, a la cooperación de sus Administraciones Públicas, entre sí y con la Comisión, y a la facilitación del acceso a la información sobre las condiciones de trabajo y empleo a garantizar a los trabajadores desplazados. Pues bien, sin perjuicio del expresado objetivo común, las dos obligaciones de que se trata facilitan, asimismo, el ejercicio de esas competencias administrativas. En particular, constituyen medidas apropiadas para el eficaz ejercicio de la competencia administrativa de control que corresponde a España en relación con la protección sustantiva que implanta la Directiva y traspone la LDT. La consecución de tal objetivo pasa por el cumplimiento de las dos obligaciones; en este sentido, complemento adecuado de su adopción es la tipificación del incumplimiento de cualquiera de ellas como infracción administrativa sancionable, lo cual, dicho sea de paso, también encaja en la transposición de la Directiva 96/71/CE y, en concreto, en las «medidas oportunas» que el párrafo primero de su art. 5 ordena establecer a los Estados para el caso de incumplimiento de la normativa interna sobre desplazamiento temporal de trabajadores.

2. EL TRATAMIENTO DE LA MATERIA POR LA DIRECTIVA 2014/67/UE

La libertad de los Estados para recurrir al tipo de obligaciones accesorias contemplado nunca ha sido absoluta. En el pasado, cuando no había disposición normativa europea

previéndolas de forma expresa y haciéndolas objeto de armonización, cualquier regulación nacional adoptándolas y, por lo tanto, la contenida en la LDT, ha estado sometida al límite esencial, de aplicación recordada con reiteración por el Tribunal de Justicia, de su carácter justificado, adecuado al objetivo perseguido y proporcionado (que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el aludido objetivo), todo ello a determinar desde la perspectiva de su necesaria compatibilidad con las exigencias de la libre prestación de servicios y, en general, con el Derecho de la Unión. Ese límite ha experimentado un reforzamiento con la promulgación de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del sistema de información del mercado interior («Reglamento IMI»). El reforzamiento viene dado por la incorporación del límite al texto de la Directiva, con ocasión del tratamiento que dedica a los «requisitos administrativos y medidas de control» que pueden aplicar los Estados miembros a las empresas que desplacen trabajadores a su territorio. Tiene lugar en el art. 9.1, según el cual «los Estados miembros sólo podrán imponer los requisitos administrativos y las medidas de control que sean necesarios para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones que contemplan la presente Directiva y la Directiva 96/71/CE, siempre que estén justificados y sean proporcionados de conformidad con el Derecho de la Unión».

A la formulación de la obligada observancia del límite por las legislaciones nacionales sigue, en el propio art. 9.1, una identificación y definición de requisitos u obligaciones de naturaleza administrativa que pueden implantar aquéllas, la cual, además de presentarse ajustada al expresado límite, acusa la influencia de los criterios mantenidos por el Tribunal de Justicia al enjuiciar con arreglo

a él algunos de los requisitos administrativos aplicados por los Estados miembros, así como la influencia de la posición mantenida por la Comisión, a la luz de esos mismos criterios, en relación con las que constituyen, a su juicio, buenas prácticas nacionales sobre obligaciones administrativas. Hay coincidencia sustancial entre la definición de obligaciones administrativas que proporciona la Directiva y las que la Comisión había calificado en el pasado de buenas prácticas nacionales⁴.

Esa identificación y definición de requisitos representa un importante cambio respecto de las previsiones de la Directiva 96/71/CE relativas a la efectividad de la garantía o protección sustantiva que diseña en favor del trabajador desplazado. De la ausencia de toda predeterminación de las obligaciones o requisitos que pueden y hasta deben adoptar las legislaciones nacionales y, por lo tanto, de la inexistencia de disposiciones armonizadas sobre el particular se pasa a una precisión de cuáles pueden ser los aludidos requisitos acompañada de ciertas pautas que delimitan el margen de maniobra de las legislaciones nacionales a la hora de regular los que estimen conveniente adoptar. En la intervención que realiza en esta materia la nueva Directiva aparecen elementos que recuerdan a los que son propios de la armonización legislativa; aparecen reglas que procuran que las normas nacionales sobre las obligaciones accesorias examinadas, aun siendo distintas, produzcan resultados equivalentes. Ahora bien, no toda la regulación es de esa naturaleza. Hay apartados del citado art. 9 (el 2, el 3 y el 5) que incorporan prescripciones de contenido suficientemente claro, preciso e incondicional o, si

⁴ Así, Comunicación de la Comisión sobre *Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, COM (2206) 0159 final (apartado 2), de 4 de abril de 2006. También Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre *Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: Sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores*, COM (2007), 304 final, de 13 de junio de 2007.

se prefiere, autosuficiente desde el punto de vista normativo y sin huecos que dejen a los Estados miembros espacio para optar entre diversas formas de cumplimiento; también aparecen prescripciones sobre determinadas actuaciones que debe desplegar la Comisión. Ambos tipos de prescripciones corresponden a una intervención de unificación normativa⁵.

La lista de obligaciones abiertas a su utilización por las legislaciones nacionales, contenida, según se indicó, en el art. 9.1 de la Directiva 2014/67/UE, no es cerrada. Consciente de la posibilidad de que lleguen a concurrir situaciones o circunstancias que hagan que las obligaciones que tipifica resulten insuficientes o ineficaces, la Directiva autoriza a los Estados miembros a «imponer otros requisitos administrativos y medidas de control» siempre que respeten el ya señalado límite del carácter justificado y proporcionado de conformidad con el Derecho de la Unión (art. 9.2).

Todas las obligaciones accesorias que establezca un Estado, tanto si coinciden con las típicas como si forman parte de las que cabe adoptar a mayores de acuerdo con la que se acaba de indicar, habrán de ser comunicadas a la Comisión, a la que compete su control y la evaluación de su conformidad con la legislación de la Unión, así como el comunicarlas, a su vez, a los demás Estados miembros (art. 9.5). Según aclara la propia Directiva (considerando 26 de su exposición de motivos), la expresada comunicación a la Comisión no constituye un procedimiento de autorización *ex ante*. En fin, sobre cada Estado también pesa la carga de que las empresas prestadoras de servicios tengan conocimiento de las referidas obligaciones y puedan cumplirlas «de forma sencilla y, en la medida de lo posible, a distancia y por medios electrónicos» (art. 9.4); lo primero requiere la facilitación de la oportu-

⁵ Sobre esta técnica de intervención normativa de la Unión Europea y su empleo en materia social véase J. GÁRATE CASTRO: *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2010), págs. 7 y sigs.

tuna información a través de «un único sitio web nacional, en la lengua o lenguas» que el Estado «considere más relevantes» (de nuevo, art. 9.5).

