



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2016-2017

**“LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA TRANSNACIONAL DE LOS
TRABAJADORES”**

“TRANSNATIONAL GEOGRAPHICAL MOBILITY OF WORKERS”

ALUMNA: Miriam García-Fraile del Álamo

DIRECTORA: Lourdes López Cumbre

Junio 2017

SUMARIO

Introducción.	1
1. La movilidad geográfica transnacional.	4
1.1 El desplazamiento y el traslado internacional.	5
1.2 La movilidad geográfica dentro de la Unión Europea.	10
1.2.1 Competencia judicial internacional.	10
1.2.2 Derecho aplicable al contrato de trabajo.	14
1.3 La movilidad geográfica fuera del territorio de la UE.	23
1.3.1 Competencia judicial internacional.	23
1.3.2 Derecho aplicable.	24
2. Los convenios colectivos: una dimensión internacional.	25
2.1 Introducción histórica.	25
2.2 La fijación de condiciones de trabajo a través de convenios.	29
3. Condiciones laborales de los trabajadores desplazados.	36
3.1 La regulación comunitaria.	36
3.2 La regulación nacional.	37
3.3 Núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima.	41
3.3.1. Comunicación previa.	42
3.3.2. El salario.	44
3.3.2.1 Cuantía mínima del salario.	44
3.3.2.2 Problemática del salario de origen.	46
3.3.2.3 Complementos salariales de desplazamiento.	49
- Plus de expatriación.	51
- Prima del país.	53
- Compensación diferente coste de vida.	54
- Modificación dietas.	55
3.3.2.4 Otros elementos retributivos.	57
- Abono de comidas.	59
- Gastos de alquiler o vivienda.	60

- Uso de vehículo de empresa.	63
- Los incentivos.	66
3.3.3 Igualdad y no discriminación.	67
3.3.3.1 Igualdad entre hombres y mujeres.	69
3.3.3.2 Igualdad salarial.	70
3.3.4 Referencia a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados por empresas de España.	73
4. El despido.	75
4.1 Extinción de la relación laboral por causas objetivas.	76
4.2 El plus de expatriación.	78
4.3 El salario adicional.	80
4.4 Salarios de tramitación.	83
5. Consecuencias del Brexit en materia laboral.	86
6. Conclusiones.	90
Bibliografía.	93

INTRODUCCION

El Trabajo Fin de Grado (en adelante TFG) consiste en la elaboración individual de un proyecto final, relativo a un tema concreto relacionado con un área de la titulación. El objetivo primordial del TFG, que justifica su realización, está orientado a la puesta en práctica de los distintos conocimientos y capacidades obtenidos a lo largo del Grado en Derecho y a la evaluación de tales competencias adquiridas. El TFG supone un trabajo de fondo en el que se desarrollan habilidades que en un futuro cercano, resultan útiles para el ejercicio de cualquier profesión relacionada con el área del Derecho. Así, me refiero a la formación de un razonamiento crítico, personal, la capacidad de análisis y resolución de problemas o la aptitud de gestionar y seleccionar la información.

En mi caso, elegí el tema de la movilidad geográfica transnacional de los trabajadores como objeto de estudio, ya que supone una temática de rigurosa actualidad y relevancia jurídica para el derecho del trabajo comunitario. No cabe duda de que la globalización ha supuesto entre otras muchas cosas, la expansión de las empresas a distintos Estados, hecho que lleva consigo la movilización de trabajadores y su gestión a nivel internacional.

El presente trabajo tiene como objetivo el estudio del proceso de expatriación tanto para la empresa como para el propio trabajador, analizando las circunstancias que pueden darse como fenómeno que crece y que los departamentos de Recursos Humanos se ven obligados a tratar con las dificultades que ello conlleva. Esta gestión de los recursos humanos a nivel global aparece como una realidad incipiente, cuya regulación se encuentra aún insuficiente y fragmentada tanto a nivel nacional como comunitario.

Tanto la crisis que hemos y estamos sufriendo como la creciente globalización económica que se ha generado en los últimos años, han llevado a grandes retos de cara a la rama del Derecho del Trabajo y de la seguridad social. Pues cuando una relación laboral entre empresario y trabajador acaba desarrollándose en distintos Estados Miembros, aparece el elemento internacional que hace surgir una importante problemática, como es el conflicto de normas reguladoras de la relación laboral presentes en los correspondientes ordenamientos jurídicos de ambos Estados. Este fenómeno de movilidad de trabajadores derivado del

desarrollo cada vez más elevado de actividades internacionales que implican un desplazamiento de trabajadores no deja de intensificarse en los últimos años.

Por lo que aquí interesa, el fenómeno de la movilidad no aparece siempre circunscrito al ámbito nacional, del lugar donde se encuentre establecida la empresa que desplaza a sus trabajadores en el momento en que decide descentralizar sus actividades. Así, en la Unión Europea, la libre prestación de servicios que rige en ella (artículos 56 y ss. Del TFUE) determina que pueden celebrarse contratos laborales con empresas cuya sede se encuentre en cualquier otro Estado miembro, o que siendo un contrato entre empresas establecidas en un mismo Estado miembro, puedan tener como objeto obras o servicios a realizar en país extranjero.

Obviamente, los problemas van a surgir cuando las condiciones de trabajo y empleo sean inferiores en el Estado de origen, pues sucede así que las empresas cuya sede se encuentra en dicho lugar, obtienen una ventaja competitiva. Sin embargo, vamos a poder observar que no estamos en la vía de consecución de una armonización de las condiciones laborales, por lo que a día de hoy, hemos de considerar suficiente al hecho de que los trabajadores desplazados van a poder disfrutar de determinadas condiciones de trabajo y empleo de acuerdo a la regulación del Estado de acogida donde hayan sido destinados a realizar su prestación de servicios transnacional, siempre que ésta les sea más favorable que lo establecido en su normativa de origen. Aunque ello parezca tener su parte negativa que viene a ser la desigualdad de condiciones de trabajo que se puede llegar a dar entre trabajadores que se encuentran en un mismo territorio, realizando un tipo similar de trabajo.

Así, en el presente trabajo, nos vamos a dedicar al estudio de los problemas técnico-jurídicos que pueden surgir a raíz de un desplazamiento transnacional, y su plasmación normativa en 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, así como en la ley 45/1999 que la transpone a nuestro ordenamiento jurídico nacional. Así, teniendo como base ambas normas, así como los diferentes convenios y reglamentos comunitarios reguladores de la competencia judicial internacional y el derecho

aplicable, nos dirigimos a explorar la problemática que sucede en nuestros días así como las oportunidades que presenta en un futuro la figura de la movilidad geográfica transnacional de trabajadores.

1. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA TRANSNACIONAL

La movilidad geográfica internacional aparece como la figura que encuadra las tres libertades básicas de la Unión Europea, como son las libertades de circulación de trabajadores, la libertad de prestación de servicio y la libertad de establecimiento.

La movilidad geográfica internacional de trabajadores como tal, es un concepto que no se encuentra específicamente regulado en una norma. Ha sido la doctrina la que ha ido modulando la noción que tenemos del desplazamiento que hace un trabajador a otro país con el propósito de realizar una prestación de servicios.

El estatuto de los trabajadores regula 3 instituciones jurídicas, como son la movilidad funcional (artículo 39), la movilidad geográfica (artículo 40) y la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo (artículo 41). Así, procede analizar la figura de la movilidad geográfica internacional partiendo de la base del artículo 40 TRLET. De esta manera, *CRUZ VILLALÓN*¹ establece que se ha de considerar la movilidad geográfica internacional de trabajadores como un supuesto de modificación obligacional, por cuanto los aspectos que mejor la definen son *“la esencia de la modificación obligacional: la idea de alteración, variación, (...) y la permanencia del vínculo existente entre ambas partes.”* En suma, lo fundamental a tener en cuenta a la hora del análisis de la movilidad geográfica internacional es que se produce una modificación locativa, pero el vínculo previo permanece, el contrato laboral que unía ambas partes se mantiene.

Así las cosas, Amparo M. Molina² alcanza una definición de la movilidad geográfica internacional, como *todo supuesto de movilidad transnacional en el empleo derivado de una modificación obligacional que altera, como mínimo, el lugar de trabajo sin afectar a la permanencia del vínculo contractual de origen en el marco de una situación privada internacional e virtud de la cual un trabajador presta servicios para su empresa en un tercer país.*

¹ CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*. Ministerio de trabajo y seguridad social. Madrid, 1983. Páginas 22 y ss.

² M. MOLINA MARTÍN, AMPARO. *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico laboral*. Navarra, 2010. Página 66.

Primeramente, para entender la figura del trabajador que es prestador de servicios en un país distinto de aquel en el que residía en origen, hemos de comenzar con la diferencia base, que reside entre la movilidad geográfica a un país de la Unión Europea y aquella que se realiza a países no miembros.

1.1 DESPLAZAMIENTO Y TRASLADO INTERNACIONAL

Para este estudio, es necesario partir de la base de que no existe actualmente un concepto jurídico a nivel comunitario de trabajador. En Concreto, como solución, la Directiva 96/71 determina que “el concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado Miembros en cuyo territorio el trabajador esté desplazado³”. En concreto, encontraríamos dicha definición en el artículo 1 de nuestro Estatuto de los trabajadores⁴.

El desplazamiento de un trabajador al extranjero no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico, igual que ocurría con la figura de la movilidad geográfica internacional. Sin embargo, nuestra normativa nacional prevé la figura del desplazamiento de trabajadores en el Estatuto de los trabajadores en su artículo 40.4, de manera que la jurisprudencia ha ido considerando en diversas ocasiones que este desplazamiento laboral incluye tanto a trabajadores cuyo destino es España, como aquellos que sean desplazados a otro país⁵.

Ahora bien, cuando estamos ante la figura del desplazamiento de un trabajador a nivel internacional, no podemos decir que el artículo 40.4 nos cubra todas las características para su regulación. En este sentido, AMPARO M. MOLINA MARTÍN⁶, aclara que, a diferencia de lo que indica dicho artículo para la movilidad geográfica nacional, cuando ocurre a nivel internacional, *no se define necesariamente en función de que la alteración locativa suponga simultáneamente el cambio de residencia del trabajador a localidad distinta de la de su domicilio familiar*. En definitiva, el cambio de domicilio no es

³ Artículo 2.2 de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo. de 16 de diciembre de 1996.

⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁵ Un ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Superior de Andalucía (sala de lo social) de 25 de septiembre de 1995, FD segundo (AS 1995, 3373).

⁶ M. MOLINA MARTÍN, AMPARO. Op. Cit. Página 69.

necesariamente un elemento principal de la movilidad geográfica internacional de trabajadores, sino que pasa a ser una variable que dependerá del lugar de residencia previo del trabajador y su distancia con el nuevo lugar donde prestará servicios.⁷

Ocurre que de nuevo, la ley deja sin clarificar cuando un cambio en el centro de trabajo implica un cambio de residencia del empleado. Aunque habrá que analizar cada caso concreto, parece lógico pensar que desde el momento en que el trabajador es desplazado a otra localidad a realizar su prestación de servicios, sea necesario el cambio de residencia, pero no siempre es así; el tribunal Superior de Justicia de Las Palmas⁸ indica que *será posible un cambio en el centro de trabajo de localidad diversa que no obligue a un cambio de residencia, cuando el centro de trabajo esté situado en un término municipal distinto, pero cercano*. Vemos pues como en este aspecto resulta fundamental el análisis individualizado de cada relación laboral, y como observa TOMÁS SALA FRANCO⁹, *entrarán en el análisis elementos tales como el cambio de localidad de centro de trabajo, la lejanía del nuevo centro de trabajo del domicilio del trabajador, los medios de transporte facilitados por la empresa*.

En suma, el desplazamiento de trabajadores al extranjero no se corresponde con el desplazamiento dispuesto en el artículo 40 del estatuto de los trabajadores, a pesar de ser ambos una manifestación de la movilidad geográfica en el ámbito laboral.

Sin embargo, sí que encontramos una norma comunitaria que contempla el desplazamiento de trabajadores, en concreto regula la prestación de servicios de carácter temporal de trabajadores en el extranjero. Se trata de la Directiva 96/71/CE de la que ya hemos hablado, y que fue traspuesta en España por medio de la ley 45/1999 de 29 de noviembre¹⁰, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Pues bien, como ya estudiamos anteriormente¹¹, la Directiva está dirigida a un grupo

⁷ En este sentido, la jurisprudencia señala que la medición de distancia respecto del nuevo centro de trabajo, se ha de hacer comparándolo con el domicilio del trabajador que se va a desplazar. En concreto, así lo establece la STSJ (sala de lo social) de 26 de abril de 2006 (RJ 2006, 3105) en su FD cuarto.

⁸ STSJ de Las Palmas de 22 enero de 1991, Ar/672

⁹ SALA FRANCO, T., "La movilidad geográfica, Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales," número 58, 2005, página 101.

¹⁰ Publicado en BOE núm. 286 de 30 de Noviembre de 1999.

¹¹ Véase infra punto 2.1.B En concreto: *ley aplicable a desplazamientos temporales*.

de desplazamientos concretos, y analizando los 3 supuestos, podemos encontrar características comunes que nos llevan a la conclusión de que el tipo de desplazamiento que queda bajo regulación de la Directiva se engloba dentro de la movilidad geográfica internacional.

Como primer rasgo esencial observamos la transnacionalidad, es decir, el desplazamiento del trabajador a un país diferente, que viene dado por la prestación de servicios. Además, vemos que entre trabajador y empresario no se ha de romper el vínculo previo contractual que les unía, ha de permanecer, y no solo eso, sino que además, la misma empresa que le desplaza, ha de sumar un nuevo vínculo con la empresa de destino, es decir, con la que, a partir de que sea efectivo el desplazamiento, acogerá al trabajador¹². Finalmente, por supuesto estamos ante un supuesto de movilidad geográfica internacional temporal, pues aunque la normativa comunitaria, ni la LDT establecen concretamente un periodo de tiempo hasta el cual considera la temporalidad, sí que dejan notas en relación con el tiempo que ha de tener la relación laboral para que sea regulado por la norma comunitaria.¹³

El criterio esencial a la hora de diferenciar las dos figuras es el temporal. Así, el límite máximo que ha de tener el desplazamiento es de doce meses en un periodo de tres años.¹⁴

En suma, podemos considerar trabajador desplazado a aquel que realice su prestación de servicios habitual en un Estado distinto de aquel en el cual ejercía su actividad inicial durante un periodo de tiempo determinado; la prestación en el lugar de destino ha de aparecer limitada en el tiempo, así se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁵, señalando que los trabajadores desplazados han de retornar al país de origen una vez cumplido su

¹² Artículo 2.1.2.º de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional: «Trabajador desplazado», el trabajador, cualquiera que sea su nacionalidad, de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley desplazado a España durante un período limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional, siempre que exista una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento.

¹³ Así, el Considerando 3 de la Directiva 96/71/CE: “Considerando que la realización del mercado interior ofrece un entorno dinámico para la prestación de servicios transnacional al invitar a un número cada vez mayor de empresas a desplazar a sus trabajadores temporalmente para trabajar en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado en que trabajan habitualmente”. Y en la misma línea su artículo 2.1: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «trabajador desplazado» todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente”.

¹⁴ Artículo 40.4 del Estatuto de los Trabajadores: *Los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta Ley para los traslados.*

¹⁵ STJCE de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa, C-113/89.

objetivo laboral, sin acceder al mercado de empleo del Estado miembro de acogida.

Cabe hacer referencia, en este punto, a la figura del expatriado. Es cierto que a priori, a este trabajador, se le conoce así por su cualificación, su categoría profesional destacada¹⁶. Si pensamos en expatriados, la primera imagen que nos viene a la mente, como regla general es la de los trabajadores de alta cualificación que son desplazados al extranjero para realizar labores de dirección. Sin embargo, algunos autores, señalan que la característica esencial de los expatriados no es solo esa cualificación, sino que en ocasiones, pueden ser otros factores.

De hecho, aparecen autores que utilizan la expresión de expatriado para todo trabajador que es objeto de la movilidad geográfica transnacional, de cualquier modo, independientemente del tiempo de su duración¹⁷. Uno de ellos es el tiempo, la duración que pueda tener la asignación internacional, de forma que cuando ese trabajador, en el marco de una prestación de servicios transnacional, es movilizadado por una duración característica, estable, o incluso indefinida, se le considera un expatriado¹⁸.

Con todo, cabe entender que la diferencia principal entre el desplazamiento y la expatriación es la duración de la movilidad, pues el primero será siempre temporal y la segunda, de duración indeterminada.

La figura del *traslado*, por su parte, ha sido definida doctrinalmente de diversas maneras, y analizando las distintas características de ellas, podríamos decir que el traslado es aquel supuesto de movilidad geográfica que es llevado a cabo por el empresario de manera unilateral, y que ha de tener una duración superior a los doce meses en un periodo de tres años, exigiendo siempre un cambio de

¹⁶ Entre otros, le definen así: Guryanova, K. y De Juan Juan, A. "Análisis de aspectos prácticos del Reglamento 2393/2004 de extranjería. Gestión de la movilidad internacional de recursos humanos cualificados (expatriados)".

¹⁷ RODRÍGUEZ PIÑEIRO ROYO, M.C., "A modo de conclusión: la ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria" en la obra colectiva "Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales: comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional" de María Emilia Casas Baamonde (coordinadora). 2002. Califica como expatriación los supuestos de exportación de mano de obra por parte de empresas españolas.

¹⁸ Así se explica en AA VV *Memento Práctico Social 2007*, Francis Lefebvre, Madrid, 2007, página 1743.

residencia habitual del trabajador, al producirse un cambio en el centro de prestación de servicios.

Así, en relación al requisito del cambio de residencia, nuestros tribunales llevan tiempo pronunciándose afirmando que para que estemos ante un traslado, el trabajador ha de verse obligado a cambiar su anterior residencia.¹⁹ Además, el artículo 40 del Estatuto ofrece la capacidad unilateral para el empresario de decidir un traslado y de hecho, la figura del traslado sólo es real cuando se produce de esta manera, es decir, el trabajador no puede pedirlo, sin que se lo conceda la empresa, en esta figura, el trabajador no tiene facultad de modificación del lugar de prestación de servicios.

Por otro lado, el traslado es una figura que puede diferenciarse en dos subtipos: individual y colectivo. Así, puede ocurrir que estando ante empresas multinacionales, los empresarios envíen a sus trabajadores a otro Estado de manera conjunta, es decir, un traslado colectivo. Este tipo de traslado se dará, de acuerdo con el artículo 40.2 del Estatuto cuando la decisión empresarial afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa cuando esta ocupe a más de 5 trabajadores o cuando en un periodo de noventa días, la decisión afecte a un número de trabajadores de al menos el 10 por ciento en empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, o treinta en las que ocupen trescientos o más. Por su parte, el traslado individual se caracteriza no por afectar solo a una persona, sino por no llegar a las cifras del traslado colectivo.

Así, para el cómputo de los trabajadores que vayan a ser trasladados, la jurisprudencia y doctrina encuentra problemas a la hora de determinar si hemos de tener en cuenta el centro de trabajo o la empresa con todos sus centros de trabajo. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla La Mancha de 21 de abril de 1999²⁰, considera que el factor que hemos de tener en cuenta a la hora de determinar la dimensión, es la empresa, basándose en el artículo 40.2 del Estatuto de los trabajadores, de manera que el número de afectados por el

¹⁹Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social, sede Málaga, de 20 de marzo de 1995. (Fundamento jurídico tercero). nº de Recurso: 550/1993 Nº de Resolución: 297/1995.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla La Mancha de 21 de abril de 1999 (AS 1565).

traslado empresarial se relaciona con el total de ellos que haya en la empresa y no con el centro de trabajo en el que se produzcan los traslados.

Así las cosas, podemos concluir que ambas figuras las encontramos reguladas en el artículo 40 del estatuto de los trabajadores, el cual contempla las dos modalidades de movilidad geográfica: traslado y desplazamiento. Además, en los dos casos se precisa que haya un cambio de residencia, pero con la diferencia de que los traslados tienen un carácter indefinido y el desplazamiento es una figura que regula el cambio temporal.

1.2 LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA ENTRE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y AQUELLOS SIGNATARIOS DEL AEEE.

La nota esencial que caracteriza este tipo de movilidad, viene a ser la garantía de la que goza el trabajador desplazado por el hecho de estar ante el mercado único comunitario, gracias a que se encuentran reconocidas las libertades de circulación de personas, de mercancías, de capitales y de servicios, atendiendo a las cuales, éste no podrá ser discriminado por razón de su nacionalidad en ningún país miembro cuando acuda allí a prestar servicios.

1.2.1 COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

En la cuestión del trabajo transnacional, uno de los problemas con mayor complejidad, gira en torno a la tutela judicial. En el Derecho Internacional Privado, la rama que regula estas situaciones, existen tres problemas potenciales, como son: el Tribunal competente (*Forum*), el derecho aplicable (*Ius*): ordenamiento jurídico que nos va a resolver el problema que se está planteando ante la autoridad, y finalmente, la ejecución de Sentencia (*Exequatur*): la validez extraterritorial de decisiones extranjeras, que viene a darse cuando un problema ha sido resuelto por la autoridad de otro Estado, cómo hacemos para que sea válida en el nuestro.

La primera cuestión que se plantea es quién conocerá del proceso en materia laboral en el seno de una prestación de servicios internacional.

A pesar de ser una problemática de rigurosa actualidad, la normativa en este sentido es escasa y fragmentada, tanto a nivel de la UE como a nivel interno de cada Estado Miembro, siendo una laguna legal de obligada regulación. Para conocer de la competencia judicial internacional, es decir, de quién será competente para dirimir el litigio, hemos de acudir siempre en primer lugar a los instrumentos internacionales, y sólo en caso de que no hubiera una normativa internacional que nos pudiera resolver el problema de la competencia, acudiremos a la normativa interna, que en concreto para resolver esta cuestión hay que acudir al artículo 22 LOPJ²¹.

¿Por qué tenemos que ir primero a las normas internacionales? porque así lo establece la Constitución española en su artículo 96²² y el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales²³.

Acudiendo en primer lugar pues, a los instrumentos internacionales, la cuestión de la competencia en materia contractual está regulada en varios de ellos, pero los más importantes y aplicados son: el Convenio de Lugano II²⁴ de 16 septiembre de 2007 y el Reglamento 44/2001²⁵ “*Reglamento Bruselas I*”, derogado hace poco tiempo, y que da paso al nuevo Reglamento (UE) 1215/2012²⁶, conocido como “*Reglamento Bruselas I Bis refundido*”. Además, junto a ellos aparece la Directiva 96/71/CE²⁷ del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Podemos decir que esta norma viene a ser un complemento de la regulación que dan tanto el Reglamento 1215/2012 como los Convenios de Lugano y Bruselas. Es importante sobre todo porque en su artículo 6 (y en el artículo 16 de la propia Ley 45/99 que la traspone a nuestro derecho)

²¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en BOE de 02 de Julio de 1985. Vigente desde 03 de Julio de 1985.

²² “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*”.

²³ “*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional*”.

²⁴ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007.

²⁵ Reglamento (ce) 44/2001 del consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que sustituye al Convenio de Bruselas de 1968 en los territorios de los Estados miembros a los que se aplica el TFUE, para todos los Estados miembros excepto Dinamarca. Mediante la Decisión 2006/325/CE del Consejo.

²⁶ Reglamento (UE) 1215/2012 del parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (En adelante, Reglamento 1215/2012).

²⁷ Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo. de 16 de diciembre de 1996

dispone una garantía para los trabajadores desplazados, facultándoles a entablar una acción judicial en el Estado en el que el mismo se encuentre desplazado, sin perjuicio, por supuesto, de entablar la acción judicial ante otro estado conforme a las reglas de los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial.

No obstante, aparte de estas normas comunitarias también podrá suceder que el país de destino del trabajador y España, tengan un convenio bilateral firmado, situación que se regulará por dicha norma, evidentemente. Es el caso por ejemplo, de El Salvador²⁸.

En caso de que las disposiciones de estos textos legales no nos dieran solución a la competencia judicial internacional tendríamos que acudir al artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En materia de competencia de contratos individuales de trabajo, prima el Reglamento 1215/2012, cuyas normas de competencia judicial internacional son aplicables desde el 10 de enero de 2015, de manera que actualmente, para presentar cualquier demanda con elemento internacional, se determinará el tribunal competente aplicando este nuevo reglamento. Con respecto a la competencia judicial, se estructura mediante un criterio general, en función del domicilio del demandado. No obstante, aunque no hubiera domicilio de una de las partes en un Estado miembro, cuando se trate de un contrato individual de trabajo, resultará de aplicación siempre que las partes se hubieran sometido al mismo. Este Reglamento 1215/2012 es de aplicación, en tanto en cuanto es una norma comunitaria, a todos los Estados Miembros cuando se trate de un litigio en materia civil y mercantil de carácter patrimonial, cuando por supuesto, se trate de acciones ejercitadas en un momento posterior a la entrada en vigor del mismo; con una particularidad, sólo se aplicarán cuando el demandado esté domiciliado en el territorio comunitario.

Por su parte, el otro instrumento internacional fundamental citado, el Convenio de Lugano II, surge por los Estados que no son parte de la Comunidad Económica Europea, pero que mantienen un volumen de negocios con la misma,

²⁸ Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000 (BOE 25 de octubre de 2001, número 256).

y son los estados de la EFTA (Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein, aunque este último no es parte del Convenio de Lugano). El interés de estos estado por formas parte del antiguo Convenio de Bruselas, dio paso a la firma del Convenio de Lugano, que algunos consideran una copia del Convenio de Bruselas, pues tiene el mismo ámbito material. De esta manera, el Convenio de Lugano es aplicable tanto a estos Estados como a los miembros de la CEE. Así, sus disposiciones son muy similares al Reglamento 1215/2012.

Pues bien, puede ocurrir que estemos ante un caso en que el demandado no esté domiciliado ni en un Estado Miembro de la UE ni en un Estado miembro de la EFTA. En este supuesto acudiremos a las normas de competencia judicial internacional del artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.²⁹ En concreto, la LOPJ atribuye competencia para resolver litigios a los juzgados y tribunales españoles de orden social, en materias como los derechos y obligaciones del contrato de trabajo, así como control de la legalidad de convenios colectivos, cuando las relaciones de trabajado tengan relación con España. Así, serán competentes los tribunales españoles cuando los servicios se hayan prestado en territorio española o si el contrato se celebró en España, o cuando el demandado tenga en dicho lugar su domicilio, o si tanto trabajador como empresario tienen ambos nacionalidad española, independientemente del lugar de prestación de servicios. Este último foro de la nacionalidad, es algo exclusivo de la LOPJ, puesto que es rehusado tanto por el Reglamento 1215/2012 como por el Convenio de Lugano.

Vemos pues, la importancia del *domicilio*, como concepto determinante a la hora de aplicar las reglas acerca de la competencia judicial previstas en los Convenios Internacionales. Pues bien, el domicilio de la persona física no se ofrece como concepto autónomo, sino que para determinar si una parte, como persona física, está domiciliada en un Estado Miembro cuyos tribunales conocerán del asunto, el tribunal aplicará su Ley interna (así lo establece el artículo 59 R. 44/2001). En nuestro país, a efectos procesales, para saber si una persona tiene su domicilio

²⁹ En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1º. En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español. (En adelante, LOPJ).

en España o no, hay que acudir al art. 40 del código Civil³⁰, que equipara domicilio a lugar de residencia habitual. Hay 2 requisitos para la residencia habitual, exigidos por el Tribunal Supremo, que son la presencia física del sujeto en un lugar y ánimo o intención de permanecer en ese lugar. Por supuesto, el momento relevante del domicilio será siempre en el momento de presentación de la demanda.

En caso de que, con arreglo a las normas españolas, el demandado, persona física, no tenga domicilio en España, dicho sujeto no podrá ser demandado ante tribunales españoles en virtud del artículo 4 del Reglamento 1215/2012, aunque tuviera su “residencia” en España se encuentre en España o aunque hubiera tenido su última residencia en España.

Para el caso de que el demandado sea la empresa empleadora, una persona jurídica, el domicilio es un concepto autónomo propio en el Reglamento 44, en su artículo 60: Se entenderá que la persona jurídica esta domiciliada en el lugar donde se encuentre o su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. Esta noción de domicilio está inspirada en la empleada por el artículo 54 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³¹ en materia de libertad de establecimiento de Persona jurídica en la Unión europea.

1.2.2 LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL

Tratándose de una situación internacional, en la que el trabajador ya no presta servicios en un lugar concreto fijo, entra en juego el identificar la ley aplicable a la relación laboral.

³⁰ Artículo 40 Código Civil: “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual (...)”.

³¹ Artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la UE: “*Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros*”. (En adelante, TFUE).

La determinación del régimen jurídico laboral de la movilidad geográfica internacional de trabajadores vamos a estudiarla a partir de las reglas de conflicto de uno de los ordenamientos jurídicos en juego.

Como hacíamos con relación a la competencia judicial internacional, hemos de acudir a las reglas que nos aporten las normas internacionales en primer lugar, y en caso de no resolvernos la situación, acudir a la normativa interna.

Desde esta perspectiva, la Ley aplicable para el contrato de trabajo internacional, se rige por el artículo 8 y 9 del Reglamento 593/2008³² (Reglamento Roma I).

Hemos de dejar claro que para los contratos celebrados entre el 1 de enero de 1993 y el 16 de diciembre de 2009, habrá que estar a lo estipulado en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, y para los contratos que hubieran sido suscritos a partir del 17 de diciembre de 2009, será de aplicación el Reglamento Roma I.

El Reglamento de Roma es aplicable en todo el territorio de los Estados miembros, a los contratos que estén cubiertos por su ámbito material, que hayan sido celebrados siempre posteriormente a su entrada en vigor y con independencia de si las partes son nacionales de los Estados ni residentes en la comunidad.

El principal objetivo del Reglamento es impedir que el empresario imponga una elección de ley aplicable al trabajador. De ahí que el artículo 8 del Reglamento Roma I, es básico, pues viene a establecer la libertad de elección de las partes a la hora de regir un contrato individual de trabajo, como veremos más adelante. Pero ya antes, en su artículo 3³³ ya consagra el principio de autonomía de la voluntad, estableciendo una libertad de elección a las partes a la hora de escoger la ley aplicable al contrato.

³² Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Publicado en «DOUE» núm. 177, de 4 de julio de 2008 y que sustituye el antiguo Convenio de Roma de 1980 en los Estados Miembros.

³³ Artículo 3: "Libertad de elección. 1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. 2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros".

No obstante, en la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, éste se regirá por la ley del país en el cual el trabajador realice su trabajo habitualmente, o como indica el propio artículo 4.4, *la ley del país con el que presente lazos más estrechos*. De hecho, esos lazos pueden ser tenidos en cuenta por el juez, quien tiene la posibilidad de aplicar una ley diferente a la que las partes hubieran elegido cuando el conjunto de circunstancias dieran lugar a que el contrato en cuestión presentara lazos más estrechos, en opinión judicial, con otro país.

Finalmente, existe una política de protección en unos sectores como son aquellos contratos celebrados por los consumidores, los contratos de seguro, transporte y los contratos de trabajo. Se trata de unas reglas cuyo objetivo es proteger firmemente a la parte más débil desde un punto de vista socio-económico. La principal nota característica es que en estos casos, la elección de las partes de la ley aplicable, no podrá tener como fin el privar al trabajador de la protección que le ofrece las normas imperativas de la ley que sería aplicable, en caso de no haber elección. Esta protección está latente en el apartado 1 del artículo 8³⁴, o el apartado 2 del artículo 6³⁵, por ejemplo.

En suma, aunque las partes eligieran una ley aplicable a su contrato, y ésta siga siendo válidamente aplicable, deberán ser de aplicación las disposiciones imperativas de la ley que es objetivamente aplicable que protejan más a la parte débil, en nuestro caso, al trabajador, en defecto de elección.

Centrándonos ahora en el supuesto de una falta de elección de la ley aplicable, el reglamento establece dos puntos de conexión que son: el lugar de establecimiento y el lugar de trabajo.

En primer lugar puede ser que el trabajo se preste habitualmente en un país concreto. Pues como es evidente, se aplicará la ley de ese país. A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento

³⁴ Artículo 8. Contratos individuales de trabajo. 1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.

³⁵ Artículo 6. Apartado 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.

expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios.

Sin embargo puede ser que el trabajo no se desarrolle de manera asidua en un mismo país. En estos casos, será de aplicación la ley del país en que se encuentre el establecimiento que sea empleador del trabajador, es decir, aquel establecimiento del que el empleado depende organizativamente.

Pues bien, estas dos reglas tan determinantes, se ven disminuidas con la aparición de la cláusula de excepción, que fundamentalmente implica la aplicación de la ley del país con el cual el contrato de trabajo presente los vínculos más estrechos.

En suma, tanto la ley elegida por las partes o aquella que es objetivamente aplicable al contrato de trabajo en aras del artículo 6 del Convenio, puede verse sustituida por la legislación del país con el que presente los vínculos más estrechos.

En todo caso, cuando el Reglamento Roma I no resulte de aplicación, tendremos que estar a lo que regule la normativa nacional. Pues bien, las normas a tener en cuenta principalmente son la Constitución Española, el Código Civil y el Estatuto de los Trabajadores. Éste último, en su artículo 1.4 recoge una norma de protección del trabajador como parte débil que es en la relación jurídico laboral, como ya vimos anteriormente, estableciendo que *“La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.”*

Pues bien, como bien indica SERRANO OLIVARES, R.,³⁶ y de acuerdo con Galiana Moreno³⁷, *la interpretación más realista con respecto al artículo del Estatuto de los trabajadores es que se aplicará únicamente a los supuestos de ejecución temporal del trabajo en el extranjero, ya que, de conformidad con las*

³⁶SERRANO OLIVARES, RAQUEL: *La movilidad geográfica transnacional*. Pág. 58.

³⁷GALIANA MORENO, J: *“trabajo de los españoles en el extranjero”*, en VV.AA.: Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores. (Dir. Borrajo Da cruz, E). Pág. 214.

reglas sobre competencia judicial, resultarán normalmente competentes los tribunales del lugar de prestación habitual de servicios, que raramente darán aplicación al artículo 1.4 del Estatuto.

Parece pues, que el sistema legal interno, se ve desplazado completamente por las normas relativas a derecho aplicable presentes en el Reglamento de Roma I.

Llegados a este punto, es preciso establecer un análisis ya global de la ley aplicable al contrato de trabajo.

Así las cosas, atendiendo a las anteriores consideraciones y siempre con base en el Reglamento de Roma, cuando estemos ante un contrato que consista en una prestación de servicios de carácter temporal, éste seguirá rigiéndose con carácter general por la ley del país de origen, en este caso, la española, pues al tratarse de un servicio temporal, el centro donde habitualmente prestan los servicios es España. Sin embargo, si el contrato consiste en un traslado definitivo o indefinido, será de aplicación la ley del lugar de prestación habitual de servicios, es decir, totalmente al contrario, la del país de destino. No obstante, esto podrá ser variable siempre que las partes acuerden entre ellas de manera válida, y haciendo uso de su autonomía de la libertad que el propio Reglamento las ofrece, el someter el contrato de trabajo a la legislación española. Por supuesto, si estuviéramos antes disposiciones imperativas como vimos anteriormente, nunca podrán ser evitadas, de manera que esa libertad de elección solo podrá ser efectiva cuando los derechos del trabajador se vean más favorecidos que aplicando la ley que estas imponen.

-LEY APLICABLE EN DESPLAZAMIENTOS DE CARÁCTER TEMPORAL:

En primer lugar, la Directiva 96/71³⁸ relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, es una norma de carácter internacional de gran importancia, por su carácter prioritario al tratarse de una

³⁸Directiva 96/71/UE DE 16 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. (DOCE L 18, de 21 de enero de 1997). (En adelante, Directiva 96/71).

norma comunitaria. Esta Directiva está dirigida a aquellas *empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores, en el territorio de un Estado Miembro.*

La Directiva tiene un ámbito de aplicación delimitado en su artículo 1.3, y viene a concretarse en 3 puntos fundamentales, que pretende dejar marcadamente diferenciados. En primer lugar, será de aplicación a los supuestos de desplazamientos de trabajadores para la ejecución de obras o servicios en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y la destinataria de la prestación de servicios, bajo la dirección de ella. Seguidamente, entrarán dentro de su ámbito los supuestos de desplazamiento de trabajadores a otro establecimiento o a otra empresa del grupo. Y finalmente, los desplazamientos de trabajadores por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria. De hecho, la nacionalidad es un aspecto que queda al margen a la hora de la aplicación de estas normas jurídicas, pues también se aplicará a trabajadores procedentes de terceros países, siempre y cuando hayan sido contratados por una empresa comunitaria, y que su desplazamiento se vaya a producir en el marco espacial de aplicación de la normativa, como se establece en la sentencia Vander Elst³⁹ del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea.

Así, la propia Directiva tiene como objetivo primordial la eliminación de barreras y diferencias de trato entre los trabajadores locales y los desplazados que prestan temporalmente sus servicios en un mismo lugar. Es lo que denomina como *Dumping Social*, que ha sido definido como “*una competencia a la baja en cuanto a las condiciones de trabajo entre los distintos Estados cuyas economías se integran, para mejorar las condiciones de competitividad de sus empresas nacionales, así como una deslocalización de las organizaciones productivas, que se trasladarían a los sistemas nacionales cuyo coste laboral resulta inferior*”. Y se ha convertido en una materia a la que algunos tribunales han tenido que hacer frente. En concreto, el Tribunal de Justicia en el asunto Rush Portuguesa⁴⁰ estableció que *el Derecho comunitario no se oponía a que los Estados miembros extendieran su legislación o convenios colectivos de trabajo*

³⁹ STJCE de 9 de agosto de 1994, asunto c-43/93, Vander Elst.

⁴⁰ STJCE de 27 de marzo de 1990, asunto C-113/89.

a todo trabajador que se encontrara en su territorio de manera asalariada, incluso aunque fuera temporalmente, garantizado por los artículos 49 y siguientes del TCE. De esta manera, algunos Estados comenzaron a aplicar su normativa nacional en materia de condiciones de trabajo a aquellos trabajadores desplazados a su territorio en el marco de una prestación de servicios transnacional. De cualquier manera, esta facultad vendrá limitada por el necesario respeto a las libertades comunitarias y en particular, a la libre prestación de servicios. Así, tendremos que estar a cada caso concreto para analizar las disposiciones nacionales de obligatoria aplicación en el estado de destino y las del Estado de origen, y determinar si estas últimas, ofrecen similar protección hacia el trabajador desplazado que las del país de destino. Si así ocurriese, no habría manera de justificar la aplicación de las disposiciones nacionales del país de destino, puesto que la protección de sus derechos laborales e intereses ya se encuentra por la normativa de su país de origen.

De esta forma, la ley 45/99⁴¹ española, que transpone la Directiva 96/71, establece ya como previsión a la garantía del cumplimiento de las disposiciones de la propia norma comunitaria, unas reglas según las cuales el empresario que desplace trabajadores para prestar servicios de manera temporal a otro Estado, deberá enviar una comunicación antes de efectuar dicho desplazamiento, a las autoridades laborales del país de acogida, donde detalle todos los datos del trabajador desplazado, con el propósito de garantizar así los derechos laborales de éste. Así pues, de lo expuesto se entiende que la ley que regirá el contrato en un desplazamiento realizado por empresario español a cualquier otro Estado, será la española, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar ciertas condiciones de trabajo del país de destino que en determinados caso resultaran más favorables para el trabajador desplazado.