El catálogo de medidas u obligaciones típicas⁶, susceptibles de ser impuestas por la legislación de un Estado a los empresarios establecidos en otro Estado que desplacen temporalmente trabajadores al territorio del primero, es el siguiente:

- 1) La designación de una persona (física o jurídica) que sirva de enlace con las autoridades competentes del Estado de destino⁷ y, en ejercicio de tal función, «envíe o reciba documentación o notificaciones, de ser necesario» [art. 9.1, letra e)]. Por los cometidos que asume el designado, parece que cabría pedir su permanencia (residencia) en dicho Estado, aunque entonces la compatibilidad del requisito con las exigencias de la libre prestación de servicios precisaría considerar suficiente, según ha señalado el Tribunal de Justicia, que aquél pueda ser uno de los trabajadores desplazados⁸.
- 2) «La designación de una persona de contacto, si es necesario, que actúe como representante a través del cual los interlocutores sociales puedan intentar que el prestador de servicios participe en negociaciones colectivas» en el Estado miembro de acogida «durante el período en que se presten los servicios». La persona designada podrá ser distinta de la que actúe como enlace y, aun-

que su presencia en el referido Estado no tenga que ser permanente, habrá de «estar disponible previa solicitud razonada y justificada» [art. 9.1, letra f)].

- 3) La presentación de una declaración simple a la autoridad nacional competente conteniendo la información «pertinente necesaria para posibilitar los controles materiales en el lugar de trabajo» y, en particular: la «identidad del prestador de servicios» (de la empresa de los trabajadores desplazados temporalmente), el número de trabajadores que se prevé desplazar y la identificación clara de éstos, las personas designadas para cubrir los cometidos de enlace y de contacto a los que se ha hecho referencia, la duración prevista del desplazamiento y fechas igualmente previstas de su comienzo y finalización, la dirección del lugar de trabajo y la «naturaleza de los servicios que justifican el desplazamiento». La presentación podrá tener lugar, «a más tardar», cuando comience la prestación del servicio y se hará «en la lengua o una de las lenguas oficiales» del Estado de destino o en «otra u otras lenguas aceptadas» por él [art. 9.1, letra a)].
- 4) La conservación durante el desplazamiento, en papel o en formato electrónico, «en un lugar accesible y claramente identificado» del territorio del Estado de destino, a disposición de las autoridades competentes de dicho Estado, de copia del contrato de trabajo o documento equivalente (el que incorpore la información sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y deba ser entregado a los trabajadores en cumplimiento de la normativa de transposición de la Directiva 91/533/CE; tanto la información ordinaria o general que señala el art. 2 de dicha Directiva como, «cuando sea adecuado o pertinente», la información adicional de la que trata su art. 4, referida al «trabajador expa-

⁶ Integrantes del «marco común» de «disposiciones, medidas y mecanismos de control apropiados» que se juzgan necesarios «para una mejor y más uniforme transposición, aplicación y cumplimiento en la práctica de la Directiva 96/71/CE» (art. 1.1 de la Directiva 2014/67/UE).

⁷ Las que en dicho Estado tengan atribuido el desempeño de las funciones establecidas tanto en la Directiva 2014/67/UE como en la Directiva 96/71/CE [art. 2.a) de la primera de ellas].

⁸ Sentencia de 19 de junio de 2008 (asunto C-319/06, *Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*), apartados 91 y 94.

triado»). También de las nóminas, las fichas con los horarios que indiquen el comienzo, el final y la duración del trabajo diario, los comprobantes del pago de salarios o copias de los documentos equivalentes. Por lo que concierne a la determinación del lugar accesible e identificado en el que se debe conservar la documentación, entre las posibilidades con que cuentan los Estados figura el establecer que ésta se encuentre disponible en el «lugar de trabajo», a «pie de obra o, en el caso de los trabajadores móviles del sector de transporte, [en] la base de operaciones o el vehículo en el que se preste el servicio» [art. 9.1, letra b)]. La influencia de la STJCE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade y Leloup*) en la definición de la medida es notoria⁹.

- 5) La entrega, «en un plazo razonable», de la anterior documentación, «una vez concluido el desplazamiento» y a petición de las autoridades del Estado de destino [art. 9.1, letra c)].
- 6) El proporcionar una traducción de la referida documentación «a la lengua o una de las lenguas oficiales» del Estado de destino o «a otra u otras lenguas aceptadas» por él [art. 9.1, letra d)].

Como se aprecia, en la configuración de las obligaciones es frecuente el uso de conceptos jurídicos indeterminados («información pertinente necesaria», conservación y puesta a disposición de los documentos con la información adicional que pide la Directiva 91/533/CEE «cuando sea adecuado o pertinente», entrega de la documentación «en un plazo razonable»,

⁹ De esa sentencia (apartados 61, 62, 68, 74 y 80) se toman la referencia a la conservación y puesta a disposición de la documentación que contenga la información sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, a la que tienen derecho los trabajadores según la Directiva 91/533/CEE, y las expresiones «a pie de obra» y «lugar accesible y claramente identificado».

«lugar accesible», designación de «una persona de contacto, si es necesario» y que estará disponible «previa solicitud razonable y justificada», etc.). Por descontado, cabe que las legislaciones nacionales de transposición acoten la amplitud de tales conceptos; sin embargo, su intervención al respecto habrá de cumplir con el consabido límite de su carácter justificado y proporcionado de conformidad con el Derecho de la Unión. Por lo demás, aunque esas mismas legislaciones puedan introducir otras obligaciones, la tipicidad de las descritas, que cuentan con la ventaja de la seguridad de su ajuste a las exigencias del aquel límite, facilita o propicia su adopción y disminuye el riesgo de que la regulación nacional no supere la evaluación de su conformidad a la legislación de la Unión, tanto por la Comisión como, en su caso, por el Tribunal de Justicia. Cuantos más matices o elementos no contemplados por la Directiva introduzca la regulación nacional mayor es el riesgo de que ésta no supere la referida evaluación.

Volviendo sobre la declaración simple [art. 9.1.a)], no cabe entender que su presentación en plazo agote la correspondiente obligación. Como precisa la exposición de motivos de la Directiva (considerando 25), la obligación también incluye la comunicación, «sin demora injustificada», de «cualquier cambio importante de la información» facilitada en su momento.

3. EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA 2014/67/UE Y DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

3.1. General

El hecho de que España no haya procedido todavía a la transposición de la Directiva 2014/67/UE¹⁰ conduce a que nuestro Derecho interno tenga que pasar a ser interpretado, llegado el caso, de modo compatible

¹⁰ El plazo de transposición, fijado en el art. 23.1 de la Directiva, concluyó el 18 de junio de 2016.

con los contenidos y objetivos de ésta (con su letra y finalidad), como exige la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia para los supuestos de transposición tardía¹¹. Con todo, la necesidad de esa interpretación conforme no es general. No alcanza a cuantos preceptos del Derecho español afecten a las obligaciones administrativas a cargo del empresario que desplace trabajadores a España; es decir, además de a los arts. 5 y 6 de la LDT, a los preceptos concomitantes contenidos en otros textos normativos y, en concreto, al art. 10 de la LISOS y a la disposición adicional primera del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, de desarrollo de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

El examen detenido de los anteriores preceptos revela un amplio grado de adecuación de su contenido tanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la materia, cuya influencia se deja notar en la regulación que proporciona la Directiva 2014/67/UE, como a los requisitos o medios de control que ésta abre a su posible adopción por las legislaciones nacionales y los términos con que los define. Hasta cabe mantener que la regulación española constituye una forma de transposición suficiente de lo dispuesto en el art. 9.1 de la Directiva; con más precisión, una forma de transposición suficiente en lo que concierne a la definición de las obligaciones adoptadas. Sólo sería necesaria la incorporación de algún precepto estableciendo, en el sentido que pide

el art. 9.4 de la Directiva¹², las modalidades de cumplimiento de la comunicación del desplazamiento y de comparecencia y aportación de documentación.