En este sentido, esta confirmación de la aplicación de la ley española a los contratos que impliquen un desplazamiento geográfico internacional, lleva consigo la duda acerca de los convenios colectivos. Los convenios colectivos, como norma fundamental que rige los derechos de los trabajadores en España, junto a el Estatuto de los trabajadores y demás disposiciones legales y

⁴¹ Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Publicado en BOE núm. 286 de 30 de Noviembre de 1999. En adelante, LDT.

reglamentarias, forman parte de lo que hemos tomado como Derecho aplicable, por lo que si una legislación resulta aplicable a un determinado contrato, los convenios colectivos vigentes en ese concreto ordenamiento jurídico, serán de la misma manera, aplicables.

- **LEY APLICABLE A CONTRATOS QUE SUPONEN UNA MOVILIDAD GEOGRÁFICA DEFINITIVA O INDEFINIDA.**

Estamos ante órdenes que puede realizar el empresario para que un trabajador se movilice a otro establecimiento de la misma empresa pero en otro Estado Miembro. En estos casos, la principal diferencia con los desplazamientos temporales que hemos visto anteriormente, es que al tratarse de una movilidad definitiva o indefinida, la ley aplicable pasa a ser la del país de destino, al ser el Estado donde el trabajador pase a desempeñar habitualmente sus servicios.

Pues bien, recordamos que el Convenio de Roma establecía como criterio de determinación de la ley aplicable, el lugar de prestación de servicios del trabajador, y que lo matizaba estableciendo un criterio igualmente válido, en su artículo 4.3, el de la proximidad. Criterio que se veía delegado al juez, quien debería determinar en cada caso, si el contrato en cuestión presentaba un vínculo más estrecho con un país u otro. Así las cosas, cuando un trabajador sea enviado de manera indefinida o definitiva a otro país, puede ser que mantenga una estrecha relación con su país de origen, en este caso España, tal que le permite la aplicación de nuestra legislación nacional.

- **LEY APLICABLE A CONTRATOS DE TRABAJADORES ITINERANTES O MÓVILES QUE PRESTAN SERVICIOS A EMPRESAS CON LUGARES DE TRABAJO DE LOCALIZACION VARIABLE.**

La figura de los trabajadores móviles o itinerantes se caracteriza, de acuerdo con el artículo 40.1 del Estatuto de los trabajadores, por una previsión de movilidad constante. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo para Unificación de Doctrina, establece que *la propia naturaleza de la actividad que despliega la*

empresa y los trabajadores en ella acoplados, precisa de la movilidad necesaria sin impedimentos (salvo los que pudieran constituir un abuso, injustificado) del cumplimiento de la finalidad que la actividad propia de la empresa requiere”, de manera que viene a decir que el trabajador que se encuentra en una relación laboral de estas características, asume su propia movilidad.

Así, cuando se trata de trabajadores itinerantes, cuyo lugar de trabajo varía, pueden aparecer distintas circunstancias.

La primera de ellas es aquella que se da cuando los trabajadores móviles contratados en España, que trabajan para una empresa española, prestan servicios de manera general en territorio nacional, pero en ocasiones, son desplazados para la realización de determinados encargos a otro país. Se trata pues de un desplazamiento meramente temporal al extranjero, por lo que la ley aplicable al contrato de trabajo será la española.

En segundo lugar, puede ocurrir que esos desplazamiento al país extranjero, sean tan habituales que éste se convierta en el lugar de prestación de servicios más frecuente. Así, en este caso, ya no se regirá por la ley española, sino por la de destino al ser la ley del lugar de desarrollo habitual de la actividad del trabajador.

Ocurre por otra parte, que en ciertas empresas, fundamentalmente aquellas dedicadas a la construcción, se contrata a trabajadores de manera puntual, es decir, se les contrata con el objetivo de prestar servicios durante un tiempo concreto, que suele coincidir con la duración de una obra. Así, siendo la empresa española, son contratados en territorio nacional, pero la prestación de servicios va a producirse en otro país, de manera que cabría dudar acerca de si la legislación aplicable es la del país de destino por ser el lugar de prestación habitual de servicios o la del país de origen, al tratarse del lugar con el que el trabajador tiene un arraigo mayor, como ya vimos que establecía el artículo 1.4 de Estatuto de los trabajadores.

Además, ¿qué ocurre cuando un trabajador realiza sus servicios en varios países simultáneamente, de manera que no puede determinar en cuál de ellos lo hace de manera más habitual? Esta circunstancia suele aparecer cuando el trabajador

que se desplaza ocupa un cargo alto en la empresa. No entran aquí los trabajadores al servicio de empresas de transporte internacional ferroviario, aéreo, por carretera o marítimo, a pesar de ser claro ejemplo de prestación de servicios en varios países, pues éstos requieren de una mención especial, al no poder determinar un lugar de prestación de servicios fácilmente. De hecho, la propia Directiva 96/71/CE excluye de manera expresa su regulación como trabajadores desplazados.

Pues bien, para estos casos de prestación de servicios internacional múltiple, hemos de recordar las reglas que establecía el Convenio de Roma, a falta de elección de las partes, y además, de país de prestación habitual de servicios, será el país donde la empresa que contrata tenga su domicilio. O establecimiento contratante del mismo, esto es, el país del que depende el trabajador como tal.

1.3 LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA FUERA DEL TERRITORIO DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE Y DEL AEEE

Anteriormente, hemos visto la movilidad que tiene lugar cuando un empresario contratante cuya base empresarial se encuentra en Madrid, desplaza a sus trabajadores a realizar una prestación de servicios a otro Estado miembro. Pues bien, ahora, vamos a analizar la movilidad geográfica internacional que nace de un empresario establecido en España, pero cuyo destino es un Estado no miembro ni signatario del AEEE.

1.3.1 COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La determinación de competencia judicial internacional en los supuestos de movilidad con destino países no miembros de la UE sigue la misma línea que la movilidad anteriormente estudiado, cuyo origen es el territorio español, por tener el empresario su establecimiento contratante, y por lugar de destino cualquier Estado Miembro de la UE. Esto es así, debido a que siendo el Estado de origen, el Estado donde el empresario tiene su establecimiento contratante, España, un Estado firmante y parte tanto del Reglamento de Bruselas, como el Convenio de

Lugano, resultan de aplicación las reglas establecidas en dichas normas comunitarias.

De esta manera, en este caso también ocurre que los tribunales españoles sólo serán competentes para conocer de los litigios que pudieran surgir a raíz del contrato de movilidad a Estados fuera de la UE o del AEEE, cuando estemos ante un desplazamiento temporal. Sin embargo, cuando el trabajador hubiera sido desplazado de manera definitiva o indefinida, los tribunales españoles no podrán ser competentes, con la excepción siempre de la posibilidad de que ambas partes pactaran el someterse a ellos antes de que sucediera el litigio.

1.3.2 LEY APLICABLE AL CONTRATO LABORAL

En lo que respecta al derecho aplicable, como previamente se habrá analizado la competencia de los tribunales al caso, y como hemos visto, van a resultar competentes aquellos tribunales miembros de la UE, el derecho aplicable no presenta mayores problemas, pues resulta que cuando el Estado de origen es un Estado miembro de la UE, con independencia del país donde va a realizar la movilidad de sus trabajadores, serán de aplicación las reglas acerca de la ley aplicable presentes en las normas comunitarias como son el Reglamento de Roma relativo a las obligaciones contractuales.

Atendiendo a dicho Convenio, ocurre que como regla general, será de aplicación el derecho español siempre que la movilidad del trabajador responda a un desplazamiento temporal, y en cambio, si el trabajador es traslado de manera definitiva o indefinida, la ley aplicable será la del lugar de destino. Pero existen dos supuestos excepcionales a esta regla general. En primer lugar, las partes pueden haber decidido previamente someterse al derecho español, por la figura de la sumisión, presente en el artículo 3 del Convenio. Además, en segundo lugar, existe otra manera de evitar la regla general de aplicabilidad del derecho, y es acudiendo al artículo 4.3 del citado Convenio, según el cual, el trabajador podrá evitar que se tenga en cuenta el criterio del lugar de prestación de servicios porque se considere que no tenga unos *vínculos manifiestamente estrechos* con el país en cuestión.

Una cuestión relevante que merece que nos detengamos a analizar es la relativa a la aplicación extraterritorial del convenio colectivo de origen. Es cierto que esta cuestión no plantea problemas más que cuando la movilidad da lugar a un traslado, puesto que cuando se trate de un desplazamiento temporal, la ley aplicable al contrato de trabajo ya de por sí iba a ser la del país de origen y de esa forma, los convenios colectivos con los que el trabajador tuviera relación, serían igualmente aplicables. Sin embargo, como hemos visto, si el trabajador es trasladado de manera definitiva o indefinida, ¿qué ocurre con los convenios colectivos a los que éste estaba adscrito en su país de origen? Pues bien, el propio texto puede incluir en sus cláusulas expresamente la aplicación extraterritorial de algunas materias objeto de regulación a los trabajadores expatriados, o, en defecto de previsión, las partes pueden acordar expresamente la aplicación de la norma convencional en cuestión incorporándola al contrato individual de trabajo, aunque los aspectos colectivos de la organización del trabajo resultaran difícilmente exportables al establecimiento de destino, regido normalmente por la normativa local.⁴²

2. CONVENIOS COLECTIVOS: DIMENSION INTERNACIONAL

2.1 INTRODUCCIÓN HISTÓRICA.

Actualmente, en España, el artículo 37.1 de la Constitución Española⁴³ garantiza el derecho a la negociación colectiva, una facultad que incluso podría entenderse implícita en el propio reconocimiento del pluralismo y la libertad sindical que ya recogen los artículos 7⁴⁴ y 28.1⁴⁵ del mismo texto normativo. Sin embargo, en el plano comunitario, no ocurre lo mismo, pues resulta que si bien los convenios ocupan una posición fundamental en la configuración del vínculo laboral y, en consecuencia, también del contrato de trabajo “internacional” que sirve de

⁴² SERRANO OLIVARES, R: La movilidad geográfica transnacional. Página 150.

⁴³ Artículo 37 apartado 1: *La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.*

⁴⁴ Artículo 7: *Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.*

⁴⁵ Artículo 28: *Todos tienen derecho a sindicarse libremente. (...)La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.*

fundamento a los desplazamientos temporales de trabajadores⁴⁶, la negociación colectiva es en la Unión europea una materia aislada dentro de toda la autonomía colectiva.

Antes de ahondar en la situación que existe a día de hoy, es preciso detenerse en los cambios que ha sufrido la comunidad europea, pues ha ido evolucionando hasta ir consiguiendo una política social europea a través de una serie de reglas doctrinales y legales de una importancia absoluta. Así, la negociación colectiva comunitaria que tenemos ahora ha sido fruto del diálogo social europeo que surgió con fuerza en los años 80. Como indica VALDES DAL-RE, F⁴⁷ puede situarse al diálogo social europeo en la antesala de lo que hoy es la negociación colectiva comunitaria. Este diálogo social se ve incentivado cuando se firma el Acta Única Europea⁴⁸ (AUE) en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en la Haya el 28 de febrero de 1986. Así, se sientan las bases del mismo, pues establecía que *“La Comisión procurará desarrollar el dialogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si estas lo considerasen deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes”*.

Es en 1992 cuando se constituye el Comité del Diálogo Social (CDS), que se convertiría en el principal foro para el diálogo social europeo, con reuniones que en la actualidad se producen entre tres y cuatro veces al año y está compuesto por sesenta y cuatro miembros (treinta y dos representantes de empresarios y treinta y dos representantes de trabajadores) pertenecientes a secretarías europeas o a organizaciones nacionales.

Ya en 2007, gracias a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁴⁹, se escribe un nuevo artículo (artículo 152 del TFUE) que indica que *«la Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en*

⁴⁶ *Trabajadores en el extranjero: (desplazados y expatriados): aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*. Madrid, Francis Lefebvre, 2002.

⁴⁷ VALDÉS DAL-RE, F., *“La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada”*, RL, Tomo 2, 1997, pág. 66.

⁴⁸ Tratado Internacional firmado en Luxemburgo y la Haya (Países Bajos) el 17 de febrero y el 28 de febrero de 1986 (en La Haya) por los 12 países miembros que en ese momento formaban la Comunidad Europea. Entró en vigor el 1 de julio de 1987.

⁴⁹ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Parlamento Europeo, Consejo y Comisión de la Unión Europea. Publicado en DOUEC núm. 306 de 17 de Diciembre de 2007. Vigencia desde 01 de Diciembre de 2009.

cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía».

El Parlamento Europeo, por su parte, se ha mostrado en diversas ocasiones preocupado por el avance del diálogo social europeo y la falta de política laboral transfronteriza. De esta forma, una de las pruebas de ello, fue la elaboración Propuesta sobre las negociaciones colectivas transfronterizas y el diálogo social transnacional de 15 de julio de 2013⁵⁰. El texto Parlamentario se centra sobre todo en la necesidad de establecer un marco jurídico europeo facultativo con el objetivo de garantizar, tanto a los trabajadores, como a los empresarios, una seguridad jurídica y transparencia, además de que pretende que se prevean de efectos jurídicos los acuerdos que se firmen de conformidad con dichas disposiciones. No obstante, las asociaciones europeas de sindicatos son las únicas que pueden celebrar convenios colectivos transnacionales europeos. Tiempo después ha seguido recordando que el diálogo social es vital para lograr los objetivos de empleo establecidos en la Estrategia Europa 2020 (2009/2220(INI))⁵¹. En sus resoluciones sobre el ciclo del Semestre Europeo de 2014, el Parlamento volvió a hacer hincapié en la importancia del diálogo social y pidió que se reforzara el papel de los interlocutores sociales en el nuevo proceso de gobernanza económica.

Por otro lado, las contribuciones más importantes a la regulación en material social a nivel mundial, provienen de la Organización Internacional del Trabajo⁵². En concreto, en su Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, que viene a ser , en palabras de la propia organización, *el único instrumento de la OIT que brinda orientación dirigida directamente a las empresas sobre política social y prácticas inclusivas, responsables y sostenibles en el lugar de trabajo. Es el único instrumento global en esta materia elaborado y adoptado por gobiernos, empleadores y trabajadores de alrededor del mundo*⁵³. Este texto se aprobó en el año 1977, y ha sufrido dos modificaciones en 2000 y 2006 siendo finalmente, revisado en

⁵⁰ Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, sobre las negociaciones colectivas transfronterizas y el diálogo social transnacional. (2012/2292(ini)).

⁵¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2010, sobre contratos atípicos, carreras profesionales seguras, flexiseguridad y nuevas formas de diálogo social (2009/2220(INI)).

⁵² En adelante, OIT.

⁵³ http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm

2017. La revisión de la Declaración por parte del Consejo de Administración de la OIT responde a las nuevas realidades económicas y ha sumado protección laboral mediante principios que abordan temas específicos del trabajo decente relacionado con los salarios, el trabajo forzoso, o el acceso a mecanismos de reparación e indemnización de las víctimas, entre otros.

Además, de manera complementaria a los instrumentos de la OIT, también entra en juego simultáneamente, la OCDE, pues en 1976, acordó *Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*⁵⁴ que en suma son recomendaciones hacia los empresarios para que realicen una buena práctica empresarial. Al no ser más que recomendaciones, no hay una garantía de cumplimiento, por lo que, como bien indica MERINO SEGOVIA, AMPARO⁵⁵, la responsabilidad final recae sobre los gobiernos, cuyo papel es fundamental: a ellos les corresponde ejercer presión sobre las compañías para que respeten las directrices. En la misma Línea, está instaurado también el Pacto Mundial de la ONU desde el año 2000, que en palabras del propio Pacto “*no es un instrumento de regulación, un código de conducta con fuerza jurídica obligatoria ni un foro para la formulación de normas y prácticas de gestión (...) se trata de una iniciativa de carácter voluntario destinada a servir de marco general para fomentar la responsabilidad cívica mediante el liderazgo empresarial comprometido y creativo*”.

Finalmente, ante este panorama normativo en el que prima la ausencia de legislación internacional que dirija la conducta de las empresas transnacionales, hace que la preocupación por la responsabilidad empresarial crezca. De este modo, la práctica que ha ido creciendo últimamente es la elaboración de Pactos Mundiales, muy similares a los códigos de conducta de las empresas multinacionales, en los que se establecen condiciones mínimas de trabajo para todos los centros de trabajo que tenga repartidos la empresa en concreto. Respecto a estos Pactos Mundiales se ha pronunciado la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres⁵⁶ indicando que éstos

⁵⁴ OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

⁵⁵ MERINO SEGOVIA, AMPARO: “*Mecanismos de Regulación de la Responsabilidad de las Empresas Europeas*”. Manuales de Formación continua, Consejo General del Poder Judicial. 2006.

⁵⁶ Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL); Diciembre de 2001. *Una guía sindical sobre la mundialización*. En adelante CIOLS.

“intentan resolver los problemas y que se establezcan organizaciones para los trabajadores/as, creando así la posibilidad de que esos trabajadores puedan encargarse ellos mismos de hacer que se apliquen” sus derechos. Sucede pues que debemos preguntarnos hasta qué punto estos Pactos entre Federaciones Sindicales Europeas e Internacionales y la dirección central de cada empresa transnacional, tiene una eficacia para los trabajadores y su defensa de los derechos sociales. En este sentido, DOZ Y JIMENEZ⁵⁷ afirman que a pesar de tener una clara naturaleza de negociación colectiva transnacional, desprovista, sin embargo, de eficacia normativa, pero negociación colectiva al fin y al cabo. Por lo que parece que da la capacidad a la empresa firmante del acuerdo, de incumplir las obligaciones que en el texto se contengan, pues no existe una judicialización para el cumplimiento de estos compromisos empresariales.

2.2 FIJACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO A TRAVES DE CONVENIOS COLECTIVOS

Llegados a este punto, es preciso analizar el aspecto más importante del estudio de la dimensión internacional de la figura del convenio colectivo, que viene a ser la posibilidad de que se establezca una nueva modalidad de fijación de condiciones de trabajo a nivel internacional. Lo que ocurre es que en Europa cada Estado Miembro, tiene su propio sistema que regula las relaciones laborales de empleadores, trabajadores y el Estado, de manera que es complicado delimitar la esfera nacional de la comunitaria. Por ello, es por lo que a día de hoy no podemos hablar de convenios colectivos europeos como tal, sino que lo que han ido proliferando a lo largo de estos años de internacionalización, son acuerdos, modelos de coordinación colectiva. De este hecho de que cada Estado miembro tiene su propio sistema de negociación colectiva, surge uno de los principales problemas acerca de la aplicabilidad del convenio colectivo en su dimensión internacional.

La realidad es que a nivel negocial no existe una práctica generalizada de incorporar cláusulas acerca del régimen jurídico de la movilidad geográfica

⁵⁷ DOZ, J. Y JIMÉNEZ, J.C. (2002): *“El sindicalismo en tiempos de globalización, en sindicalismo y Globalización”*, Gaceta sindical nº2. Madrid.

transnacional de trabajadores, de hecho, en la negociación colectiva nacional, la mayoría de los textos excluyen de su ámbito de aplicación a aquellos trabajadores que van a ser desplazados. Si bien también se encuentra algún caso en el que se hace referencia a la situación jurídico-laboral de los trabajadores sometidos a un régimen de movilidad geográfica transnacional⁵⁸, e incluso puede hablarse de convenios colectivos en los que el personal desplazado se encuentra plenamente integrado en el ámbito de aplicación del mismo, de modo que sus condiciones laborales van a ser las mismas que las de sus compañeros nacionales, siempre con las excepciones de los complementos que éstos pudieran merecer en aras de su prestación de servicios en destino. Aunque también hay empresas que optan por aplicar las normas laborales del país de acogida, mientras otros se vencen por la sumisión estricta a la legislación española.

Cabe detenerse en esta idea de escenario poco armonizado para Europa en el ámbito laboral transnacional, sobre todo a la hora de hablar de desplazamientos entre empresas dentro de un mismo grupo o en una misma de dimensión internacional, de manera que conseguiríamos una unificación del régimen-jurídico laboral de los trabajadores movilizados. Así pues, en este aspecto la doctrina se encuentra dividida, pues parte de ella considera a los convenios colectivos como elemento integrante del derecho aplicable al contrato de trabajo de carácter transnacional, para la otra, no se puede considerar que forme parte de la normativa que pueda resultar aplicable al contrato laboral.

Respecto a los convenios colectivos aplicables a su empresa o centro de trabajo, el punto de partida ha de estar en la delimitación territorial contenida en el propio convenio. No hay ninguno, salvo error u omisión, dedicado exclusivamente a este tipo de trabajadores, lo que se suma a la ausencia de sindicatos de expatriados con legitimación para negociarlos en el país de origen, y tampoco en los de destino. El restringido alcance del que gozan los convenios colectivos respecto de la regulación de la prestación de servicios puede responder al hecho de que en nuestro país no son numerosas las organizaciones productivas en cuyo seno se desenvuelven experiencias de tales características, sin embargo, estas van

⁵⁸ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. "Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte tercera): el caso Ruffert", *Aranzadi social*, número 5, 2008, páginas 50 y siguientes.

en aumento, y no se entiende que aquellas empresas que sí que tienen una implantación en el extranjero, tengan dificultades para extender la respectiva regulación convencional a estos supuestos de prestación de servicios en el extranjero⁵⁹.

Si bien, como es sabido, el artículo 83.1 del Estatuto de los trabajadores, consagra la libertad de determinación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos en el marco de la libertad de contratación de sujetos negociadores que proclama el artículo 85.1 de mismo texto legal. Así, podemos observar que no existe por lo tanto, ninguna limitación a que un convenio colectivo nacional sea aplicable a cualquier relación de carácter transnacional. Aunque vamos a ver que pueden existir elementos que nos tumben esta afirmación. En primer lugar, el propio Tribunal Supremo ha establecido que la libertad de determinación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos se ha de limitar al ámbito nacional, *“su ámbito territorial y personal no puede ir más allá del de las propias leyes estatales.”*⁶⁰ Luego, la aplicación de los convenios colectivos está condicionada al ámbito del ordenamiento jurídico estatal al que se encuentran sometidos. Sin embargo, no es una limitación al extremo, es decir, no es una prohibición de aplicar el convenio colectivo nacional a todo tipo de relaciones laborales transnacionales. De hecho, si una vez determinados los puntos de conexión del caso en concreto, la ley aplicable resulta de un ordenamiento jurídico determinado, dentro de éste, se encontrarán los convenios colectivos como fuente de las relaciones laborales, de manera que será aplicable⁶¹.

El problema en esencia es que la mayoría de los convenios colectivos impiden en sí mismos la aplicación de su contenido a diversos supuestos, como son los casos de movilidad geográfica transnacional. Esto es así por ejemplo en el caso de la Resolución de la Dirección General del Trabajo por la cual se dispone a inscribir en el Registro y publicar el II Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado⁶² *“quedan excluidos del ámbito*

⁵⁹ MOLINA MARTÍN, AMPARO. *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico laboral*. Navarra, 2010.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1994. FD TERCERO.

⁶¹ Así se establece en el artículo 3 de la Resolución de 3 de abril de 2007, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el II Convenio colectivo Multiprensa y Más, SL (BOE 20 abril 2007, número 95): *“el presente convenio colectivo será de aplicación a todos los centros de trabajo de la empresa (...) situados en territorio español así como todos aquellos trabajadores con relación laboral en la empresa que presten servicios fuera del territorio español”*.

⁶² BOE 14 de octubre de 2006, número 246.

de aplicación del presente convenio: 1. El personal laboral que presta servicios en el exterior”.

En relación con la aplicabilidad del convenio colectivo del país de acogida, la jurisprudencia comunitaria ha puesto de manifiesto que ningún Estado miembro, puede obligar a una empresa que se desplaza a su territorio a realizar una prestación de servicios, a invocar un convenio colectivo nacional, cuando el Estado que desplaza goza ya de su convenio colectivo sectorial en su territorio para sus trabajadores. Así, la sentencia del caso *Laval*⁶³, del tribunal de justicia de 18 de diciembre de 2007, tiene su problemática principal acerca de la obligación de la empresa que se desplaza a un país para la realización de una obra, a adherirse al convenio colectivo que allí se aplica a los trabajadores del sector. En este caso, Laval, empresa letona, es quien desplaza a sus trabajadores a Suecia. En el país de destino, los sindicatos suecos solicitan a Laval que firme el convenio colectivo de la construcción que además fija un salario mínimo más alto, pero Laval se niega ante su desconocimiento de dicha norma. Los sindicatos pretenden obligarle a ello haciendo uso de medidas de conflicto colectivo, como la convocatoria de huelgas de los trabajadores. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, deja claro que ningún sindicato de un estado miembro en concreto, puede obligar a una empresa que se desplaza a su territorio a realizar una prestación de servicios, a negociar un salario, y mucho menos a invocar un convenio colectivo nacional, cuando Laval, como empresa letona tiene en su país firmado su convenio colectivo propio del sector. De esta forma, el TJCE recuerda que la libre prestación de servicios es una libertad fundamental que puede ser vulnerada, o más bien restringida, si y solo si, existen razones imperiosas de interés general, adecuadas y proporcionadas. Así, el TJCE determina la primacía de la libre circulación de servicios sobre los reglamentos laborales que fueran aplicables al lugar de prestación de servicios. Por todo lo anterior, determina que, en ningún caso, la prestación de servicios que realizaba la empresa letona Laval en Suecia constituía una razón suficiente para justificar la vulneración de esa libertad

⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (gran sala) de 18 de diciembre de 2007 en el asunto c-341/05.

comunitaria básica por los sindicatos suecos, atendiendo a razones de orden público.

Ello no significa que el convenio colectivo de destino no sea aplicable, pues de hecho, el legislador comunitario se ha pronunciado primeramente permitiendo, a través de la Directiva 96/71/CE, al legislador interno otorgar la condición de ley aplicable a los convenios colectivos, algo sustancialmente importante en legislaciones que como la española, reconocen al convenio colectivo estatutario, una naturaleza y rango normativo. Así, en su considerando 12 señala que *el Derecho comunitario no impide que los Estados miembros amplíen el ámbito de aplicación de su legislación o de los convenios colectivos celebrados por los interlocutores sociales a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, incluso de carácter temporal, en su territorio, aunque su empresario se halle establecido en otro Estado miembro; que el Derecho comunitario no prohíbe a los Estados miembros garantizar el respeto de estas normas por los medios apropiados*; algo que parece reproducir la sentencia del Tribunal Superior de Justicia en el asunto Rush Portuguesa⁶⁴. Además, el mismo tribunal establece, a tenor de la aplicabilidad de la regulación del país de destino, que los Estados miembros pueden exigir ya sea mediante disposiciones legales o convenios colectivos que se paguen salarios mínimos a trabajadores desplazados, incluso temporalmente a su territorio, cualquiera que sea el país de establecimiento del empresario.⁶⁵

Es conveniente hacer un análisis en cada caso y no seguir un razonamiento general que declare ilegítimos normas que pudiera perjudicar la competitividad en los costes empresariales que desplazan temporalmente trabajadores a otros estados miembros.⁶⁶ Si bien, el TJCE en sentencia de 23 de noviembre de 1999 en asuntos c-369/96 y c-376/96 afirmó que *“el derecho comunitario no se opone a que los Estados Miembros extiendan su regulación, a los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, relativos al salario mínimo,*

⁶⁴ “El Derecho comunitario no se oponía a que los Estados miembros extendieran su legislación o convenios colectivos de trabajo a todo trabajador que se encontrara en su territorio de manera asalariada, incluso aunque fuera temporalmente, garantizado por los artículos 49 y siguientes del TCE”.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 23 de noviembre de 1999, en los asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96 Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL y Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL.

⁶⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA, “Condiciones de trabajo y empleo de trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios (STJCE de 12 de octubre de 2004; asunto c-60/03)”. En la obra colectiva *Desplazamientos transnacionales de Trabajadores. Estudios sobre la Directiva 96/71/CE* de Gárate Castro, Javier (coordinador).

a toda persona que realice su trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario". Entiende por tanto que no hay impedimentos para la aplicación extensiva que pueda hacerse de la negociación colectiva del país de destino a los trabajadores desplazados. No obstante, el propio tribunal ha matizado que esta aplicación de norma autónoma ha de ser necesaria y proporcionada para garantizar la protección de los trabajadores desplazados⁶⁷.

Por supuesto, la LDT española reconoce esta posibilidad de recurrir al convenio pactado en un estado de destino como ley aplicable al contrato del trabajador que es movilizadado a dicho lugar. De esta manera, se produce un avance notable en la materia, puesto que queda legalmente establecido que los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el Estado de destino donde el trabajador desplazado realice la prestación de servicios, quedan comprendidos en el conjunto de disposiciones normativas aplicables al contrato de carácter transnacional. Si bien es cierto que en España, éstos han de tener una eficacia general para que sea factible su aplicación como referencia de condiciones de trabajo. Como establece VALVERDE ASENSIO, A.,⁶⁸ hay que hablar del carácter "obligatorio" como presupuesto básico de la norma. Lo primordial es entender que un convenio colectivo no deja de ser una norma que tiene como objetivo la garantía de unas condiciones laborales que el legislador considera como mínimas a los trabajadores, y que el empresario que desplaza ha de respetar. Por ello, no estaríamos ante una plena adhesión al convenio colectivo del territorio de destino, sino que se trata del cumplimiento de parte del mismo texto normativo.

A tenor de estas fundamentales sentencias del TJCE quedan a la luz las graves insuficiencias de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de los trabajadores, pues las empresas siguen teniendo la facultad de hacer trabajar a sus empleados desplazados a otro Estado, con los salarios y condiciones de trabajo de otro, que por regla general, evidentemente, son inferiores. Así, vemos

⁶⁷ Asunto Laval (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (gran sala) de 18 de diciembre de 2007 en el asunto c-341/05): "la aplicación de tales normas debe ser adecuada para garantizar la realización del objeto que persiguen, que consiste en la protección de los trabajadores desplazados, y no debe ir más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo".

⁶⁸ VALVERDE ASENSIO, ANTONIO, "Cuantía mínima del salario", en la obra colectiva: Casas Baamonde, M^a Emilia y Del Rey Guanter, Salvador (Dir.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*.

como en la Comunidad Europea, sigue habiendo unas disparidades en las legislaciones nacionales y sus convenios colectivos, que hacen que junto con la escasa legislación laboral europea, se cree un entorno propicio para favorecer el dumping social.

Así las cosas, como vemos, en el panorama actual se necesita llegar a la creación de un sistema de negociación colectiva europeo, para lo cual, sindicatos y organizaciones empresariales deberían trabajar en ello. Para ello, en el presente sindicalismo europeo, se encuentran las organizaciones que han participado en varios procesos de diálogo social y negociación colectiva europea; primeramente de parte de los sindicatos en sí, La Confederación europea de sindicatos, y de parte de la empresa privada, tanto La Unión de Confederaciones de la Industria y los empleadores de Europa como la Confederación Europea de Empresas Públicas. Habida cuenta de que el primer paso para una política sindical europea de negociación colectiva es la existencia de sujetos sindicales y empresariales de dimensión comunitaria, el siguiente será la consecución de una regulación uniformada de las condiciones de trabajo. Así, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a LUZ⁶⁹, nos da una idea de cómo pudiera conseguirse, de dos maneras; en primer lugar, emitiendo una regulación única y de aplicación común dentro del espacio territorial y/o funcional tenido en consideración. O de otra forma, coordinando las regulaciones habidas dentro de ese mismo espacio, a fin de que todas ellas respondan a directrices comunes y en todas ellas se alcance un mismo resultado.

Cierto es que la nota esencial para conseguir este objetivo de normativa común, es que todos los Estados Miembros caminen en esa dirección, algo que parece complicado en la práctica pues la mayoría de veces ocurre que las organizaciones sindicales nacionales defienden a los trabajadores de su mismo país, algo que es, evidentemente, legítimo, pero que debería tener como límite el perjuicio a los derechos laborales de los trabajadores de otro Estado. Más aún, cada Estado miembro tiene su manera autónoma de regular la negociación colectiva en su territorio nacional, que de forma general, diverge notablemente del resto de los Estados Miembros, por lo que parece que llegar a un acuerdo

⁶⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M^a LUZ; op cit, 2006, página 31.

simplemente en el modo de regular esta negociación, parece todo un reto para Europa. En suma, la base de todo sería una coordinación de las negociaciones colectivas nacionales y sectoriales, marcando unas pautas de negociación sobre todo en las políticas salariales y condiciones de trabajo y asegurar unos mínimos en relación con los derechos transnacionales.

En mi opinión, habiendo analizado la normativa tanto nacional como comunitaria, es palpable la falta de un régimen jurídico laboral a nivel comunitario, para evitar tanto situaciones de dumping social como meras ocasiones de mal aplicación de disposiciones a supuestos de trabajo transnacional. Es realmente importante entonces el papel de la negociación colectiva como arma para la creación de esa regulación de condiciones de trabajo para empleados desplazados en supuestos de movilidad geográfica transnacional. Por ello, visto que los convenios colectivos nacionales se ven mayormente limitados, es la activación de los órganos representativos a nivel comunitario los que han de ponerse manos a la obra para que todos podamos de una vez conocer realmente una regulación de medidas de conflicto colectivo supranacional.

3. CONDICIONES LABORALES DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS

3.1 REGULACIÓN COMUNITARIA

Como ya hemos ido viendo a lo largo del estudio, a día de hoy aún no hemos llegado a una creación homogénea de condiciones laborales para los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional. De este modo, el trabajador y el empresario, al inicio de su relación laboral establecen las circunstancias que van a regir su vínculo, como son la jornada de trabajo, el horario, el grupo profesional bajo el que queda integrado el trabajador, o el lugar de prestación de servicios. Sin embargo, cuando ese empresario decide desplazar al trabajador al extranjero, en el marco de una prestación de servicios transnacional, sus condiciones laborales, van a regirse (como ya vimos en el estudio de la competencia judicial internacional) por

la ley que ellos elijan, o en defecto de la misma, quedan expuestos a la ley del país de origen, donde realizan habitualmente su actividad. Pues bien, parece entonces que cuando las condiciones de trabajo del país de origen sean más favorables que las del país de acogida, no habrá ningún inconveniente, pues serán de aplicación al trabajador, en defecto de aquellas más restrictivas del país de prestación temporal de servicios. El problema puede surgir a raíz de que en el país de origen, las condiciones de trabajo sean más restrictivas. Para este supuesto, la Directiva 96/71/CE y las normas de trasposición de cada Estado Miembro, han de garantizar a los trabajadores desplazados al extranjero, unas condiciones mínimas de trabajo que estén en vigor para los trabajadores en el estado de destino, siempre y cuando sean más favorables que aquellas que rijan en el Estado de origen y de la ley del contrato de trabajo. Vemos que la Directiva impone así un cierto equilibrio entre la protección de derechos sociales de los trabajadores y la competencia leal entre las empresas y protege, en consecuencia, la libre circulación de trabajadores y el mercado interno de los estados miembros frente al Dumping Social⁷⁰.

El derecho comunitario no impide que los Estados Miembros apliquen su legislación o sus convenios colectivos *“a toda persona que realice un trabajo asalariado, incluso de carácter temporal en su territorio cualquiera que sea el país de establecimiento del empleador”* ni que, de hecho, éstos *“impongan el respeto de estas reglas por los medios apropiados”*.⁷¹

3.2 REGULACIÓN NACIONAL

En España sucede que cuando el empresario decide desplazar temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, éste, atendiendo a la LDT⁷², ha de garantizarlos una serie de

⁷⁰ FERNÁNDEZ PRIETO, MARTA, *“limitaciones a las restricciones de la libre prestación de servicios en la transposición de la Directiva 96/71/CE (STJCE de 19 de junio de 2008; asunto c-319/06)”*, en la obra colectiva *“Desplazamientos transnacionales de Trabajadores. Estudios sobre la Directiva 96/71/CE”* de Gárate Castro, Javier (coordinador).

⁷¹ Sentencia Rush Portuguesa (apartado 18), STJCE de 9 de agosto de 1994, asunto Vander Elst (apartado 23), o la sentencia Arblade y Leloup (apartado 41).

⁷² Artículo 3: *“Los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española relativas a a) El tiempo de trabajo, en los términos previstos en los artículos 34 a 38 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, b) La cuantía del salario, en los términos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley. c) La igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta (...)”*.

condiciones laborales ya sean legales, reglamentarias o establecidas en convenios colectivos vigentes en nuestro país. Normalmente, estas condiciones mínimas vienen a referirse, entre otras materias, a los periodos máximos de trabajo, periodos mínimos de descanso, cuantía del salario mínimo o igualdad de trato entre hombres y mujeres. Podría parecer que el legislador pretende una imposición de sus disposiciones nacionales para asegurar la protección del trabajador, pero no deja de ser una manera de señalar las normas que ostentan la condición de normas materiales imperativas presentes en nuestro país⁷³.

Por otro lado, el estatuto de los trabajadores, en su artículo 40 garantiza el derecho de todo trabajador a no ser trasladado (ni desplazado temporalmente) de manera unilateral por parte del empresario. Sin embargo esa garantía de inamovilidad puede verse truncada cuando existan razones técnicas, organizativas o de producción que justifiquen la actuación por parte del empresario. Respecto a esta materia se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia 2870/1996 afirmando que *“el poder de dirección empresarial que el artículo 14 del Convenio Colectivo confiere a la Universidad no es omnímodo o absoluto, sino que viene condicionado, entre otras limitaciones, por lo que se acuerde en negociación colectiva”*.

No debe olvidarse, que el Derecho del Trabajo se asienta sobre la irrenunciabilidad de derechos para el trabajador. Como señala el artículo 3.5 ET *“Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”*.

Como ya vimos al inicio de este estudio, cuando pudiera surgir una eventual vulneración de los derechos de un trabajador desplazado, éste, para defenderse, podrá hacerlo a través de un proceso judicial, que del que será competente un tribunal concreto, de acuerdo con la normativa internacional. Para determinar esa competencia judicial internacional, ya sabemos que hemos de estar a las reglas que nos establecen los Convenios y Reglamentos internacionales, así

⁷³ MOYA ESCUDERO, MERCEDES Y RUEDA VALDIVIA RICARDO; *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*. Madrid, 2003.

como la Directiva 96/71/CE. Así las cosas, el desplazamiento de trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, se rige por la ley del país de origen, siendo el de prestación habitual de servicios, o de lo contrario, la norma del lugar del establecimiento contratante del que depende el trabajador. Sucede que la Directiva 96/71/CE, que como sabemos complementa y además, es de aplicación preferente al Convenio de Roma⁷⁴, identifica una serie de condiciones laborales que, sea al lugar que sea desplazado el trabajador, el prestador de servicios deberá respetar, cumplir de manera obligada en ese lugar. La norma pretende una protección de la competencia leal y la desaparición de grandes diferencias de trato entre trabajadores, en aras del orden público.

Sin embargo, la norma comunitaria no delimita de manera concreta esas normas, por lo que hay que entenderlo teniendo la jurisprudencia muy presente; así, el TJCE ya indicaba en una sentencia de 1982 que el derecho comunitario no impide que los estados miembros apliquen su legislación o sus convenios colectivos “a toda persona que realice un trabajo asalariado, incluso de carácter temporal, en su territorio, cualquiera que sea el país de establecimiento del empleador”⁷⁵. Sin embargo, años más tarde, esclareció, en su sentencia del caso Arblade⁷⁶, que los Estados Miembros, no podrán obligar a otra empresa establecida en otro Estado, a cumplir su normativa nacional cuando esto suponga una doble carga debido a que estuviera el desplazado sujeto a normas similares en el país de origen, pues iría en detrimento de la libre prestación de servicios. Por todo lo anterior, ante la inexistencia de una delimitación de las normas que serán de absoluta obligatoriedad atendiendo al orden público comunitaria, la aplicación de las normas imperativas del ordenamiento jurídico nacional de cada Estado Miembro, a las que hace referencia la Directiva 96/71/CE, a cada empresa que preste sus servicios de manera temporal en su

⁷⁴ SERRANO OLIVARES, R. “Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador”, en la obra lectiva: Casas Baamonde, M^º Emilia y Del Rey Guanter, Salvador (Dir.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de febrero de 1982, conocida como Sentencia Seco. Asuntos 62 y 63/1981.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 23 de noviembre de 1999, en los asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96 Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL y Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL.

territorio, sólo se verá justificada en el caso de que la finalidad de dichas normas no se vea cumplida ya por la normativa del Estado de origen.