Cosa distinta es que las obligaciones definidas sean suficientes y que los términos con que se definen, aun encajando en lo previsto por la Directiva, sean suficientes. A mi juicio, no lo son ni unas ni otros; son exiguas aquellas y son exiguos éstos. La transposición debería valorar la conveniencia de incorporar algunas de las otras posibles obligaciones que contempla la Directiva y precisar más y mejor, dentro de lo consentido por ella, tanto la obligación de comunicación del desplazamiento como, sobre todo, la de comparecencia y aportación de documentación, formulada en términos excesivamente amplios. Muchas de las dudas que podía haber al respecto en 1999, cuando se promulga la LDT, han desaparecido con las posteriores sentencias del Tribunal de Justicia sobre la materia y con la Directiva 2014/67/UE. En particular, además de atender al tipo de sugerencias que en los apartados que siguen hago sobre las dos obligaciones, podría ser conveniente disponer la designación de una persona que se encargue de la presentación de documentos ante la autoridad administrativa competente y de la recepción de documentos y notificaciones procedentes de dicha autoridad. También el disponer la designación de un representante con poder y disponibilidad suficientes para participar en los procesos de negociación colectiva que se puedan promover durante el desplazamiento.

Probablemente, no es preciso llegar al muy alto grado de exigencias y minuciosidad que caracteriza la transposición francesa del art. 9 de la Directiva 2014/67/UE, calificable de muy reglamentista y presidida por la idea de procu-

¹¹ Entre otras, en la sentencia de 4 de julio de 2006 [asunto C-212/04, *Adeneler*, apartado 124 y fallo 4]: «En el supuesto de adaptación tardía del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate a una Directiva cuyas disposiciones pertinentes carecen de efecto directo, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva, a interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva».

¹² Según el cual «los Estados miembros garantizarán que las empresas puedan cumplir de forma sencilla y, en la medida de lo posible, a distancia y por medios electrónicos, los procedimientos y formalidades relacionados con el desplazamiento de trabajadores».

rar un amplio y eficaz control¹³. Quizás tampoco habría que quedarse en el grado de escasa exigencia y minuciosidad de la transposición italiana, construida en gran medida sobre la reproducción de los términos del art. 9.1 de la citada Directiva y, por lo tanto, calificable, en este punto, de cómoda, poco ambiciosa y, en definitiva, perezosa¹⁴.

3.2. Comunicación del desplazamiento

La regulación española guarda correspondencia con la letra a) del apartado 1 y con los apartados 2, 3 y 4 del art. 9 de la Directiva 2014/67/UE.

Dispone el art. 5.1 de la LDT que «el empresario que desplace trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberá comunicar el desplazamiento, *antes de su inicio* y con independencia de su duración, a la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios»¹⁵. La obligación

sólo conoce una excepción, establecida en el apartado 3 del artículo, según el cual aquella no será exigible en los desplazamientos donde la propia LDT reduce, atendiendo a su causa (cumplimiento de encargos comprendidos en la contratación y subcontratación transnacional de obras o servicios o prestación de la actividad laboral en un centro de la misma empresa o en otra empresa del grupo del que la primera forme parte) y, principalmente, a su duración (no superior a ocho días), las condiciones de trabajo garantizadas ordinariamente; esto es, los desplazamientos mencionados en su art. 3.3.

A falta de cualquier precisión al respecto y de transposición de la Directiva 2014/67/UE, la interpretación conforme a ésta de la LDT obliga a entender que la comunicación se podrá realizar por cualesquiera medios, incluidos los electrónicos y telemáticos¹⁶, compatibles con su necesaria forma documental y que permita dejar constancia de haber tenido lugar aquella antes del inicio del desplazamiento. Asimismo, hasta habría que admitir que la empresa obligada a la comunicación pueda utilizar la lengua del Estado donde esté establecida, tomando el silencio de la LDT como una aceptación de tal posibilidad, en el sentido del art. 9.1.a) de la Directiva. En cuanto a la autoridad laboral a la que corresponde la recepción de la comunicación, es, sin duda, la que tenga encomendada las competencias de ejecución de la legislación laboral en la Comunidad Autónoma donde los desplazados vayan a prestar su actividad.

¹³ La mencionada transposición se produjo a través de la modificación de los artículos del *Code du Travail* sobre desplazamientos de trabajadores llevada a cabo por el capítulo primero del Decreto n° 2015-364, de 30 de marzo de 2015, sobre la lucha contra los fraudes en el desplazamiento de trabajadores y la lucha contra el trabajo ilegal (*Journal Officiel* n° 0076 de 31 de marzo de 2015). Hasta ese momento, la regulación francesa de dichos desplazamientos, transposición de la Directiva 96/71/CE, ya era muy reglamentista, minuciosa y exigente; la reforma de dicha regulación para transponer la Directiva 2014/67/UE no ha hecho más que reforzar tales características.

¹⁴ Realiza la mencionada transposición el art. 10 del decreto legislativo de 17 de julio de 2016, n. 136 (*Gazzetta Ufficiale*, serie generale, n. 169 de 21 de julio de 2016). De las sanciones administrativas (multas) por incumplimiento de las obligaciones establecidas se ocupa el art. 12 del citado texto legal. Dando cumplimiento a lo previsto en el apartado 2 de su art. 10, el decreto de 10 de agosto de 2016 (*Gazzetta Ufficiale*, serie generale, n. 252 de 27 de octubre de 2016), del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, procedió a definir las formas de cumplimiento de las aludidas obligaciones de comunicación.

¹⁵ La exigencia de que la comunicación sea previa al desplazamiento no constituye, por sí misma, una restricción inaceptable de la libre prestación de servicios, como recuerda la STJUE de 3 de diciembre de 2014 (*De Clercq*), cit., apartado 71 («procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado

que imponer a un empleador establecido en otro Estado miembro la obligación de notificar previamente a las autoridades del Estado miembro de acogida el desplazamiento de uno o varios trabajadores por cuenta ajena, la duración prevista de la estancia de éstos, y la prestación o las prestaciones de servicios que justifican tal desplazamiento constituye una medida eficaz y proporcionada, que permite a dichas autoridades, por una parte, controlar el cumplimiento de la normativa social y salarial del Estado miembro de acogida durante el período del desplazamiento teniendo en cuenta las obligaciones que ya impone al empleador la normativa social aplicable en el Estado miembro de origen y, por otra parte, luchar contra el fraude»).