Pues bien, en la legislación nacional española, las condiciones de trabajo podemos encontrarlas tanto en disposiciones legales como reglamentarias, así como en convenios colectivos y laudos arbitrales que se refieran al sector concreto. Bien es cierto que esos convenios colectivos, han de ser como bien explica la Directiva 96/71/CE, de interés general, entendiendo como tal, aquellos aplicables a todas las empresas del sector.

En el panorama nacional, la norma fundamental para entender el entramado de las condiciones laborales de los trabajadores a nivel transnacional, es la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, debido a que ya comienza en su artículo 1.1 indicando las condiciones mínimas de trabajo que deberán garantizar los empresarios que desplacen a sus trabajadores a España⁷⁷. Esta norma, se limita a establecer lo que CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA⁷⁸ denomina como *regla de conflicto prevalente*, de manera que el lugar de prestación temporal de servicios es el foro principal siempre y cuando las leyes de ese lugar resulten más favorables para el trabajador desplazado. De lo contrario, la LDT remite simplemente a los convenios o contratos que el trabajador tuviera suscritos.⁷⁹

Si bien es cierto que esas condiciones laborales mínimas a las que hace referencia la LDT, están establecidas en nuestro Estatuto de los trabajadores, ésta amplía el listado de estas condiciones de trabajo del lugar de desplazamiento, además de concretar alguna, como la cuantía mínima del salario de los trabajadores desplazados. No obstante, para las empresas de trabajo temporal que decidan desplazar a sus trabajadores a territorio español,

⁷⁷ Ley 45/99 sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Artículo 1.1. La presente Ley tiene por objeto establecer las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo.

⁷⁸ CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA, "Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley", en la obra colectiva Casas Baamonde, M^a Emilia y Del Rey Guanter, Salvador (Dir.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*.

⁷⁹ Artículo 3.5: "Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación a los trabajadores desplazados de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo."

la LDT las expone su obligación de acatar las reglas incluidas en la LETT española⁸⁰. Más aun, enuncia la expresa facultad del trabajador desplazado de percibir, como mínimo la retribución total establecida en el convenio colectivo correspondiente relativo al puesto de trabajo que éste ocupara. Tanto la Directiva como la LDT fijan unas medidas de prevención de abusos de los derechos de trabajadores desplazados, de modo que garantizan como mínimo, las condiciones laborales de los trabajadores españoles y además, aquellas condiciones que establece la LETT.

3.3 EL NÚCLEO DE DISPOSICIONES IMPERATIVAS DE PROTECCIÓN MÍNIMA

Llegados a este punto es preciso detenerse ya en lo que diversos autores⁸¹ denominan como “*núcleo duro*” de la Directiva 96/71/CE, o lo que la propia Directiva define como “*núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima*”⁸² que viene a ser la parte relativa a las condiciones de trabajo en las relaciones transnacionales que con carácter general serán de aplicación a todos los trabajadores desplazados en el Estado de destino. Así, la Directiva deja un margen de ampliación o reducción de las condiciones de trabajo. En concreto vamos a tratar las condiciones laborales de mayor transcendencia.

Es preciso añadir en este momento, que el gobierno acaba de aprobar el nuevo Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo⁸³, por el que se trasponen directivas de la Unión Europea y que es de interés para nuestro trabajo debido a que reforma también algunos aspectos referidos al desplazamiento de trabajadores. Este Real Decreto Ley contiene las modificaciones que incorporan al ordenamiento interno la directiva de la Unión Europea sobre el desplazamiento de trabajadores, 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. De este modo no es solo la Directiva lo que se modifica, sino que es también su

⁸⁰ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

⁸¹ Como SERRANO OLIVARES R. O CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA, en la obra colectiva Casas Baamonde, M^a Emilia y Del Rey Guanter, Salvador (Dir.) Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales

⁸² Exposición de motivos de la Directiva 96/71/CE. Apartado 13.

⁸³ Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. BOE Núm. 126 Sábado 27 de mayo de 2017.

norma de trasposición, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, principalmente su título IV.

Con esta nueva normativa se pretende garantizar que se respete un nivel apropiado de protección de los derechos de los trabajadores desplazados para la prestación de servicios transfronteriza, en particular, que se cumplan las condiciones de empleo aplicables en Estado miembro donde se vaya a prestar el servicio, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, facilitando al mismo tiempo el ejercicio de la libre prestación de servicios a los prestadores y promoviendo un clima de competencia leal dentro de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo.

Entre otras cosas, se añaden una serie de infracciones graves como la presentación de la comunicación de desplazamiento con posterioridad a su inicio o sin designar así como el hecho de no tener disponible en España, durante el desplazamiento, la documentación relativa a éste en los términos legalmente establecidos o no dar cuenta en tiempo y forma a la autoridad laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la calificación de graves, muy graves o mortales⁸⁴.

No obstante, las modificaciones de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, serán aplicables a los desplazamientos ya iniciados al 28 de mayo de 2017 si a esa fecha los trabajadores desplazados continúan prestando servicios en España.

3.3.1 LA COMUNICACIÓN PREVIA.

En primer lugar, y antes de que comience el desplazamiento, el trabajador tiene derecho a ser conocedor, mediante un comunicado, de su inminente movilidad, pero además, *la autoridad Laboral competente por razón del territorio en el que vayan a prestar los servicios*, ha de tener constancia de esa comunicación también. Quedan excluidos de esa comunicación previa, aquellos

⁸⁴ LÓPEZ CUMBRE, LOURDES, “*Transposición de las normas europeas en materia de desplazamiento de trabajadores*”. Análisis, junio 2017.

desplazamientos que no van a superar los ocho días⁸⁵, y tiene su lógica, pues esos desplazamientos de corta duración, no van a llegar a regirse por la ley española, y es por esa razón por lo que la LDT les excluye de su ámbito de aplicación. La LDT española, básicamente en su artículo 5 enuncia las características que habrá de tener la comunicación, como la mínima identificación de las funciones que el trabajador realizará en territorio español, además de la identificación del marco en el que el trabajador realizará su prestación. Así, se especificará si va a ser una movilidad geográfica en un grupo de empresas, en una puesta a disposición por parte de un ETT o una contrata por ejemplo del mismo modo que se tendrá que establecer la empresa que realiza el desplazamiento, el trabajador desplazado y las características de la movilidad (fechas de inicio y final del desplazamiento aproximadas, la identificación del lugar donde se prestarán los servicios en territorio nacional y duración del desplazamiento).

Al respecto de esta obligación empresarial de comunicación, es preciso señalar que la previsión legal se limita a disponer la puesta en conocimiento de la comunicación. No contiene ningún elemento que permita mantener que la autoridad laboral haya de autorizar los desplazamientos objeto de aquella⁸⁶. Y en esta línea el Tribunal de Justicia⁸⁷, ha tenido oportunidad de señalar en una sentencia del año 2010 que, el hecho de que los desplazamientos se vieran dependientes de una concesión de autorización previa, constituye una auténtica limitación a la libre prestación de servicios, pues considera que va *“más allá de lo necesario a la hora de garantizar la protección de los trabajadores desplazados”*⁸⁸.

⁸⁵ Artículo 5.3 de la ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional: No será exigible la comunicación a que se refieren los apartados anteriores en el caso de los desplazamientos definidos en las letras a) y b) del artículo 2.1.1. cuya duración no exceda de ocho días.

⁸⁶ GÁRATE CASTRO, JAVIER *“los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios”*. Valencia, 2012.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de octubre de 2010, asunto C-515/08.

⁸⁸ Apartado 52 de la Sentencia.

3.3.2 EL SALARIO

La composición del núcleo duro de las condiciones laborales que antes citábamos, reconocidas desde la Directiva 96/71/CE a aquellos trabajadores desplazados tiene su base esencial en el salario. La razón de esta importancia respecto de las demás condiciones salariales, quizá sea su complejidad a la hora de armonizar las legislaciones nacionales, por la considerable diferencia existente entre las retribuciones de los diversos Estados⁸⁹. Hemos de partir de la base de que el mayor aliciente para un trabajador a la hora de tomar la decisión de aceptar un destino internacional, junto con otros elemento de índole distinto, más vinculados con la promoción en el trabajo y el desarrollo profesional⁹⁰.

3.3.2.1 CUANTÍA MÍNIMA DEL SALARIO.

Vamos a comenzar con el aspecto más relevante tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, y es la cuantía mínima del salario. Es una materia fundamental sobretodo tratada desde el estudio de la Directiva 96/71/CE y la LDT, porque se trata de una de las condiciones de trabajo que mayores ventajas competitivas entre empresas ha supuesto en el marco de las prestaciones de servicios intracomunitarias; situación derivada en gran medida de la circunstancia de que la Comunidad Europea no cuenta con competencias de intervención sobre esta materia⁹¹. De este modo, la cuantía mínima del salario queda completamente en manos de los legisladores nacionales de cada Estado. Así, la Directiva no define en ningún momento lo que hemos de tener por cuantía de salario mínima, sino que remite, en nuestro caso, a la LDT.

En este sentido se ha pronunciado el TJUE⁹² en 2015 recordando que la Directiva 96/71/CE lo que pretende es que a los trabajadores desplazados se les asegure unas condiciones mínimas de protección. Aunque señala que la norma

⁸⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*. Editorial Lex Nova, año 2006.

⁹⁰ Así lo establece GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S. *“Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y las personas”*

⁹¹ SERRANO OLIVARES, R. *“Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador”*, en la obra lectiva: Casas Baamonde, M^ª Emilia y Del Rey Guanter, Salvador (Dir.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*.

⁹² STJUE de 12 de febrero de 2015, asunto sahkalojen ammattiliitto ry/ Elektrobudowa spolka Akcyjna.

comunitaria no ha armonizado el contenido material de las mismas, de manera que se remite expresamente a la normativa nacional del estado de destino para la determinación del salario mínimo.

Así las cosas, la propia Directiva establece que *la noción de cuantías de salario mínimo (...) se definirá mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado*⁹³. Es decir, lo que haya de entenderse por salario mínimo ha de especificarse en la ley del estado de destino del desplazamiento⁹⁴ pero entonces puede suceder que, dado las normas de contenido mínimo e imperativas de los Estados miembros no son idénticas y el tratamiento legal es distinto, puede ocasionar diferencias entre los distintos ordenamientos y posibles problemas en las prestaciones de servicios a la hora de la competitividad de las empresas y derechos de los trabajadores cuando se desplacen a otros Estados diferentes, ya no solo por los conceptos de salarios mínimos, sino por la situación económica de dichos Estados⁹⁵.

De este modo, la legislación española define la cuantía mínima de salario como *aquella constituida en cómputo anual por el salario base y los complementos salariales, las gratificaciones extraordinarias, y, en su caso, lo correspondiente al trabajo nocturno y a las horas extraordinarias o complementarias*. Una vez se calcule la cuantía mínima de acuerdo con la fórmula indicada con arreglo al derecho español, ya se procederá a determinar si dicha cuantía es superior a la derivada de la ley aplicable al contrato de trabajo (la del Estado de origen) y será como ya dijimos, integrando los complementos por el desplazamiento que nos respondan a gastos originados por éste (viaje, alojamiento, manutención)⁹⁶. En esa línea, el artículo 4 de la LDT indica *que los empresarios que desplacen trabajadores a España deberán garantizar a éstos la cuantía mínima del salario prevista en las disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios*

⁹³ Artículo 3.1.g).

⁹⁴ En este sentido, ya se pronunció el TJCE de 23 de noviembre de 1999 en asuntos C-369/96 y C-376/96 donde afirmó que “el derecho comunitario no se opone a que los Estados Miembros extiendan su regulación, a los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, relativos al salario mínimo, a toda persona que realice su trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario”.

⁹⁵ GIL PÉREZ, M^a ENCARNACIÓN “Repensando el núcleo duro de las condiciones de trabajo en el Estado de acogida y la protección de los trabajadores desplazados” en la obra colectiva “el desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro” de Olga Fotinopoulou Basurko (Coord.)

⁹⁶ GÁRATE CASTRO, JAVIER “los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios”. Valencia, 2012.

colectivos a que se refiere el artículo 3.4 para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado.

3.3.2.2 LA PROBLEMÁTICA DEL SALARIO DE ORIGEN

A la hora de hablar de esta cuestión, no podemos olvidar que el TJCE admite incluso antes de que viese la luz la Directiva, la compatibilidad con el Derecho comunitario de la aplicación por el Estado de acogida de la legislación y de los convenios colectivos en materia de salarios mínimos a toda persona que realizase en su territorio un trabajo por cuenta ajena, aunque fuese temporalmente, con independencia de la nacionalidad del empresario, así como la posibilidad de los Estados de hacer cumplir dichas normas por todos los medios adecuados⁹⁷, también tiene dicho este mismo tribunal que no cabe justificar medidas que constituyan una limitación de la libre prestación de servicios en aras de objetivos de carácter económico, como la protección de empresas nacionales⁹⁸. En concreto en esa última sentencia, denominada Mazzoleni, procede a la tarea de comparar los salarios mínimos en su importe bruto, en el seno del juicio de proporcionalidad, en aras de comprobar si la inaplicación de la *lex loci laboris* puede “*generar tensiones entre los trabajadores e incluso poner en peligro la coherencia de los convenios colectivos vigentes en el Estado miembro de establecimiento*”. Declara el tribunal que los artículos 49 y 50 del TCE (actuales 56 y 57 del TFUE) “*no se oponen a que un Estado Miembro imponga a una empresa establecida en otro Estado miembro y que efectúe una prestación de servicios en el territorio del primer estado miembro, la obligación de pagar a sus trabajadores la retribución mínima que fijen las normas nacionales de dicho Estado. (...) Incumbe a las autoridades competentes del estado miembro de acogida determinar si la aplicación a la referida empresa de una normativa nacional que establece un salario mínimo es necesaria y proporcionada para garantizar la protección de los trabajadores afectados, y de ser así, en qué medida*”. Este pronunciamiento supone un punto de inflexión desde el momento en que el TJCE señala la posibilidad de que en caso de

⁹⁷ STJCE de 3 de febrero de 1982, Seco, (Asuntos acumulados 62/81 y 63/81). En la misma línea, STJCE asunto Rush Portuguesa.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 marzo de 2001 (asunto Mazzoleni C-165/98).

desplazamiento residual, la citada aplicación resulte desproporcionada y encomienda a las autoridades competentes del Estado de destino la labor de valoración de la citada proporcionalidad. Supone pues, una evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de la normativa laboral del Estado de acogida a trabajadores desplazados⁹⁹. Así pues, se deja ver que la aplicación de la normativa del país de acogida se configura como restricción de la libertad de prestación de servicios.

De este modo, antes de imponer al empresario que desplaza a sus trabajadores a otro territorio el respeto del salario mínimo del estado de acogida, es preciso comprobar que la exigencia que se pretender imponer supone efectivamente para los trabajadores afectados una ventaja real que contribuye de manera significativa a su protección social¹⁰⁰. Así, es lógico pensar que si el trabajador queda suficientemente protegido por su legislación de origen, no tiene ningún sentido que se obligue a la aplicación del coste salarial del Estado de destino.

Supone como vemos, uno de los principales problemas el comparar el salario del convenio que se pretenda garantizar al trabajador con el salario que haya estado percibiendo el trabajador de acuerdo con la legislación aplicable al contrato de trabajo. La norma no prevé que sea diferente el modo del cálculo del salario, o la estructura del mismo sea diferente, de manera que queda un vacío legal en manos de interpretación. Es decir, la normativa comunitaria (mucho menos, la nacional) no da solución a la interpretación que hemos de hacer a la hora de comparar la cuantía mínima del salario garantizada por la norma derivada de la legislación comunitaria y el salario reconocido al trabajador por la ley aplicable al contrato de trabajo.

Se trata de un proceso que llega a ser en la mayoría de las ocasiones, complejo y delicado, según queda plasmado en una sentencia del TJCE¹⁰¹, en la que las partes discrepan en cuanto al método que ha de aplicarse a la hora de comparar la cuantía del salario.

⁹⁹ FERNANDEZ PROL, FRANCISCO “Desplazamientos temporales de trabajadores: normativa estatal obligatoria versus libertad de prestación de servicios (STJCE de 15 de marzo de 2001, asunto C-165/98)”. En la obra colectiva “desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)” de Gárate Castro, Javier (coordinador).

¹⁰⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*. Editorial Lex Nova, año 2006.

¹⁰¹ Sentencia TJUE de 14 de abril de 2005 (asunto c-341/02, comisión contra República Federal de Alemania).

En este sentido, VALVERDE ASENSIO, ANTONIO¹⁰² nos aproxima a una posible solución, estableciendo que dicha comparación salarial de ha de realizar desde la perspectiva de *las reglas de absorción y compensación*, dejando fuera la mera comparación que nos llevaría a una solución incompleta y centrándose en las partidas salariales. Así, pretende la comparación de partidas homogéneas a la vez que prevé la suma de aquellas partidas que el trabajador desplazado tuviera reconocidas atendiendo a la ley aplicable a su contrato y que no estuvieran previstas en el convenio colectivo del que deriva la cuantía mínima salarial garantizada en nuestro país. Además, se añaden aquellas partidas salariales previstas en el artículo 4 de la LDT (horas extraordinarias, complementarias y el trabajo nocturno), siempre que no estuvieran ya incluidas en las reconocidas por la ley aplicable al contrato de trabajo. Parece una solución lógica desde el momento en que no toma en consideración una cifra de salario sin más, sino que pretender tener en cuenta diferentes partidas salariales que se prevén de hecho por ejemplo en nuestra normativa nacional como hemos visto o aquellas que el propio trabajador traía ya reconocidas fuera del instrumento colectivo.

Por último, no debe olvidarse que en ocasiones, la norma a aplicar para la regulación del salario mínimo en cuestión, puede suponer una restricción de los derechos. En este sentido, el TJCE en otra de las sentencias esenciales para la comprensión de la materia salarial, Sentencia WOLFF & MULLER¹⁰³, procede al reconocimiento expreso de la prevención del dumping social como razón imperiosa de interés general en relación al salario mínimo de los trabajadores desplazados. Así, si bien en la mayor parte de los casos el TJUE ha admitido la posibilidad de excepcionar legítimamente las libertades comunitarias mediante medidas estatales de prevención del dumping social, existen dos pronunciamientos, Finalarte y Portugaia, en los que el TJUE no ha reconocido dicho objetivo como una razón imperiosa de interés general cuando tales medidas, además de su finalidad socio-laboral, están destinadas a proteger a las empresas nacionales de una competencia basada en costes sociales.

¹⁰² VALVERDE ASENSIO, ANTONIO, "*Cuantía mínima del salario*", en la obra lectiva: Casas Baamonde, M^a Emilia y Del Rey Guanter, Salvador (Dir.) Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 octubre 2004. (Asunto Wolff & Muller C-60/03).

Es así que en este pronunciamiento, el Tribunal reconoce facultad al empresario de establecer una obligación de pago solidario respecto del contratista en relación al salario mínimo a un organismo común establecido por las partes de un convenio colectivo, cuando el salario mínimo consista en la cantidad adeudada al trabajador. Así, destaca que *“en la medida en que uno de los objetivos perseguidos por el legislador nacional consiste en evitar la competencia desleal por parte de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo, [...], puede considerarse que un objetivo de esa índole constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios”¹⁰⁴*

A modo de conclusión, y dada la conflictividad que ofrece la materia salarial, se insiste en que por regla general, los salarios a comparar se han de tomar en consideración como importe bruto, y además, para evitar la aplicación de la normativa del Estado de destino, porque no ofrezca al trabajador una ventaja real, es suficiente con que se exponga que la situación de los trabajadores desplazados es comparable o equivalente, en su conjunto, con la que disfrutaban los trabajadores del estado de destino, en virtud de su regulación. De ese modo, se considerará que *“se ha alcanzado el objetivo del Estado miembro de acogida de garantizar a los empleados de tales prestadores de servicios el mismo nivel de protección social que se aplica en su territorio a los trabajadores del sector”*¹⁰⁵.

3.3.2.3 COMPLEMENTOS SALARIALES POR DESPLAZAMIENTO

Además de esas condiciones mínimas garantizadas, esos derechos básicos de los trabajadores objeto de movilidad internacional, las empresas suelen ofrecer a sus empleados una serie de compensaciones generalmente salariales. El objeto principal de estas prácticas empresariales que están muy generalizadas, suele ser el de generar beneficios al trabajador que se desplaza, para garantizarle no solo en la medida de lo posible sus condiciones laborales, sino intentar mantener su capacidad económica. No deja de ser una motivación, un

¹⁰⁴ Más tarde, el TJUE en su sentencia conocida como Finalarte (STJCE de 25 de octubre de 2001, asuntos acumulados), seguirá insistiendo en que esa ponderación de la normativa nacional aplicable, que se realizará teniendo en cuenta si “se puede alcanzar mediante normas menos restrictivas”, siempre midiendo en aras del principio de proporcionalidad.

¹⁰⁵ STJCE de 15 de marzo de 2001 apartado 35. Asunto C-165/98, Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SAR (ISA).

incentivo para que el trabajador propuesta para la movilidad internacional acepte el reto de desplazarse al extranjero en el marco de una prestación de servicios transnacional.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 2987/2013 de 7 noviembre. AS 2014\127 califica estos complementos como primas de expatriación, y establece *que su ratio essendi radica en el reconocimiento del esfuerzo personal que supone el cambiar de residencia para prestar servicios en otro país y adaptarse a sus específicas peculiaridades, de igual forma que la partida retributiva denominada diferencial, que se destina a compensar al trabajador desplazado por el mayor coste de vida entre el país de origen y el de destino*. Si bien es cierto que de acuerdo con el Estatuto de los trabajadores no han de considerarse como salario las cantidades satisfechas por la empresa que no estén destinadas a compensar, sensu stricto, la prestación de los servicios, de forma que sólo es salario la retribución que se satisface al trabajador como contraprestación a la actividad laboral ejecutada, hemos de estar a cada caso concreto y a las circunstancias que en él se den, pues por ejemplo en el caso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 7 noviembre de 2013¹⁰⁶, en el que como consecuencia del desplazamiento del actor a Méjico, fue la propia empresa demandada quien confeccionó las condiciones retributivas correspondientes partiendo de tal hecho, no sólo a través de lo que se constituye el trabajo prestado, sino así mismo de las cantidades destinadas a compensar, por medio de diversas partidas, todo lo que implica la movilidad a aquel país, en los términos que refiere la carta de desplazamiento y el documento de política de asignaciones internacionales de larga duración, medios probatorios que evidencian la voluntad efectiva de la demandada de integrar como retribución compensatoria de naturaleza salarial todos aquellos conceptos.

¹⁰⁶Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 2987/2013 de 7 noviembre de 2013. AS 2014\127

- COMPLEMENTO DE DESTINO O PLUS DE EXPATRIACIÓN

El Derecho al abono de gastos de desplazamiento. Son las denominadas dietas por desplazamiento, que vienen a ser una compensación por gastos a cargo de la empresa como consecuencia de los traslados o desplazamientos a lugar distinto de aquel donde el trabajador presta habitualmente sus servicios. Además, puede recibir el trabajador un complemento de destino en el extranjero, aquel complemento más característico de la movilidad geográfica transnacional, pues se premia la misma de manera específica, como incentivo para que el trabajador acepte el desplazamiento.

Así, se reclama en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, Sentencia 5/2009 de 30 Jun. 2009, Rec. 4/2009: *el cobro de la dieta de desplazamiento internacional, puesto que se ha denegado cuando siempre se había abonado a pesar de que no se pernoctaba en el país extranjero. Ello supone la aceptación por ambas partes de que se estaba percibiendo una dieta, la de desplazamiento junto con la de vuelo, pese a que no se pernoctaba; por lo que tal dieta sustituye a la dieta de vuelo internacional, prevista legalmente pero inexistente. Todo ello pone de manifiesto la existencia de una práctica empresarial que ahora la empresa pretende desconocer, alegando que el pago era por error, pues al no pernoctar en el extranjero no tendría derecho a la dieta de desplazamiento.*

El tribunal estima la demanda, *pues siendo cierto y aceptado por todos que se perciben dos dietas (la de vuelo y la de desplazamiento) sin que se pernocte, también se acepta que esto se viene abonando así desde hace años cuando el avión se desplaza a un país extranjero, sin pernoctar en él. Existe, por ello, una práctica empresarial que se ha incorporado al contrato como condición más beneficiosa que no puede ahora la empresa unilateralmente desconocer.* Así, se les reconoce a los pilotos su derecho al abono de la dieta de desplazamiento internacional cuando realicen un servicio que haga escala en un aeropuerto extranjero.

El plus de expatriación nace en aras a la necesidad ineludible de adaptar las condiciones retributivas del personal desplazado a un país extranjero a las circunstancias en las que se desarrolla su prestación de servicios, garantizando

de este modo el tratamiento equitativo de todo el personal expatriado, así como la posibilidad de cada proyecto de desplazamiento. El plus de expatriación es *considerado como salario, por lo que su importe debe computarse a efectos de calcular la indemnización que corresponde percibir al actor*¹⁰⁷.

Esta manera de compensación que se hace al trabajador desplazado queda claramente descrita en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid¹⁰⁸ en la que el contrato de trabajo entre empresario y trabajador fijaba que los horarios, y régimen de descanso quedaban a merced de las normas del lugar de prestación de servicios temporal (Indonesia en este caso), de manera que, ya sabiendo que las jornadas iban a variar sustancialmente, se estableció un “plus de expatriación”¹⁰⁹ que compensaba totalmente cualquier diferencia a la que se enfrentara el trabajador. El Tribunal establecía en concreto, que *“el plus de expatriación sobradamente compensa cualquier diferencia de jornada que pudiera existir. Tampoco pues se infringe el art. 35 del ET al considerar como horas extraordinarias el exceso de jornada, pues no es menos cierto que han sido con creces abonados al percibir el plus de expatriación antes dicho”*.

Este plus variará en cada caso concreto, según acuerden las partes. Por ejemplo en la sentencia del tribunal Supremo de 2015¹¹⁰ la empresa y trabajador establecen por contrato *un plus general de expatriación equivalente al 10% del salario bruto de referencia del año de aplicación*, sin embargo, en otra sentencia del mismo Tribunal, del año 2016¹¹¹, se establece un plus general de expatriación equivalente al 50% del salario bruto de referencia del año de aplicación. Así, lo que la jurisprudencia ha señalado contundentemente es que se puede suprimir toda aplicación de normas que retribuyan la relación de horas trabajadas, así como las extraordinarias por medio del recurso a la teoría de la compensación.

Finalmente en relación con las figuras que aparecen en torno al salario de expatriación, me parece importante añadir una sentencia del Tribunal Superior

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia de 22 febrero 1985. RJ 1985\686

¹⁰⁸ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª), Sentencia de 14 marzo 1997. AS 1997\692. FD 2.

¹⁰⁹ M. MOLINA MARTÍN, AMPARO. *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico laboral*. Navarra, 2010.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 17 Jun. 2015, Rec. 1561/2014

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Sentencia 356/2016 de 27 Abr. 2016, Rec. 19/2016.

de Justicia de Madrid, de 10 de noviembre de 2016¹¹² en la cual se puede observar a qué responde cada calificación salarial. En el contrato de movilidad internacional, se pactó la retribución dineraria anual bruta que el trabajador percibiría durante la expatriación partiendo del salario bruto anual que percibía en su puesto inmediatamente anterior a su expatriación que denominaban "salario bruto anual de referencia", obteniendo otra cantidad a la que denominan "salario neto anual de referencia"; se estableció un "plus neto anual de expatriación" que se devengará por cada mes de estancia efectiva en el lugar de destino o bien la parte proporcional para el caso que el período de trabajo sea inferior al mes. El salario neto anual de expatriación se obtiene de la suma del salario neto anual de referencia y del plus neto anual de expatriación. El "salario bruto anual de expatriación" se obtiene añadiendo al "salario neto anual de expatriación".

- *PRIMA DEL PAÍS*

La retribución de los trabajadores expatriados está muy ligada a las características del país de destino, es decir, uno de los principales objetivos que tiene el empresario a la hora de desplazar a sus trabajadores a un país extranjero, es la toma en consideración de una serie de cantidades que llevan consigo el objetivo de compensar las diferencias en las condiciones de vida que puedan provocarse a raíz del proceso de expatriación. En definitiva, lo que va a tenerse en cuenta es la mayor o menor diferencia de las condiciones del país de destino con España. Cuando se hace mención a la alternativa de compensar al trabajador por motivo de la movilidad geográfica en un particular Estado y no en otro, no se debe caer en el error de reducirlo todo al punto de vista económico, sino que es preciso ampliar miras¹¹³. De esta forma, además del diferente coste de vida, hemos de observar también elementos tales como podría ser la peligrosidad del Estado de destino, la distancia con el país de origen o el idioma oficial¹¹⁴. Este plus, por tanto, varía en función de las características del país de

¹¹² sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Sentencia 958/2016 de 10 Nov. 2016, Rec. 269/2016.

¹¹³ M. MOLINA MARTÍN, AMPARO. *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico laboral*. Navarra, 2010.

¹¹⁴ Elementos que también se tienen en cuenta en el estudio de Colomer Blasco, T., "La política salarial en la movilidad internacional: la experiencia de BBVA".

destino. Es variable porque depende de las condiciones de vida que en el país extranjero existen y su semejanza o no con las del país de origen del trabajador.

La prima del país aparece como fórmula elegida para premiar a aquellos trabajadores que deciden embarcarse en una prestación de servicios transnacional en algún país considerado poco recomendable a la hora de prestar servicios en él. De esta manera, es un complemento como el que hemos visto de destino en el extranjero, pero observamos que se tiene más en cuenta la vinculación del contrato con el puesto de trabajo, teniendo en cuenta variables concretas del país de destino del trabajador, intentando compensar de manera económica un perjuicio o incomodidad que puede suponer la vida en un país con calidad de vida inferior a la que se disfruta en España. Es por tanto, un complemento más restrictivo, concreto que el del destino, pues atiende de manera más intensa a cada caso concreto, cada circunstancia del lugar al que el trabajador va a ser destinado.

- *COMPENSACIÓN DE LAS DIFERENCIAS DEL COSTE DE VIDA*

Al margen de la prima del país, que hemos visto que es el plus que mejor parece complementar a la expatriación, existen otras maneras de hacerlo, en concreto, a la hora de compensar la diferencia de coste de vida que pudiera existir entre el país de origen y el de acogida, cuando el trabajador viera diezmado su poder adquisitivo.

Este tipo de complemento no deja de tener la misma naturaleza y características que el complemento de destino en el extranjero y la prima del país, por lo que seguimos estando ante una retribución de carácter salarial al trabajador expatriado.

Si bien, este complemento plantea la dificultad de clarificar cuales son los elementos que han de valorarse a la hora de cuantificar el montante del complemento por diferencial de coste de vida, y por otro, reflexionar sobre la gran variabilidad o mutabilidad que presenta un plus de esas características, por estar vinculado con elementos muy particulares como las diferencias entre dos

concretos países en relación con la específica prestación de servicios de un determinado trabajador¹¹⁵.

Pues bien, estos elementos tan detallados que caracterizan este complemento a la hora de concretarlo cuantitativamente, vienen a ser de manera fundamental aquellos relacionados con el nivel de vida y poder adquisitivo del trabajador que se desplaza. Más concretamente, las empresas habrán de estar al coste que supone para el trabajador el consumo de bienes y servicios en el país de expatriación, y la relación con el montante de ingresos que pudiera recibir, estando a lo que éste pudiera conseguir ahorrar o invertir.

- MODIFICACIÓN DE LAS DIETAS POR DESPLAZAMIENTO

Este complemento puede presentar problemas cuando el empresario decide modificar la cuantía del mismo. En este sentido, cuando el cambio afecta al total de las dietas que se abonan por manutención para los trabajadores desplazados al extranjero, la jurisprudencia considera que se lleva a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Así se ha pronunciado el alto Tribunal, mediante sentencia de Tribunal Supremo de 12 septiembre de 2016¹¹⁶, en la que al producirse una modificación *de las dietas por desplazamiento*, sin acreditar causa para ello, supone una importante reducción de las indemnizaciones por manutención en los desplazamientos al extranjero. *Esos importes sensiblemente inferiores comportan una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Además, se apunta hacia la falta de justificación de la medida y la incoherencia de que se abone el mismo importe por viajar a países con niveles de vida muy diversos.*

Si bien es cierto, en esta ocasión la jurisprudencia tampoco se pone de acuerdo y La Sala de lo Social gallega explica que " *la decisión de la empresa, modificando el importe de las dietas y adoptando otros parámetros, no es modificación sustancial de las condiciones de trabajo porque no afecta a las retribuciones de los trabajadores, sino a las dietas que no figuran entre las*

¹¹⁵ M. MOLINA MARTÍN, AMPARO. La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico laboral. Navarra, 2010.

¹¹⁶ sentencia de Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 717/2016 de 12 Sep. 2016, Rec. 246/2015.

causas o supuestos recogidos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores como modificación sustancial de las condiciones de trabajo ".

Sin embargo, parece más lógico inclinarse hacia el pensamiento del alto tribunal, *pues no es admisible que una empresa altere la forma de compensar los gastos que su plantilla debe afrontar como consecuencia de los desplazamientos laborales y que descartemos la entrada en juego del régimen de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo por el hecho de que se trate de compensar gastos y de prestaciones no salariales. Hay diversas sentencias en el sentido de establecer que determinados conceptos extra salariales sean tratados de acuerdo a la regulación del artículo 41 del ET¹¹⁷.*

Por tanto, queda sentado que el carácter extra salarial de la dieta en modo alguno descarta que los cambios introducidos respecto de su alcance hayan de tramitarse con arreglo al art. 41 ET y ajustarse a sus exigencias causales.

Hay doctrina sentada de alcance general acerca de qué se entiende por cambio sustancial. En SSTS como las de 11 de diciembre de 1997 (rec. 1281/1997), 22 de septiembre de 2003 (rec. 122/2002), 10 de octubre de 2005 (rec. 183/2004), 26 de abril de 2006 (rec. 2076/2005), 17 abril 2012 (rec. 156/2011) o 25 noviembre 2015 (rec. 229/2014). Con arreglo a esta doctrina se entiende por modificación sustancial de las condiciones de trabajo *aquellas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista "ad exemplum" del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del "iusvariandi" empresarial.* Por tanto, una vez más tendremos que recurrir a la interpretación de las circunstancias que concurren, y habremos de valorar la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones que pudieran haberse acordado entre las partes, pues de todo lo anterior dependerá que la

¹¹⁷ STS 27 junio 2005 (rec. 9 4 /2004)

intensidad del perjuicio que se impone al trabajador desplazado, haya de ser calificado como sustancial o accidental.

Así, se reclama en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, Sentencia 5/2009 de 30 Jun. 2009, Rec. 4/2009: *el cobro de la dieta de desplazamiento internacional, puesto que se ha denegado cuando siempre se había abonado a pesar de que no se pernoctaba en el país extranjero. Ello supone la aceptación por ambas partes de que se estaba percibiendo una dieta, la de desplazamiento junto con la de vuelo, pese a que no se pernoctaba; por lo que tal dieta sustituye a la dieta de vuelo internacional, prevista legalmente pero inexistente. Todo ello pone de manifiesto la existencia de una práctica empresarial que ahora la empresa pretende desconocer, alegando que el pago era por error, pues al no pernoctar en el extranjero no tendría derecho a la dieta de desplazamiento.*

El tribunal estima la demanda, *pues siendo cierto y aceptado por todos que se perciben dos dietas (la de vuelo y la de desplazamiento) sin que se pernocte, también se acepta que esto se viene abonando así desde hace años cuando el avión se desplaza a un país extranjero, sin pernoctar en él. Existe, por ello, una práctica empresarial que se ha incorporado al contrato como condición más beneficiosa que no puede ahora la empresa unilateralmente desconocer.* Así, se les reconoce a los pilotos su derecho al abono de la dieta de desplazamiento internacional cuando realicen un servicio que haga escala en un aeropuerto extranjero.

3.3.2.4 OTROS ELEMENTOS RETRIBUTIVOS

Es por todos sabido que el salario se recibe de manera generalizada mediante dinero, sin embargo puede suceder que se perciba en especie, siempre que así lo permita una ley, el convenio colectivo aplicable o se encuentre pactado en el contrato de trabajo o las partes lo acuerden posteriormente al contrato también.

El trabajador desplazado puede recibir lo que se denomina el salario en especie, también denominado retribución flexible, que tiene como característica principal que se trata de una retribución salarial no monetaria, es decir, que nunca puede

tratarse de dinero en efectivo. En el estudio de esta figura puede llegar a confundirnos lo que puede considerarse como salario en especie y lo que es un complemento extra salarial. Sin embargo, estas figuras presentan sus diferencias, si bien es cierto que ambas responden a una compensación o indemnización de los gastos que pudieran derivarse del desarrollo de una actividad profesional, un complemento extra salarial será aquel que se abona en un caso concreto, nunca va a ser una percepción para el trabajador de una partida fija, de un abono periódico, mientras que el salario en especie es precisamente una entrega fija, que se entre al trabajador de manera periódica. Además, el complemento extra salarial, no computará a la hora de calcular el salario por vacaciones por ejemplo, o una indemnización como podría ser por despido que veremos más adelante. Pero no ocurre así en el caso de salario en especie, puesto que éste sí computará por indemnización, pues es salario a todos los efectos, de hecho cotiza y tributa como tal.

En suma, esta modalidad salarial, viene a ser ese complemento que compensa el incremento de coste de vida en el país de destino, con el objetivo de que el trabajador no pierda en calidad de vida. Así, existen diversas maneras de retribuir en especie, entre otras, el cheque restaurante o uso de un comedor para los trabajadores desplazados, la concesión del uso de un coche de empresa o un abono transporte, así como el disfrute de una vivienda de la que podrá disfrutar el trabajador sin pagar ningún tipo de alquiler o pagar una cantidad inferior a la de mercado. También podrán en este sentido, disfrutar los trabajadores expatriados seguro médico y/o de vida, viajes para el empleado y su familia para volver al país de origen, España. No hay una cantidad exacta, dependerá siempre de la duración de la expatriación, pero suelen acordarse uno o dos viajes al año. A continuación vamos a estudiar algunos de elementos retributivos más característicos de los trabajadores destinados a país extranjero.

- ABONO POR COMIDAS

Es el también conocido como ticket restaurante¹¹⁸ y también se contempla como retribución en especie, debido a que *consta idéntica cantidad abonada, lo que revela que el abono de este concepto no responde al gasto invertido por el actor en su manutención como consecuencia del trabajo prestado en los días efectivos de la actividad, sino que obedece a lo que la empresa entiende como uno más de todas las compensaciones.*

Es el artículo 26.2 ET el que delimita esa naturaleza de la dieta. *El concepto de misma lleva pues implícito el de desplazamiento temporal del lugar habitual de trabajo a otro distinto.* Así lo explican numerosas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 16 septiembre 2013 (rec. 35/2013) y las en ella citadas. La dieta por desplazamiento tiene una naturaleza salarial, es una percepción económica, cuya finalidad es compensar al trabajador los gastos que tiene que realizar fuera de su centro habitual de prestación de servicios, en relación con comidas, pernoctación, etcétera.