¹⁶ «En la medida de lo posible» (art. 9.4 de la Directiva).

El contenido de la comunicación, también fijado por el art. 5 (apartados 2 y 4), habrá de extenderse a los datos relativos:

1) A la empresa que la realiza (su identificación, domicilio fiscal y número de identificación a efectos del impuesto sobre el valor añadido).

2) A los trabajadores desplazados (los datos personales y profesionales de cada uno).

3) A las características del desplazamiento y, en concreto, su fecha de inicio, su duración prevista, la identificación de la empresa o de las empresas y, en su caso, del centro o de los centros de trabajo donde los desplazados prestarán su trabajo y el tipo de prestación de servicios que determine aquél (a qué supuesto corresponde dentro de los previstos por el art. 2.1.1.º de la LDT: si es el propio de una contrata o subcontrata de obras o servicios, si se trata de un caso de movilidad dentro de la empresa o a otra empresa del grupo o, en fin, si consiste en la cesión de trabajadores en virtud de un contrato de puesta a disposición).

A mayores, deberá incluir, cuando el desplazamiento lo realice una empresa de trabajo temporal para poner a sus trabajadores a disposición de una empresa usuaria:

1) La acreditación de que aquélla reúne los requisitos que exige la legislación del Estado donde se encuentre establecida para realizar la actividad de cesión de trabajadores¹⁷.

2) La precisión de las necesidades temporales de mano de obra que la empresa usuaria trate de satisfacer con el contrato de puesta a disposición, con indicación del supuesto del art. 6.2 de la LETT al que corresponda éste.

Nada se indica acerca de la necesidad de poner en conocimiento de la autoridad laboral competente las variaciones que experimenten los datos objeto de la comunicación. Esa obligación y el plazo para cumplirla, igual que la

determinación de la lengua o de las lenguas utilizables tanto para informar de las referidas variaciones como para realizar la comunicación inicial, previa al desplazamiento, constituyen aspectos que deberían ser objeto de atención por la transposición de la Directiva. También la posibilidad de que algunos de los trabajadores desplazados pertenezcan a Estados que no son miembros de la Unión Europea ni firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y la exigencia, en tal caso, de una declaración de que se encuentran en situación regular en el Estado miembro donde tenga su establecimiento la empresa prestadora del servicio¹⁸.

Vista la posición mantenida por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 19 de junio de 2008, cit. (*Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*), que consideró incompatible con el Derecho de la Unión (con el entonces art. 49 del TCE, al que corresponde el art. 56 del TFUE) la imposición, por la normativa luxemburguesa de transposición de la Directiva 96/71/CE, de una también comunicación o declaración previa del desplazamiento de contenido similar al ordinario o general que figura en el art. 5.2 de la LDT¹⁹, cabría apreciar que existen motivos para sospechar que aquél pudiera mantener la misma conclusión si el precepto cuestionado resultase ser el que acabo de indicar. A mi juicio, una importante diferencia entre la LDT y la normativa luxemburguesa permite ser optimista respecto a la conformidad del art. 5.2 de la LDT al Derecho de la Unión. La redacción de este precepto es precisa respecto de los datos que debe facilitar a la Administración laboral española el empresario que desplace trabajadores a España;

¹⁸ Sobre esta exigencia y su compatibilidad con la libre prestación de servicios, véase STJCE de 21 de octubre de 2004 (asunto C-445/03; *Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo*), apartado 46. Sobre las condiciones de entrada, permanencia y realización de un trabajo en España por parte de los referidos trabajadores, véase J. GÁRATE CASTRO: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), págs. 130-137).

¹⁹ Véanse apartados 6 y 75 y sigs. de la sentencia.

¹⁷ Cfr. art. 23, párrafo primero, de la LETT.

no se establece una relación de datos abierta, ambigua, de insuficiente claridad o construida principal o exclusivamente sobre conceptos jurídicos indeterminados, como sucedía en el caso de la normativa luxemburguesa, en la que se pedía que se aportasen, además de los expresamente relacionados en el correspondiente precepto (el art. 7.1 de la Ley de 20 de diciembre de 2002), similares a los que aparecen en el art. 5.2 de nuestra LDT, «la información esencial indispensable para la labor inspectora». Sin duda, tal aspecto forma parte de las «ambigüedades» y falta de claridad que la sentencia aquí comentada imputó a la normativa luxemburguesa («el alcance de los derechos y de las obligaciones» de las empresas que deseen desplazar trabajadores a Luxemburgo «no se deduce con precisión de la referida disposición»; apartado 81), las cuales condujeron a la declaración de la incompatibilidad de ésta con el entonces art. 49 TCE²⁰.

La autoridad laboral competente para recibir la comunicación pondrá ésta en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a los efectos oportunos (art. 5.5 de la LDT). En el caso de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tales efectos serán aquellos a los que se refiere el art. 8 de la LDT, relacionados con el ejercicio, por parte de la Inspección, de su función de «vigilancia y exigencia del cumplimiento» de dicha ley, con los que guarda relación la obligación impuesta por su art. 6, de la que doy cuenta en el siguiente apartado.

Repárese en que la previsión legal se limita a disponer la puesta en conocimiento de la

²⁰ «El Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE (...) en relación con (...) los artículos 49 TCE y 50 TCE (...) al establecer, en el artículo 7, apartado 1, de dicha Ley de 20 de diciembre de 2002, los requisitos relativos al acceso a las indicaciones esenciales indispensables para la labor inspectora por las autoridades nacionales competentes de una manera carente de la claridad necesaria para garantizar la seguridad jurídica de las empresas que deseen desplazar trabajadores a Luxemburgo».

comunicación. No contiene ningún elemento que permita mantener que la autoridad laboral haya de autorizar los desplazamientos objeto de aquélla, como sucedería, por ejemplo, si supeditase el comienzo de la actividad con los trabajadores desplazados a la recepción de la conformidad de dicha autoridad laboral sobre la suficiencia de la comunicación. La LDT huye de cualquier expresión que pueda servir de soporte a la posible apreciación de una exigencia directa o indirecta de autorización administrativa. El hecho de que no quepa apreciar que los términos empleados equivalen a la introducción de una autorización previa termina por eliminar, prácticamente, el peligro de que la comentada comunicación se pueda considerar contraria al Derecho de la Unión. Según ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal de Justicia, la sujeción de los desplazamientos a la concesión de una autorización previa constituye, con carácter general, una restricción injustificada de la libre prestación de servicios a efectos del art. 56 del TFUE; injustificada por desproporcionada desde el punto de vista de la intensidad de la aludida restricción, pues va más allá de lo necesario para garantizar la protección de los trabajadores desplazados, que, aunque constituye una razón imperiosa de interés general en atención a la cual puede resultar admisible la introducción de restricciones de la libre prestación de servicios, no consiente su consecución por medio de cualesquiera medidas, incluso adecuadas o eficaces para procurar la efectividad de aquella protección²¹. Para el Tribunal, el expresa-

²¹ Sentencia de 7 de octubre de 2010, cit. (*Santos Palhota*), en relación con la disposición del Derecho belga obligando a los empleadores que desplacen trabajadores a Bélgica a enviar a la inspección de trabajo por carta, correo electrónico o fax, con anterioridad al comienzo del periodo de ocupación de los aludidos trabajadores en territorio belga y sin ninguna excepción por razón de la posible celeridad que demande la prestación a realizar, una declaración de desplazamiento con objeto de permitir a aquélla certificar, en los cinco días hábiles siguientes a su recepción, ésta y la conformidad de la propia declaración, todo ello mediante la notificación de un número de registro al empleador, el cual no podrá comenzar el desplazamiento, aunque sea urgente, hasta que tenga lugar dicha

do objetivo –la protección de los trabajadores a través del control efectivo por parte del Estado de destino de que el empresario que desplaza respeta durante el desplazamiento la condiciones de trabajo y empleo resultantes de la observancia de la legislación nacional de transposición de la Directiva 96/71/CE– es alcanzable a través de una medida más proporcionada, como es una simple declaración previa de desplazamiento²².

La comunicación comentada no exige a la empresa prestadora del servicio de cumplir «cualesquiera otras obligaciones (...) de comunicación, información o declaración de actividades» que tengan como destinatarios a las Administraciones públicas y que aparezcan establecidas por otras disposiciones legales (art. 5.6 de la LDT). La sujeción a las aludidas obligaciones encontraría cobertura en los apartados 2 y 3 del art. 9 de la Directiva 2014/67/UE²³. De ellas forma parte, sin

notificación. No ofrece duda al Tribunal que «tal procedimiento reviste el carácter de un procedimiento de autorización administrativa» en la medida en que la notificación al empresario del número de registro de su declaración previa «debe preceder al desplazamiento de los trabajadores (...) y sólo se produce una vez que las autoridades nacionales han realizado un control de la conformidad» de esa declaración (apartado 34).

²² «Una declaración previa, en la medida en que permite controlar el respeto de la normativa social y salarial del Estado miembro de acogida durante el desplazamiento, constituye un medio más proporcionado para alcanzar ese objetivo que tal autorización o que un control previo» (sentencia últ. cit., apartado 53).

²³ De acuerdo con el primero de los citados apartados, «los Estados miembros podrán imponer otros requisitos administrativos y medidas de control cuando surjan situaciones o nuevos elementos que permitan suponer que los requisitos administrativos y medidas de control existentes resultan insuficientes o ineficaces para garantizar la supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones que contemplan la Directiva 96/71/CE y la presente Directiva, siempre que estén justificados y sean proporcionados». De acuerdo con el segundo, «nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las demás obligaciones derivadas de la legislación de la Unión, incluidas las derivadas de la Directiva 89/391/CEE del Consejo y del Reglamento (CE) nº 883/2004, o de las derivadas del Derecho nacional respecto de la protección o empleo de los trabajadores, siempre que estas últimas sean igualmente aplicables a las empresas establecidas en el Estado miembro de que se trate y estén justificadas y sean proporcionadas».

duda, las introducidas por la disposición adicional primera del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, de desarrollo de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, las cuales vienen a dotar de singularidad a la comunicación del desplazamiento a cargo de las empresas contratistas o subcontratistas que vayan a intervenir como tales en el proceso de subcontratación en el expresado sector²⁴. Los términos de la indicada singularidad pueden resumirse como sigue:

1) La primera comunicación de desplazamiento a realizar de acuerdo con el art. 5 de la LDT «tendrá el carácter de solicitud de inscripción» en el «registro de empresas acreditadas», necesaria para que cualquier empresa pueda ser contratada o subcontratada en España para trabajos de una obra de construcción²⁵. Además, esa solicitud, previa al inicio del proceso de intervención en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción²⁶, habrá de contener, como en cualquier otro supuesto²⁷, la acreditación de que la empresa reúne los «requisitos previstos en el artículo 4.2.a) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre». Puesto que el supuesto de hecho de la comentada disposición adicional primera presupone una contrata o subcontrata, se comprende que aquélla prevea, ajustándose al art. 5.3 de la LDT, que no será necesaria la inscripción, que es tanto como decir la comunicación previa del desplazamiento, cuando la duración de éste «no exceda de ocho días».

²⁴ Y, en concreto, en la ejecución de trabajos de «excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; [y] saneamiento» (art. 2 del Real Decreto cit.; cfr. anexo de la Directiva 96/71/CE).

²⁵ Cfr. arts. 4.2.b) y 6 de la Ley 32/2006. «La solicitud así formulada permitirá provisionalmente a la empresa intervenir en el proceso de subcontratación hasta la fecha de la inscripción o denegación» [disposición adicional primera, b) del Real Decreto 1109/2007].

²⁶ Cfr. art. 3.1 del Real Decreto 1109/2007.

²⁷ Cfr. art. 4.3 de la Ley 32/2006 y art. 4.2 del Real Decreto 1109/2007.

Lógicamente, si no es necesaria la inscripción tampoco lo será, por formar parte de ella, la acreditación de la observancia de los requisitos del art. 4.2.a) de la Ley 32/2006.

2) Una vez efectuada la preceptiva inscripción en el «registro de empresas acreditadas», las sucesivas comunicaciones previas de desplazamientos que resulten obligadas «deberán incluir, junto con los datos legalmente exigidos» (los del art. 5.2 de la LDT), el correspondiente «número de inscripción».

A mi juicio, no plantea problema de compatibilidad con las exigencias de la Directiva 2014/67/UE y la Directiva 96/71/CE (con su art. 1.4) y, a la postre, con la libre prestación de servicios y el Derecho de la Unión la forma particular en que las empresas contratistas o subcontratistas establecidas en otro Estado miembro o en Estado firmante del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo «acreditarán la observancia de los requisitos previstos en el artículo 4.2.a) de la Ley 32/2006». Cuando la disposición adicional primera, a) del Real Decreto 1109/2007 establece que tal acreditación se realizará mediante la aportación de la «documentación justificativa del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas nacionales de transposición de los artículos 7 y 12 de la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo» (Directiva «marco»), no está sometiendo a aquellas empresas a una carga más exigente que la que pesa sobre las empresas contratistas o subcontratistas establecidas en España o en Estado que no sea miembro de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo. La obligación que contiene el citado precepto es equivalente a la que pesa sobre este segundo grupo de empresas, a las cuales se les pide, además de una «declaración suscrita por su representante legal formulada ante el registro de empresas acreditadas»²⁸ y relativa al cum-

plimiento de los aludidos requisitos²⁹, la presentación de la «documentación acreditativa de que la empresa dispone de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y de que dispone de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales»³⁰.