Resta por último pronunciarse sobre la naturaleza salarial de las partidas de la retribución del actor, al respecto de lo cual, son consideradas como salariales, porque como ya indicaran las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14-12-2009 (JUR 2009, 108439) y 15-3-2010 (JUR 2010, 207622) , analizando las partidas cobradas por un trabajador durante su expatriación, tanto la prima de expatriación, como el diferencial del coste de vida, tickets de restaurante y uso de vivienda, tienen carácter salarial y ello por las sentencias que las referidas sentencias explican.

No obstante, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003¹¹⁹ recuerda que *el abono por comida puede tener distintas causas y finalidades. Así se desprende de la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 2002 (recurso 4070/01) cuando dice, que “El Estatuto de los Trabajadores construye la noción del salario sobre la regla general, positiva y global del art. 26.1 : “La regla general contiene -lo señaló este Tribunal en sentencia de 12-2-85 (RJ*

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 2987/2013 de 7 noviembre. AS 2014\127.

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003 (RJ 2004, 1479) (rec. 804/2002)

1985, 536) - una presunción "iuris tantum" de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario. Presunción que, por consiguiente, puede ser desvirtuada, o bien mediante la prueba, que corresponde a quien niega la condición salarial de la percepción discutida, de que la cantidad abonada obedece a alguna de las razones que enumera el art. 26.2 ; o bien acreditando que su abono está establecido con tal carácter indemnizatorio en una norma paccionada, en cuyo caso, quien niegue la validez del pacto habrá de demostrar que la previsión del Convenio encubre en realidad el abono de un auténtico salario en especie o que el concepto discutido no es encuadrable en el previsto del Convenio".

- LOS GASTOS DE ALQUILER Y VIVIENDA

El disfrute de una vivienda en el extranjero por parte del trabajador expatriado, puede tener diversas fórmulas que entre las partes pactarán, así puede ocurrir que la vivienda sea propiedad de la empresa y ceda su uso al trabajador o que sea éste último quien decida alquilar una vivienda y el empresario pague las mensualidades o al menos parte de ellas. Es decir, el trabajador puede disfrutar de un alquiler de vivienda sin pagar nada a cambio o pagando una cantidad muy inferior a la que correspondería a efectos del mercado.

Está constatado por la jurisprudencia que la intención explícita de la empresa mediante el abono del coste de la vivienda se enmarca en la política de compensaciones por el desplazamiento del actor al extranjero bajo la concepción de que la misma es una retribución en especie que como tal se ha de computar para el cálculo de la indemnización extintiva.

Respecto a este plus, hay que señalar que por regla general vendrá definido en un documento denominado "*Anexo de condiciones de expatriación*", que firman empresa y trabajador antes del comienzo de la prestación de servicios transnacional. Será en ese momento, de hecho, cuando se determine en ocasiones su propia naturaleza. Así queda plasmado por ejemplo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que las partes acuerdan previamente a que se produzca el desplazamiento, que "*Los gastos de alquiler*

*de vivienda y los gastos básicos de la misma serán abonados en el país destino por parte de la compañía local o como salario de país destino, cuyo importe será propuesto por la Dirección de Área correspondiente según los gastos previsibles en el país y posteriormente aprobado por la Dirección de Recursos Humanos”.*¹²⁰

En la misma línea se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 Noviembre de 2016¹²¹, cuando una empresa transfería mensualmente una cantidad dineraria para el abono del alquiler de la vivienda. Como señala el artículo 26.1 del ET se considerará salario "*la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo*". En el contrato se había pactado que la empresa abonaría el alquiler de una vivienda adecuada a las condiciones de vida del país destino y ese abono no tiene como la finalidad compensar al trabajador los mayores gastos que se producen con el traslado temporal fuera de su domicilio en España como consecuencia de la expatriación sino que es una forma desarrollada para incrementar el salario del trabajador, y retribuye mensualmente su trabajo satisfaciendo la empresa el alquiler de la vivienda que precisa mientras durante su estancia en el país extranjero, abonándose en razón del trabajo desempeñado, siendo una forma disfrazada de incrementar la retribución de este por lo que debe computarse como retribución salarial el importe satisfecho de alquiler.

Queda sentado el sentido en el que la jurisprudencia ha ido inclinándose, afirmando que los gastos que pudiera haber por alquiler y vivienda, entran dentro del cómputo salarial. Sin embargo, vamos a ver cómo no siempre es una cuestión tan clara.

Si bien en principio parece claro que el alquiler de vivienda supone una retribución de salario en especie, ha sido una figura problemática de manera que el Tribunal Supremo en sentencia de febrero de 2014 ha señalado que "*la calificación de una percepción por vivienda, sin más especificaciones, puede*

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3ª, Sentencia 155/2014 de 7 Mar. 2014, Rec. 2004/2013.

¹²¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Sentencia 958/2016 de 10 Nov. 2016, Rec. 269/2016.

presentar alguna dificultad en determinados casos, pues, en principio, podría ser un concepto estrictamente salarial si se abona como una contraprestación al trabajo (artículo 26.1 del Estatuto de los trabajadores), que toma en cuenta una determinada necesidad del trabajador. Pero también podría tratarse de un concepto extra salarial si el empresario compensase con él un gasto realizado como consecuencia de la actividad laboral art. 26.2 del mismo texto legal". Parece superarse así una doctrina más generalizadora que puede leerse en la sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de mayo de 1.998 , en la que se señaló que " (...) *al configurarse el uso de la vivienda como una de las prestaciones contractuales conforman un derecho y un deber en ambos contratantes, un derecho y obligación del empleado de vivir en la casa en aras a una mayor eficiencia de su actividad laboral, y un derecho- deber del empleador a exigir el cumplimiento de esta específica prestación y a mantener su uso pacífico constituyendo consecuentemente este disfrute una de las manifestaciones típicas del salario en especie a que se refiere el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores "*.

Así que, habiendo los Tribunales avanzado hasta el punto de superar una doctrina más antigua, en la actualidad, tenemos una doble posibilidad en cuanto a la naturaleza de complemento que en palabras del Tribunal Supremo¹²², "*obliga a la empresa, por mor de la presunción iuris tantum del art. 26 ET, a acreditar la concurrencia de datos de hecho que permitan afirmar el carácter salarial del concepto retributivo*". Es decir, hemos de estar a cada caso concreto, para poder acreditar y demostrar mediante pruebas, que la finalidad del plus de gastos de alquiler o vivienda, era compensar un gasto determinado que se ha ocasionado por la prestación del propio trabajador y que no responde a una propia contraprestación laboral. Así, quedará determinado si el plus en cuestión queda incluido en el módulo salarial o no.

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2002, recurso núm. 4070/2001.

- USO DEL VEHÍCULO DE EMPRESA

Sucedee de manera similar al alquiler de vivienda, pues existen diferentes circunstancias o situaciones que pueden sucederse cuando una empresa pone a disposición del trabajador un vehículo. De este modo, el trabajador puede que lo destine, exclusivamente, a uso particular (no laboral), a un uso mixto particular laboral, o a un uso exclusivamente laboral. Lo importante de esta diferenciación que puede darse es que la calificación de la naturaleza del importe equivalente al uso será diferente en función del supuesto de que se trate.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 04 de junio de 2015¹²³, *“la jurisprudencia declara que es salario en especie cuando se destina al “beneficio particular y exclusivo del empleado” (STS de 21-12-1990 (RJ 1990, 9820) o se trata de una “utilización, consumo u obtención, para fines particulares” (STS de 24-10-2001 (RJ 2002, 2363) ”. Por tanto, si el uso era exclusivo, todo el importe sería salario en especie.*

Sin embargo, si el uso es mixto, la jurisprudencia ha optado por un reparto de importes, normalmente basado en la normativa fiscal (entre otras, STSJ de Aragón de 08.02.10 STSJ de Madrid de 30.10.1997, STSJ del País Vasco en sentencia de 16.12.2003 (AS 2003, 3696) y STSJ de Castilla y León en sentencia de 23.7.2007). Como razona la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León de 23 de julio de 2007¹²⁴, *“La jurisprudencia viene entendiendo que en el supuesto de uso mixto del vehículo, cuando los trabajadores utilicen parcialmente el vehículo para desarrollar sus funciones, la valoración de la retribución en especie se realizará de acuerdo con un criterio de reparto en el que, teniendo en cuenta la naturaleza y características de las funciones desarrolladas por los trabajadores de la empresa, se valore sólo la disponibilidad para fines particulares. No siendo aceptables como criterio de valoración que se fije según horas de utilización efectiva o kilometraje, pues el parámetro determinante debe ser la disponibilidad para fines particulares”.*

¹²³ Sentencia del Tribunal Superior de Catalunya de 4 de junio de 2015 (JUR 2015, 188976).

¹²⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, con sede en Valladolid, de 23 de julio de 2007. Recurso de Suplicación número 1141/2007.

Por último, si el vehículo se utiliza exclusivamente para fines profesionales, y como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005¹²⁵, el mismo constituirá *“un medio o herramienta necesaria (...) para el normal desarrollo de su labor por parte del empleado, por lo que la puesta a disposición del automóvil por parte de la empresa no tuvo como finalidad proporcionarle una retribución por su trabajo, sino que respondió a la necesidad de su utilización para el buen desempeño de su labor”*.

En ausencia de una prueba que certifique el uso que se ha llegado a dar al vehículo, debe acudir a las reglas del art. 217 LEC, establecidas para los supuestos en que los hechos de los que dependa el éxito de las pretensiones de una y otra parte *“permanezcan inciertos”*. Y así, atendiendo al artículo 217.2 LEC corresponde al actor, como base de su pretensión, acreditar el uso del vehículo en cuestión.¹²⁶

El uso de vehículo a cuenta de la empresa, bien puede considerarse como un salario en especie al que se refiere el art. 26.1 Estatuto de los trabajadores, pero, para ello, es necesario que se den determinadas condiciones que fija la Doctrina del Tribunal Supremo¹²⁷. *“Debe descartarse, ya desde este momento, la idea de que la principal función que la atribución del uso del automóvil estuviera llamada a cumplir fuera la de formar parte de la retribución (salario en especie), sino que el vehículo constituía claramente un medio o «herramienta» necesaria para el normal desarrollo de su labor por parte del empleado”*. En el caso concreto, queda probado que el demandante, utilizaba el vehículo para usos particulares los fines de semana. Pero esta expresión no es lo *suficientemente específica y concreta como para permitir la deducción al amparo del artículo 1282 del Código Civil de que esta utilización formara realmente parte del «sinalagma» contractual, esto es, que las partes contratantes hubieran pactado, bien inicialmente o bien a lo largo del curso de la relación que la utilización del automóvil en el tiempo y forma antedichos tuviera una finalidad retributiva, en cuyo caso sí que podría considerarse salario en especie lo correspondiente a la utilidad que el coche*

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 589).

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4ª, Sentencia 421/2016 de 4 Mayo de 2016, Rec. 1015/2015

¹²⁷ Sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2005 (RCUD 104/2005)

podiera reportar al trabajador al servirse de él para usos particulares los fines de semana.

De esta forma, cuando simplemente queda demostrado que el coche se utilizaba durante el fin de semana en beneficio propio por parte del demandante, sin mayor concreción y claridad, no puede afirmarse que esta forma de utilización ha sido acordada entre empresario y trabajador como compensación por la labor a desarrollar, pues *caben también otras posibilidades, tales como la mera tolerancia por parte de la empresa o, incluso el incumplimiento contractual en este punto por parte del empleado*¹²⁸. El vehículo no puede considerarse salario porque la el vehículo estaba destinado para su utilización por motivos estrictamente profesionales sin que a ello obste que se le permitiese utilizar el mismo fuera de su horario de trabajo, no acreditándose que fuese una forma de retribución. A este respecto debemos señalar que la jurisprudencia unificadora ha señalado en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005¹²⁹, "*(...) que la puesta a disposición del automóvil por parte de la empresa no tuvo como finalidad proporcionarle una retribución por su trabajo, sino que respondió a la necesidad de su utilización para el buen desempeño de su labor, ya que constituye un hecho notorio que resulta inherente al cometido de todo jefe de ventas la necesidad de desplazarse con habitualidad. Por consiguiente, debe descartarse, ya desde este momento, la idea de que la principal función que la atribución del uso del automóvil estuviera llamada a cumplir fuera la de formar parte de la retribución (salario en especie), sino que el vehículo constituía claramente un medio o "herramienta necesaria para el desempeño....", para el normal desarrollo de su labor por parte del empleado.*

De modo que una vez más, el contexto que arrope al caso concreto y las circunstancias que queden probadas, serán objeto de interpretación en aras de dar una solución individualizada a cada caso.

¹²⁸ Sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2005 (RCUD 104/2005).

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005, recurso nº 104/2005.

- LOS INCENTIVOS

Puede establecerse en el contrato laboral una serie de incentivos, que vienen a ser la base del éxito en muchas ocasiones a la hora de que el trabajador tome la decisión de aceptar la expatriación. Pueden darse diversos casos como por ejemplo, el incentivo por cumplimiento de objetivos anuales (cumplimiento de objetivos por año natural). Este incentivo se abonará si se cumplen los objetivos previamente establecidos, y en función de su alcance se abonarán dichos incentivos en el primer trimestre del año siguiente a la fecha de expatriación.

Otro incentivo puede plantearse como aquel que premia la permanencia a largo plazo y cumplimiento de objetivos, Dicho incentivo no se abonará en caso de que el trabajador decidiera voluntariamente finalizar su expatriación antes del cumplimiento del citado periodo. En caso de que el trabajador fuera desplazado a otro país por la empresa el porcentaje del incentivo se revisará, en función del nivel de riesgo del mismo, aplicando el mismo de manera proporcional al tiempo de estancia en cada país. Si el trabajador finalizara su expatriación antes del cumplimiento de los meses acordados, por decisión expresa de la compañía, la empresa le abona la parte proporcional del incentivo de permanencia a largo plazo correspondiente a su estancia internacional. Este plus de Fomento de la permanencia, correspondiente a un incremento anual de un porcentaje que se pacte respecto del salario de referencia. Se aplicará independientemente de que el trabajador haya prestado servicios en un único país o en varios países. En caso de que el trabajador sea desplazado por la empresa a otro país destino el límite de este plus será revisado conforme a lo establecido en el anexo¹³⁰

Pues bien, a modo de conclusión, señalar que finalmente se ha de señalar que todos estos complementos, salariales como extra salariales, no son entre ellos consolidables, lo que supone que, una vez el trabajador finalice el proceso de expatriación y regrese a su país de origen, perderá dichos. No obstante, para el cálculo de la indemnización por despido, se deberán tener en cuenta aquellos que gozaran de una naturaleza salarial, si en el momento del despido el

¹³⁰ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª), Sentencia núm. 225/2016 de 9 marzo. JUR 2016\96729.

trabajador se encontraba en el país de destino, y por tanto, percibía estos complementos salariales, pero es una materia que veremos más adelante.

3.3.3 DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Un derecho fundamental que ha ido evolucionando considerablemente ha sido el de Igualdad y no discriminación. El principio de igualdad se extiende más allá de la mera igualdad entre hombres y mujeres, pasando a la remuneración en el empleo¹³¹. No obstante, ya en su artículo 2 el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, establece la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los fines de la comunidad europea. De hecho, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, declara que *los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados Miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.*

El Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo¹³², regula la libre circulación de trabajadores de la UE y el EEE, estableciendo que todos somos iguales en relación con la libertad de acceso al empleo. Así, ya en su artículo primero expone que *“todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado”* y más aún en su artículo 7.1 establece que *“en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo”*.

¹³¹ Artículo 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

¹³² Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad

Cabe además, señalar que la Unión Europea ha conseguido que todos los Estados Miembros se comprometan a que¹³³ ciertos ciudadanos de fuera de la comunidad, pero vinculados con la misma, se les trata con igualdad y sin discriminación alguna por su nacionalidad en relación con sus condiciones de trabajo, una vez hayan sido empleados legalmente en el país de destino europeo.

España ha ido alcanzando acuerdos con diversos países no pertenecientes a la UE ni al EEE, de regulación de flujos migratorios, de manera que en ellos se comprometen los firmantes a garantizar igualdad de derechos y condiciones laborales y sociales a los trabajadores migrantes¹³⁴.

En el panorama nacional, el legislador español, en la Ley Orgánica 4/2000¹³⁵, indica que constituyen acto de discriminación *todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo*¹³⁶. No obstante, En esta materia, son de notable importancia los Convenios de la OIT sobre igualdad y no discriminación¹³⁷, pues desde el momento en el que los Estados miembros los ratifican, sucede que los ordenamientos jurídicos nacionales se aproximan en cuanto a regulación de la materia en cuestión.

Además, el propio Estatuto de los trabajadores reconoce al trabajador el derecho a no ser discriminado una vez es empleado¹³⁸, declarando de hecho nulos y sin ningún efecto todos aquellos preceptos reglamentarios, cláusulas que pertenecieran a convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones por varias circunstancias¹³⁹. Seguidamente, se ha querido diferenciar en la LDT este

¹³³ Son acuerdos de la UE con países como Argelia, Marruecos, Túnez, Turquía o Hungría.

¹³⁴ Entre ellos, Colombia, República Dominicana o Ecuador.

¹³⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la ley 8/2000.

¹³⁶ Artículo 23.2 de la ley.

¹³⁷ Destaca, entre otros, el convenio número 111, de 25 de junio de 1958 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación (BOE número 291 de 4 diciembre de 1968).

¹³⁸ Artículo 4.2.c) 1.º *Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español*”.

¹³⁹ Artículo 17.1. *“Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada*

derecho de igualdad y no discriminación dividiéndolo en dos. Primeramente, atendiendo a las circunstancias relativas a la persona del trabajador: el derecho a igualdad y no discriminación por razón de sexo, origen, estado civil, edad, etc. Y por otro lado, fijándose en la relación que tiene el trabajador con el empresario, o el tipo de jornada que vincula al trabajador con la empresa: la no discriminación del trabajador temporal y a tiempo parcial.

3.3.3.1 LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

Los tribunales europeos han entendido que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo y especialmente las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil¹⁴⁰. Es una materia que a pesar de haber ido evolucionando, no hemos conseguido paliarla, de manera que los tribunales se han visto en la obligación de pronunciarse al respecto en diversas sentencias, tales como la sentencia del TJUE de 1 de julio de 1986¹⁴¹, en la que se discute un litigio en el que una trabajadora demanda a su empresa con el objetivo de conseguir una clasificación en una categoría más elevada en la escala de retribuciones. El principio de igualdad de retribución exige esencialmente que se tenga en cuenta de manera objetiva la naturaleza del trabajo que debe realizarse. Por consiguiente, un mismo trabajo al que se atribuya un mismo valor debe ser retribuido de la misma manera, ya sea realizado por un hombre o por una mujer¹⁴². Así, la Directiva 75/117¹⁴³ establece el principio de que un mismo trabajo debe ser retribuido de la misma manera. Por ello, cualquier tipo de influencia en la retribución en base a criterios subjetivos como el sexo del trabajador, puede comprometer el principal objetivo

y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta (...)”.

¹⁴⁰ GIL PÉREZ, MARÍA ENCARNACIÓN, “Repensando el núcleo duro de condiciones de trabajo en el estado de acogida y la protección de los trabajadores desplazados”. En la obra colectiva “el desplazamiento de trabajadores en el marco de la unión europea: presente y futuro”, de Fotinopoulou Basurko, Olga (coordinadora).

¹⁴¹ Sentencia del TJUE de 1 de julio de 1986, Gisela Rummler contra Dato-Druck GmbH [asunto 237/85].

¹⁴² ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO en la obra colectiva de Cruz Villalón, Jesús y Pérez del Río, Teresa. “Una aproximación al derecho social comunitario”. Editorial TECNOS, año 2000.

¹⁴³ Directiva 75/117 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos

de dicha Directiva que es la igualdad de trato para todos los trabajadores que ejerzan una misma función laboral.