3.3. Comparecencia administrativa y aportación de documentación

Los empresarios que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España y se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la LDT «deberán comparecer, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la oficina pública designada al efecto y aportar cuanta documentación les sea requerida para justificar el cumplimiento de aquella ley, «incluida la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa»³¹. El requerimiento encaja, con naturalidad en las facultades que atribuye a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social el

mente, si exigiera sólo la indicada declaración, que es el único requisito que contempla el precepto.

²⁹ Art. 4.2 del Real Decreto cit.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ La tenencia y aportación de dicha documentación se valora, además de como una medida «adecuada para permitir a las autoridades comprobar que, en relación con los trabajadores desplazados, se respetan las condiciones de trabajo enumeradas en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71 y, por lo tanto, para salvaguardar la protección de éstos», como una medida «proporcionada» desde la perspectiva de la consecución de tal protección. En suma, no se opone a las exigencias del Derecho de la Unión. Así, STJUE de 7 de octubre de 2010, cit. (*Santos Palhota*), apartados 58 y sigs. Termina declarando esta sentencia que «los artículos 56 TFUE y 57 TFUE no se oponen a la normativa de un Estado miembro que obliga a un empleador establecido en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al territorio del primer Estado a tener a disposición de las autoridades nacionales de éste, durante el período de desplazamiento, una copia de los documentos equivalentes a los documentos sociales o laborales exigidos por la legislación del primer Estado, así como a enviar dicha copia a estas autoridades al término de este período».

²⁸ Art. 4.3 de la Ley 32/2006. El problema de compatibilidad con las Directivas y el Derecho de la Unión existiría, cierta-

art. 13.3 de la LITSS³². Formaría parte de la actividad inspectora de comprobación, previa al procedimiento sancionador, regulada en los arts. 8 y 9 del reglamento general para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la seguridad social³³. Su incumplimiento es constitutivo de infracción sancionable por *obstrucción* a la labor inspectora³⁴.

Para comprender el alcance que merece hoy la obligación que ahora se examina, impuesta por el art. 6 de la LDT, es preciso atender a contenidos de los apartados 1, 2 y 4 del art. 9 de la Directiva 2014/67/UE; principalmente de la letra b) del primero de esos apartados. Aquella guarda correspondencia con tales contenidos. Sin perjuicio de ello, los términos en que se formula son bastante más amplios que los empleados por la Directiva al definir lo que asume como buena práctica nacional en materia de conservación y aportación de documentación por la empresa prestadora de servicios. Son, según he anticipado, excesivamente amplios; tan amplios como para dar cabida a entendimientos y prácticas que plantean serias dudas de acomodo a las exigencias de la libre prestación de servicios y de compatibilidad con ésta y con la citada Directiva. Algunos de los problemas de compatibilidad se pueden solventar a través de la ya indicada interpretación conforme. En cualquier caso, sería conveniente que se aprovechara la transposición de la Directiva para

presentar la obligación de un modo que cierre la posibilidad del apuntado tipo de entendimientos; también para apurar los contenidos de aquella relativos a dicha obligación.

A falta de cualquier determinación legal o reglamentaria, se sobreentiende que el plazo para el cumplimiento de la obligación será el que fije, en función de las circunstancias concurrentes, el propio requerimiento del Inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante. Aunque las aludidas circunstancias pueden justificar que varíe de un caso a otro, ha de tratarse, siempre, de un plazo calificable de «razonable», como pide la Directiva 2014/67/UE en relación con el plazo para la entrega de documentos una vez concluido el desplazamiento [art. 9.1, letra c)]. Desde luego, el hecho de que el requerimiento se produzca durante el desplazamiento y en el curso de una visita al lugar de trabajo de los trabajadores desplazados puede hacer razonable, incluso, la exigencia de aportación inmediata de los documentos que estén disponibles en éste; ahora bien, los efectos prácticos de tal exigencia pueden ser, hoy en día, muy limitados, pues la LDT no obliga a conservar documento alguno en dicho lugar. La trasposición de la Directiva podría muy bien determinar, siguiendo las pautas ofrecidas por su art. 9.1.b), los documentos afectados por esa exigencia de aportación inmediata. Una determinación como la propuesta permitiría conocer con certeza cuando la obstrucción a la labor inspectora definida por el retraso en la facilitación de los documentos requeridos es merecedora de la consideración de infracción grave por referirse a una actuación solicitada en el curso de una visita de inspección y a «documentos o información que deban obrar o facilitarse en el centro de trabajo»³⁵. Sin la previa determinación de los documentos que se deben conservar en el lugar de trabajo donde presta sus servicios el trabajador desplazado no es fácil ni seguro la apreciación de la indicada infracción grave.

³² De acuerdo con el citado precepto, en el ejercicio de sus funciones, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social están autorizados para «proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen, reconstrucción o prueba que consideren necesario» para vigilar y exigir el cumplimiento de la legislación de orden social y, «en particular», para: «a) Requerir información (...) al empresario (...) sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales (...)» y «b) exigir la comparecencia del empresario o de sus representantes (...) en las oficinas públicas designadas por el inspector actuante». Cfr. art. 21.1 de igual Ley, así como art. 15.1.b) del reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 febrero.

³³ Aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 mayo.

³⁴ Véase *infra*, apartado 3.4.2.

³⁵ Art. 50.2 de la LISOS en relación con el apartado 3.a) de igual artículo.

También a falta de toda previsión al respecto, se sobreentiende que la obligación puede ser cumplida personalmente o por medio de representante, el cual no es necesario que resida en España. Cabe, pues, que el requerimiento se tenga que hacer llegar al domicilio de la empresa en el Estado de establecimiento. Incluso habría que ofrecer y admitir, en la medida de lo posible, que la comparecencia para atender el requerimiento no precise el desplazamiento del empresario o de su representante hasta la sede de la oficina pública designada y se pueda hacer a distancia, mediante la aportación de la documentación solicitada por medios electrónicos. Así lo pide una interpretación conforme a la Directiva 2014/67/UE; a su art. 9.4. No estaría de más que la apuntada transposición de ésta completara la definición de la obligación añadiendo una mención expresa a esa posible forma de cumplimiento³⁶ y sus excepciones y exigiendo al empresario la designación, en la propia comunicación administrativa del desplazamiento, de una persona para hacer de enlace con la Administración laboral española y recibir y atender el requerimiento. Si se llegara a entender oportuna la referida exigencia, habría que tener en cuenta que no cabría imponer la residencia en España del designado salvo que concurran circunstancias que evidencien que la observancia de semejante requisito no persigue la mera y general facilitación de la labor inspectora y resulta imprescindible para el aseguramiento de la eficacia de dicha labor³⁷. Lo importante es contar con la identificación clara de la persona llamada a atender el requerimiento y su localización y disponibilidad. Puede hacer las

veces de persona designada o representante uno de los trabajadores desplazados³⁸.

Por lo que respecta a los documentos cuya aportación se puede requerir, los únicos que cuentan con identificación expresa son los relativos a la válida constitución de la empresa, cuya exigencia no presenta, por sí misma, problemas de compatibilidad con la Directiva y la libre prestación de servicios. Tales documentos proporcionan, sin duda, relevantes elementos fácticos a evaluar por la autoridad competente para cumplir la función, encomendada en el art. 4 de la Directiva, de determinar si el desplazamiento es real y prevenir abusos y fraudes. Los demás documentos susceptibles de ser requeridos no son objeto de directa determinación legal o reglamentaria³⁹, ni siquiera por vía de ejemplo. Lo único que se pide es que esos otros documentos se presenten necesarios para «justificar el cumplimiento» de la LDT. Por hoy, tales documentos vienen a ser los que decida en cada caso la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en función del mayor o menor rigor con que llegue a apreciar el cumplimiento de la expresada finalidad. La regulación española sobre desplazamientos transnacionales ha renunciado a dar pautas adicionales al respecto y confía en que los criterios seguidos por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social sean siempre acertados y no conduzcan a requerir documentos de discutible conexión con la justificación del cumplimiento de la LDT o de exigencia cuestionable por presentar ésta elementos que arrojen importantes dudas sobre su carácter justificado, adecuado y proporcionado desde el punto de vista de la limitación que suponga para la libre prestación de servicios.

Dando por hecho que la experiencia ganada desde la promulgación de la LDT habrá

³⁶ O, al menos, a la aplicación, a efectos de cumplimiento de la obligación, de la regla general que establece el art. 18.3 de la LITSS, según el cual «la colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se llevará a efecto, preferentemente, por medios electrónicos».

³⁷ Así se desprende de la posición mantenida por el Tribunal de Justicia al enjuiciar la cuestión de la imposición de la residencia del representante en el Estado de desplazamiento. Cfr. sentencias, cit., de 19 de junio de 2008 (*Comisión c. el Gran Ducado de Luxemburgo*, apartados 90 y sigs.) y de 23 de noviembre de 1999 (*Arblade y Leloup*, apartado 76).

³⁸ Así, STJCE de 19 de junio de 2008, cit. (apartados 91 y 94).

³⁹ El Gobierno podría haber procedido a realizar una determinación reglamentaria haciendo uso de las facultades de aplicación y desarrollo de la LDT, previstas en la disposición final segunda de ésta.

permitido identificar los documentos que se revelan útiles para la labor de comprobación de la regularidad de los desplazamientos y la correcta aplicación de la protección que otorga la LDT a los trabajadores desplazados, no parece que exista inconveniente en aprovechar aquélla para incorporar a la regulación de la obligación aquí comentada una relación de los aludidos documentos en la que no falten los más importantes, que coincidirán, probablemente, al menos en parte, con los que incluye la letra b) del art. 9.1 de la Directiva. Si fuesen menos, la lista se podría completar con el resto de los que figuran en ese precepto.

La postulada modificación de la actual regulación de la obligación debería también tomar en consideración, teniendo en cuenta, de nuevo, las pautas de la Directiva 2014/67/UE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la que éstas traen causa, en especial, el imprescindible carácter justificado, necesario y proporcionado, de conformidad con la libre prestación de servicios y el Derecho de la Unión, de los requisitos o medios de control que establezcan los Estados miembros⁴⁰:

1) Que no parece superfluo prever de forma expresa que la obligación de comparecencia y aportación de documentación pueda tener origen, en su caso, en un requerimiento efectuado una vez finalizado el desplazamiento. La medida se presenta particularmente útil en los desplazamientos de breve duración, en los que es más fácil que a su término la actividad de comprobación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no haya podido comenzar o apenas haya comenzado.

2) Que la imposición de la conservación y aportación de cualesquiera documentos no coincidentes con los que menciona la Directiva precisa que los coincidentes resulten insuficientes para realizar de forma eficaz la labor de comprobación de la que son instrumento.

3) Que la exigencia de que los documentos se conserven en España, en lugar accesible y claramente identificado, no puede ser general y ha de adaptarse a los avances o mejoras que experimente el sistema de cooperación e intercambio de información entre los Estados miembros⁴¹. Tales avances pueden y deben reducir los documentos sometidos a la exigencia. Ésta podría ir referida a los documentos que menciona la Directiva.

4) Que es difícilmente justificable y, por lo tanto, admisible la exigencia de la elaboración, en relación con los trabajadores desplazados y el período de desplazamiento, de otros documentos distintos y a mayores de los ya presentados y controlados por las autoridades competentes del Estado de establecimiento del prestador del servicio cuando estos últimos, aun guardando ciertas diferencias de forma y fondo con los primeros, respondan a finalidad similar y tengan un contenido que se muestre suficiente para el desarrollo de la función inspectora en España⁴², sobre todo si se puede acceder a ellos, sin dificultad, a tra-

⁴¹ Prevista en el art. 4 de la Directiva 96/71/CE y regulada, con mayor detalle, en el capítulo III de la Directiva 2014/67/UE.

⁴² En este sentido, STJCE de 23 de noviembre de 1999, cit. (*Arblade y Leloup*). Razona el Tribunal de Justicia que la elaboración del referido tipo de «documentos adicionales en el Estado miembro de acogida supone gastos y cargas administrativas y económicas adicionales para las empresas establecidas en otro Estado miembro, por lo que tales empresas no se encuentran en igualdad de condiciones con sus competidores establecidos en el Estado miembro de acogida» (apartado 58); por consiguiente, la imposición de aquella elaboración «constituye una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 59» del TCE (apartado 59), la cual «sólo puede estar justificada si es necesaria para proteger efectivamente y por los medios adecuados la razón imperiosa de interés general que constituye la protección social de los trabajadores» (apartado 60). Siempre según la misma sentencia, «el mero hecho de que existan algunas diferencias de forma o de fondo no puede justificar que se lleven dos grupos de documentos, unos con arreglo a la normativa del Estado miembro de establecimiento, y otros con arreglo a la del Estado miembro de acogida, si la información que contienen los documentos exigidos por la normativa del Estado miembro de establecimiento basta, en su conjunto, para permitir la labor inspectora necesaria en el Estado miembro de acogida» (apartado 64).

⁴⁰ Cfr. apartado 1, párrafo primero, y apartado 2 del art. 9 de la Directiva.

vés del sistema de cooperación e intercambio de información entre los Estados miembros.

5) Que estén o no finalmente identificados por la norma de transposición de la Directiva, sería conveniente disponer que la empresa haya de aportar los documentos requeridos con su traducción, como mínimo, a la lengua española. El silencio de la LDT al respecto puede conducir a la necesidad de admitir documentos en la lengua del Estado de establecimiento y, con ello, al retraso en la actividad de comprobación y a la propia eficacia de ésta.

3.4. Inspección y sanción

3.4.1. *Unas indicaciones sobre la función inspectora*

Despejando cualquier duda al respecto, dispone el art. 8 de la LDT que «corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la presente ley, desarrollando las funciones establecidas en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». Por descontado, la referencia ha de entenderse hecha, en la actualidad, a la LITSS, con cuyo art. 12.1.a).4º concuerda⁴³. Destinatarios de esa vigilancia y exigencia de cumplimiento, que se extiende a las obligaciones administrativas aquí examinadas, son los empresarios que realicen los desplazamientos, los cuales tienen la condición de sujetos responsables de las infracciones administrativas que al respecto tipifica la legislación española⁴⁴. Sin perjuicio de ello, cabe que durante el curso de su actuación sobre aquéllos la Inspección de Trabajo y Seguridad Social compruebe hechos que, aunque no entran en los sancionables con arreglo a nuestro Derecho, puedan serlo con arreglo a la legislación del Estado

⁴³ De acuerdo con el citado precepto, la función inspectora comprende la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las «normas en materia de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional».

⁴⁴ Cfr. art. 2.11 de la LISOS.

donde tengan su establecimiento. La situación aparece contemplada, en relación con las empresas establecidas en Estados miembros de la Unión Europea, en el art. 22.15 de la LITSS, según el cual, finalizada su actividad de comprobación, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá poner los aludidos hechos en conocimiento de «la autoridad competente del Estado Miembro de origen para que inicie el procedimiento sancionador, sin perjuicio de que pueda adoptar otras medidas que considere pertinentes».

3.4.2. *Infracciones y sanciones administrativas*

Los incumplimientos de las obligaciones contenidas en los arts. 5 y 6 de la LDT tienen la consideración de infracciones laborales sancionables administrativamente.

Comenzando por el incumplimiento de la comunicación del desplazamiento, su tipificación como infracción administrativa se contiene en el art. 10 de la LISOS, que la califica de leve, grave o muy grave según que aquel incumplimiento consista en simples defectos formales de la comunicación (art. 10.1), en la realización de ésta con posterioridad al inicio del desplazamiento (art. 10.2) o en la falta de cualquier comunicación o en la falsedad u ocultación de los datos comunicados (art. 10.3).

En cuanto al incumplimiento de la comparecencia y presentación de la documentación requerida, ya no es específico de la materia de desplazamientos temporales a España y queda comprendido dentro de la general tipificación como infracción administrativa de las *obstrucciones* a la labor inspectora, contenida en el art. 50 de la LISOS. El que la obstrucción provenga de una empresa que desplaza a sus trabajadores no la hace objeto de ninguna particularidad de tratamiento. Cualquier obstrucción por parte de la mencionada empresa, consista o no en el incumplimiento del requerimiento de comparecencia o de presentación de la documentación justificativa del cumplimien-

to de la LDT, constituirá infracción leve, grave o muy grave «según la naturaleza del deber de colaboración infringido y de la entidad y consecuencias de la acción u omisión obstructora sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» (art. 50.1 de la LISOS). De este modo, merecerá la calificación de infracción leve si supone «un mero retraso en el cumplimiento de las obligaciones de información, comunicación o comparecencia» [art. 50.3.a) de la LISOS]; grave, si perturba, retrasa o impide «el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos, tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social (...)» (art. 50.2, párrafo primero, de la LISOS); y muy grave si, por ejemplo, supone «reiteración en las conductas de obstrucción calificadas como graves» [art. 50.4.b) de la LISOS]. Se recuerda aquí la actual dificultad para considerar obstrucción constitutiva de infracción grave la falta de aportación de documentos requeridos en el curso de una visita de inspección cuando tales documentos «deban obrar o facilitarse en el centro de trabajo» [art. 50.3.b), inciso final, de la LISOS].

Por cierto, la tipificación como infracción administrativa sancionable del incumplimien-

to de las obligaciones instrumentales contempladas no cuenta con reflejo directo y expreso en la lista particularizada y no cerrada de sujetos responsables de la infracción que proporciona el art. 2 de la LISOS. Este precepto, aunque menciona, entre tales sujetos, a «los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa legal que regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», lo hace sólo «respecto de las condiciones de trabajo que deben garantizar a dichos trabajadores desplazados temporalmente a España». Puede sorprender que no se diga nada sobre la condición de sujetos responsables de estos mismos empresarios por la comisión de infracciones por incumplimientos de las obligaciones de los arts. 5 y 6 de la LDT. Con todo, el expresado silencio no tiene mayor trascendencia, pues no impide que se les pueda tener por sujetos responsables de las infracciones a las que se viene haciendo referencia. Su consideración de tales encuentra cobertura, sin más, en la definición general de sujetos responsables con la que comienza el art. 2 de la LISOS («son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente ley»).

RESUMEN

La regulación de las obligaciones administrativas examinadas, contenida en la Ley 45/1999, forma parte de la transposición que esta Ley hace de la Directiva 96/71/CE, con cuyo art. 5 guarda relación. Sucede, sin embargo, que la materia se ha visto afectada por la Directiva 2014/67/UE, que, a diferencia de la 96/71/CE, ofrece una determinación abierta de las obligaciones de ese tipo y de las pautas de su elección y establecimiento por las legislaciones nacionales. Ello conduce a que aquella regulación sea hoy insatisfactoria y precise ciertas modificaciones que la adapten a las previsiones de la nueva Directiva y, en definitiva, la transpongan de modo suficiente y eficiente. Es conveniente que tal transposición, que se produciría ya fuera de plazo, valore la conveniencia de incorporar otras medidas de control cuya posible introducción contempla la referida Directiva y precise mejor, dentro de lo permitido por ésta y teniendo en cuenta los criterios mantenidos por el Tribunal de Justicia, las dos obligaciones que aparecen en la Ley 45/1999. Ello es más necesario, si cabe, en relación con la obligación de comparecencia y aportación de documentación, definida en términos que cabría considerar que exceden de lo que la Directiva 2014/67/UE considera buena práctica nacional al respecto.

Palabras clave: Comunicación del desplazamiento transnacional de trabajadores, control administrativo del desplazamiento transnacional de trabajadores, desplazamiento transnacional y temporal de trabajadores, libre prestación de servicios, garantías de la protección sustantiva del trabajador desplazado temporalmente a España.

ABSTRACT

The regulation of administrative obligations that are examined is included in Law 45/1999 and is part of the transposition that this law does to Directive 96/71/EC, whose art. 5 relates. Nevertheless, this matter' has been affected by Directive 2014/67/EU, which unlike 96/71/EC, offers an open determination about this kind of obligations and the guidelines for its election and implementation by national legislations. This means that the referred regulation is unsatisfactory nowadays and needs some amendments to fit into the provisions of the new Directive and, all in all, is transposed in a sufficient and efficient way. It seems convenient that such transposition, which would happen after the deadline, considers the convenience of adding other kind of control measures whose potential introduction is already considered within the limits of the referred Directive and better defines both obligations that are included in Law 45/1999 as far as it is permitted by it and taking the criteria of the Court of Justice into account. This is even more necessary, if possible, in relation to the obligation of appearance in Court and submission of documentation, defined in terms that might surpass what the Directive 2014/67/EU considers as good national practice on this matter.

Keywords: Notification of transnational posting of workers, administrative control of transnational posting of workers, transnational and temporary posting of workers, free provision of services, guarantees of substantive protection of workers temporarily posted to Spain.s