Más recientemente, pero en la misma línea, el TJUE en una sentencia de 11 de noviembre de 2010¹⁴⁴, condena como discriminatoria la posibilidad de destitución de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital, casualmente en el momento en el que la persona interesada tiene la condición de trabajadora embarazada.

No quiero dejar sin añadir el refuerzo normativo que supone en la normativa española para la no discriminación, el artículo 314 del código penal español¹⁴⁵, en cuanto a que califica de delito contra los derechos de los trabajadores, a toda producción de una grave discriminación en el empleo, por razón, entre otras circunstancias, de pertenencia a una determinada etnia, raza o nación.

3.3.3.2 LA IGUALDAD EN EL ÁMBITO SALARIAL

Pues bien, en relación a este derecho de igualdad en el ámbito salarial, es una materia que plantea problemas, pues es complicado para un empresario mantener una igualdad salarial entre sus trabajadores presentes en distintos países, del mismo modo, que tampoco podremos pretender que los trabajadores que ocupen un mismo puesto en un país determinado, gocen del mismo salario si uno de ellos es nacional del lugar de prestación de servicios y el otro es un trabajador desplazado al territorio. Así ocurre por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid¹⁴⁶ de 26 diciembre de 2006, en la que se plantea un litigio que comienza cuando La Comisión Interministerial de Retribuciones (en adelante CECIR), la cual en julio de 2004, acordó la revisión salarial de retribuciones para el año 2004 del personal laboral en el exterior, estableciendo que a la vista del comportamiento de la inflación de cada

¹⁴⁴ Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2010 (C-232-09).

¹⁴⁵ Artículo 314: *“Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.*

¹⁴⁶ sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 1081/2005 de 26 diciembre. AS 2006\963

país, la evolución de los tipos de cambio y las condiciones de vida en que se desarrolla la actividad laboral, se autoriza a los Departamentos Ministeriales y a los Entes Públicos que tengan personal en el extranjero, a incrementar las retribuciones de dicho personal laboral (hasta el porcentaje que se señala, para cada país y divisa de situación, en Turquía el 12). Sucede que varios trabajadores del Instituto Cervantes, demandan a dicho organismo su derecho al incremento salarial al 12% en base a la decisión administrativa que les fue comunicada por el Departamento de Recursos Humanos del Instituto Cervantes en octubre de 2004 referente al incremento salarial del 6%, en lugar del que habrían aplicado a los trabajadores de las otras Instituciones y Organismos del Estado con sede en el mismo país. Así, la sentencia de instancia declaró el derecho de los actores al incremento salarial del 12% correspondiente a la variación del IPC para el año 2004 y en consecuencia obligó al pago a cada uno de los actores de las cantidades respectivas tratándose en el presente caso del personal laboral que presta sus servicios para Instituciones y Organismos oficiales del Estado Español en Turquía, que está sometido a la misma inflación, los mismos cambios o fluctuaciones de la divisa y las mismas condiciones de vida pues es el mismo lugar, esta, en definitiva, identidad sustancial material del supuesto de hecho enjuiciado al ser idénticos los parámetros que para todos ellos se señalan en el Acuerdo de CECIR para el año 2004, convierte en injustificado el distinto criterio que se ha aplicado a los demandantes a la hora de fijarles el incremento salarial para ese año. Lo que quiebra el principio de igualdad ante la Ley que, a su vez, es la quiebra del principio de legalidad que convierte en ilegales las resoluciones así acordadas.

Sin embargo, el TSJ de Madrid, entiende ahora que no cabe entender que el hecho de que haya habido una fuerte inflación en el país de destino de los trabajadores de Organismos españoles en el extranjero sea una circunstancia que conlleve en sí misma el incremento máximo de subida porcentual previsto en la citada Resolución. *Tengamos en cuenta al respecto que la inflación sufrida en un país extranjero, aun alcanzando un porcentaje mayor que el de la experimentada en España, puede tener en la práctica un efecto menor para un trabajador, visto desde la perspectiva del nivel de vida que uno u otro salario permiten, ya que unos trabajadores como los del presente proceso, tienen un*

nivel adquisitivo muy superior al de los trabajadores destinados en España, no sólo por la cuantía del salario en sí considerado sino también por el nivel de vida de Turquía comparado con España. Por eso es lógico que para fijar la revisión anual de retribuciones de los trabajadores destinados en el extranjero se atiende de modo prioritario a la evolución de índices de precios al consumo y también a «las condiciones de vida en que se desarrolla la actividad laboral», expresión que remite al nivel de vida alcanzable con el salario del trabajador en función del nivel del país donde presta servicios. Además, entiende este mismo Tribunal que no cabe tampoco entender que el mero hecho de que diversos Organismos españoles sitos en Turquía con trabajadores a los que se les han aplicado la máxima subida salarial del 12%, supone que los trabajadores del «Instituto Cervantes» tengan también derecho a una subida salarial del 12%. Puesto que lo que hace el CECIR es establecer una escalera de referencia con un máximo porcentual del 12%, pero no necesariamente ha de ser ese punto máximo el que sea de aplicación a su salario.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, deja claro en esta sentencia que para la aplicación del principio de igualdad, se requiere inexcusablemente un juicio de comparación que permita ponderar las circunstancias concurrentes en uno y otro de los colectivos que se relacionan. Es decir, no existe una verdad absoluta, y habremos de estar a cada caso concreto para estudiar qué salarios y condiciones laborales son los establecidos para los trabajadores (en este caso, tendríamos que saber con certeza qué circunstancias envuelven a los trabajadores de esos Organismos de Turquía a los que han aplicado una subida del 12%). Señala el Tribunal que aun en el caso de que salarios y condiciones de los trabajadores a comparar pertenecientes a los organismos españoles presentes en país extranjero, fueran equiparables entre sí, no se puede olvidar que quien ha de decidir la subida salarial de su personal es siempre el Organismo en cuestión en base a la Resolución de 15/7/04, que en este caso ha sido correctamente aplicada.

Sin embargo, ha quedado constatado que el abono de un complemento de destino en el extranjero como retribución extra salarial, por su carácter indemnizatorio y estar excluido de tributación en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, según el artículo 8.a)3.b).4º del Real Decreto 214/1999 de 5

de febrero. No obstante, goza de una característica esencial que es el desplazamiento al extranjero de un trabajador en una prestación de servicios transnacional. Y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 noviembre¹⁴⁷ en la que la recurrente reclama, en base al derecho de igualdad y no discriminación, el abono del complemento de destino en el extranjero. La parte actora accedió a una plaza como funcionaria interina en la ALCE en dicha ciudad, reclamado posteriormente el complemento derivado de prestación de servicios en el exterior, que se abona al personal trasladado temporalmente para cubrir un puesto en el extranjero. Se refiere a la regulación contenida en el RD 6/95, y explica que la finalidad de la norma exige desplazamiento, circunstancia que no se da en este caso, puesto que residía en Nueva York desde 1994, y consta inscrita en el Registro del Consulado, y en todos los nombramientos que se realizaron se menciona expresamente que no tiene derecho a la asignación, evidentemente porque pierde sentido el art. 4 del Real Decreto 6/95, que pretende equiparar el poder adquisitivo y compensar la disminución de la calidad de vida, entre el país de destino y España. En este caso, al no haberse producido el desplazamiento como consecuencia del nombramiento, no procede la compensación que el precepto establece.

3.3.4 REFERENCIA A LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS POR EMPRESAS ESTABLECIDAS EN ESPAÑA.

Nuestra LDT nacional pretende que en los desplazamientos temporales que las empresas realicen a territorio español, se proceda a la aplicación de las condiciones de trabajo más beneficiosas para los trabajadores desplazados en una prestación de servicios transnacional, mientras que fomenta la libre prestación de servicios en régimen de competencia leal entre los Estados.¹⁴⁸

¹⁴⁷Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia núm. 1329/2009 de 11 noviembre. JUR 2010\109111.

¹⁴⁸ Así lo han establecido varios autores como Landa ZAPIRAIN, J.P, Y FOTINOPOULOU BASURKO, O: Breve comentario de la ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE.

Para entender la figura del expatriado español que es desplazado a un territorio extranjero para la prestación de servicios, hemos de citar primeramente la ya conocida LDT, la cual en su Disposición Adicional Primera establece que *“Las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE, (...)sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales.”* De lo que se deduce que el legislador, parece pretender una protección hacia el trabajador español que vaya a ser desplazado a otro Estado de manera temporal, aunque no termina de entenderse el porqué de esta remisión al ordenamiento jurídico del país de destino cuando como hemos observado, la propia LDT es una norma completa, bastante más que la Directiva 96/71/CE. De manera que como indica SÁNCHEZ TORRES, R.,¹⁴⁹ es cierto que podría quedar solucionado siempre y cuando la legislación laboral española fuese de aplicación al contrato de trabajo del desplazado, mediante el apartado de la propia LDT que aboga por la *“aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales”*. Así, atendiendo a las Reglas de derecho aplicable del Reglamento Roma I, si el desplazamiento al extranjero, tiene carácter temporal y las partes no pactaron otra cosa, la relación laboral seguirá rigiéndose por derecho español, y cuando la movilidad tenga carácter definitivo o indefinido, por regla general, se producirá un cambio de ley aplicable a aquella del país de acogida. De hecho, teniendo en cuenta que lo normal será que las partes elijan como ley reguladora del contrato aquella del lugar donde reside la sede principal de la empresa o el lugar de la prestación habitual de servicios, la normativa española, será por norma general, la más aplicada.

¹⁴⁹ SÁNCHEZ TORRES, RAQUEL: *“Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuado por empresas establecidas en España”*. En la obra lectiva: Casas Baamonde, M^a Emilia y Del Rey Guanter, Salvador (Dir.) Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales.

Como se observa, la LDT establece como supuesto de hecho la existencia de un desplazamiento desde España que afecte a un trabajador siempre por cuenta ajena y que además esté al servicio de una empresa establecida en territorio nacional. Seguidamente, es fundamental nombrar en este punto el Estatuto de los trabajadores como norma reguladora del supuesto de contratación para prestar servicios en el extranjero.¹⁵⁰

En suma, las empresas establecidas en España que desplace a sus trabajadores temporalmente al territorio de cualquier otro Estado miembro de la UE o del EEE *deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por aquellas normas del país que han traspuesto la Directiva 96/71/CE*, como establece la disposición adicional primera de la LDT. Pero, no será así cuando la regulación más ventajosa de las condiciones sea la establecida en la ley aplicable al contrato de trabajo (española), el convenio colectivo aplicable (En España) o, incluso la del propio contrato.

4. EL DESPIDO

Uno de los mayores puntos relevantes de este estudio es el despido del trabajador, en especial, cuando éste se produce en el lugar de destino, ya que constituye una de las principales causas de litigios entre empresario y trabajador. A continuación, vamos a analizar las posibles situaciones a las que empresario y trabajador tendrán que hacer frente, siendo este último desplazado o traslado tanto dentro como fuera de la UE.

Cuando se produce un despido, la legislación que va a regularlo, va a ser aquella que haya regido el contrato, o en su defecto, la elegida por las partes. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 1 de julio de 1996 (AS 3300) admitió a trámite el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado Española contra la sentencia de instancia que impugnó un despido de trabajador español desplazado a República de Guinea. El tribunal español consideró que la normativa aplicable era la guineana, pues era lo que las partes

¹⁵⁰ Artículo 1.4: *la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.*

acordaron en el contrato de trabajo, por lo que el cese del trabajador ha de regirse por dicha normativa material extranjera.

4.1 EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR CAUSAS OBJETIVAS

La extinción del contrato de trabajo, podrá venir dada por diferentes causas contempladas en el Estatuto de los trabajadores. Así, podrá el empresario proceder al despido por causas técnicas, organizativas o productivas, atendiendo al artículo 52 del ET, que remite al 51.1 del mismo texto legal. Según este precepto, se entiende que *"concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior"*.

Un ejemplo de extinción de la relación contractual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción es el caso al que da solución la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 Abril de 2016¹⁵¹. La sentencia trata el litigio que se da entre una empresa y un trabajador al que se repatrió y una vez en Madrid no se le dio ocupación efectiva. La empresa alega que fue *porque las obras que tenían asignadas por contrata en Venezuela estaban paralizadas a causa de la decisión adoptada por el Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y Hábitat de la República Bolivariana de Venezuela de paralizar las obras que el actor conocía perfectamente y no demandó la variación unilateral de sus condiciones de trabajo motivadas por una causa ajena a la voluntad de la empresa ahora demandada; y porque en España se alcanzó un acuerdo con la representación de los trabajadores para aprobar el ERE de extinción de 155 contratos de trabajo al que se aplicarían criterios objetivos de relación, tales como "la finalización de las obras de la empresa"*. En ejecución de

¹⁵¹ sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, en la Sentencia 356/2016 de 27 Abr. 2016, Rec. 19/2016.

dicho ERE, la empresa comunicó al actor la extinción de su contrato de trabajo invocando causas económicas, organizativas y de producción. Es por ello por lo que "cuando el demandante y su grupo de trabajadores expatriados retornaron a Madrid no había obras en España en las que desarrollar un trabajo, por lo que permanecieron desocupados".

Existe una reiterada jurisprudencia en torno a la extinción del contrato de trabajo por causas económicas de la empresa, tales como la sentencia del tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 29/2014 de 10 enero. AS 2014\424, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 101/2014 de 31 enero. AS 2014\1589 y del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia de 20 octubre 2015. RJ 2015\5210. Todas ellas, justifican la decisión empresarial de la extinción de contrato laboral de sus trabajadores dada la concurrencia de causas económicas, productivas y organizativas, como puede ser el descenso de ventas, pérdidas continuadas y plantilla sobredimensionada. La justificación por parte de los tribunales aparece ya sea por una suficiencia de la documentación presentada de las cuentas provisionales en el periodo de consultas y de los criterios genéricos de selección de trabajadores de puestos excedentarios por razones organizativas y productivas, con criterios de polivalencia, adaptación e implicación y respetuosos con los principios de mérito y capacidad no cuestionados durante la negociación.

Una de las situaciones que pueden darse en la relación laboral es el despido producido en el país de destino dentro de la UE, debido a causas empresariales, una razón difícil de verificar, pues normalmente estamos ante grupos de empresas, con varios establecimientos en diversos países, lo que puede llevar a que no todos se encuentren en un proceso de crisis empresarial, y siendo así, podría verse como una existencia de posibilidad de reincorporación del trabajador despedido. Así, el trabajador solo podrá ser legalmente despedido cuando medien causas presentes en la legislación de la norma del contrato de trabajo o ley de autonomía, siempre y cuando la ley del lugar de prestación de servicios no ofrezca una lista de causas más restrictiva, que por tanto, favorezca al trabajador.

Cuando se produzca un despido colectivo, a pesar de que parezca una modalidad de despido complicada, a raíz de la Directiva del Consejo de 17 de febrero de 1975 (75/129/CEE)¹⁵² se ha ido consiguiendo una aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos de manera que se ha facilitado la aplicación de la ley del Estado de acogida por parte de los tribunales que deba conocer del litigio.

Por otro lado, cuando hablamos de despido, no podemos dejar de lado los requisitos formales que éste precisa, particularmente el plazo de preaviso al trabajador o su derecho a una indemnización. Pues bien, para su regulación, habremos de estar a la normativa del contrato (siempre que el país de prestación de servicios no tenga disposiciones imperativas más favorables). En este sentido, el derecho del trabajador a ser indemnizado constituye una materia de carácter procesal, de modo que la intervención del ordenamiento jurídico del foro es en este punto exclusiva, habida cuenta del carácter de orden público de estas normas¹⁵³. De este modo, no queda opción para la ley de autonomía, ni para aquella del lugar de prestación habitual de servicios. Entonces, en el supuesto de un desplazamiento de un trabajador español a cualquier país europeo, el juez o tribunal, nunca podrá establecer que se pague una indemnización al trabajador por parte del empresario cuando las normas procesales impongan su absolución, por mucho que en la ley que las partes pudieron elegir (suponemos que española) o la del lugar de prestación de servicios (Estado extranjero) establezcan dicha indemnización.

4.2 EL PLUS DE EXPATRIACIÓN EN EL CÁLCULO INDEMNIZATORIO DEL DESPIDO

Es una de las cuestiones más problemáticas a la hora de determinar la extinción del contrato laboral de un trabajador expatriado. No existe un acuerdo entre la jurisprudencia a la hora de tratar el tema, y sucede que hay diversos litigios en torno a la determinación del plus de expatriación como elemento salarial o como

¹⁵² Directiva del Consejo de 17 de febrero de 1975 referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. (75/129/CEE).

¹⁵³ SERRANO OLIVARES, RAQUEL, *“La movilidad geográfica transnacional”*. Madrid, 2000.

un suplido. Desde el punto de vista de gran parte de la doctrina, entre ellos, LLOMPART BENNÀSSAR, MAGDALENA¹⁵⁴ , interesa considerar si la circunstancia que aparentemente se quiere compensar ya está satisfecha por otros mecanismos, en cuyo caso estaríamos ante una partida salarial. *Como ocurre con el plus de expatriación cuando los gastos de desplazamiento de un país extranjero a España se abonan íntegramente al trabajador desplazado, quien además ya cuenta en el extranjero con alojamiento y manutención a cargo de la empresa.*

La jurisprudencia ha ido señalando que partidas se encuentran incluidas y cuáles no en el concepto de salario¹⁵⁵, a efectos de hacer los cálculos indemnizatorios y tomando como elementos normativos de referencia el art. 26.2 ET y el Decreto de ordenación del salario. En efecto, el plus de expatriación por realizar trabajo en el extranjero es uno de ellos, existiendo diversos casos en los que los tribunales establecen la naturaleza salarial de dicho plus. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1985¹⁵⁶, efectivamente mantiene que *el plus de expatriación debe integrarse en la indemnización por despido improcedente del actor, pero tal afirmación se hace tras dar por acreditado que en este caso el plus en cuestión tenía la condición de salario.* En la misma línea, el juzgado social de Barcelona¹⁵⁷ afirma que *como cualquier otra retribución, el plus de expatriación goza de la presunción "iuris tantum" de tener naturaleza salarial, presunción esta que deriva de la propia literalidad del apartado 1 del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, que considera como salario " la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie" de manera que la carga probatoria para desvirtuar tal presunción corresponde a la empresa.*

Parece entonces, que el plus de expatriación es, en principio una parte de la suma salarial que recibe el trabajador desplazado, y que estará en manos de la empresa que desplaza, demostrar que no goza de esta naturaleza.

¹⁵⁴ LLOMPART BENNÀSSAR, MAGDALENA "El salario: concepto, estructura y cuantía", Editorial LA LEY, Madrid, Abril 2007.

¹⁵⁵ GUILLERMO E. RODRÍGUEZ PASTOR. Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 1992, Ref. XLIII, pág. 615, tomo 3, Editorial LA LEY

¹⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1985 (rec. 1283/1984)

¹⁵⁷ Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona, Sentencia núm. 2/2016 de 11 enero. AS 2016\821

En definitiva, a la vista de los pronunciamientos judiciales anteriores, puede concluirse que no existe una posición judicial unánime sobre si los complementos retributivos percibidos por el trabajador en el extranjero deben computarse en la indemnización por el despido efectuado tras su retorno a España, y ello dado el carácter eminentemente casuístico de la materia objeto de análisis.

Por ello, resulta imprescindible efectuar un examen de las circunstancias concurrentes en cada caso al objeto de valorar cuál debería ser el salario regulador de una hipotética indemnización en caso de un despido realizado en el marco de una movilidad internacional.

4.3 EL SALARIO ADICIONAL EN EL CÁLCULO INDEMNIZATORIO DEL DESPIDO

Siguiendo con el cálculo de esa indemnización por despido, es dable el estudio acerca de la problemática aplicabilidad del salario adicional a los expatriados que son despedidos, cuando ya han regresado a su país de origen y ya no reciben dicha retribución salarial. La indemnización por despido de estar en el país de destino, con diversos complementos, a ser despedido en el momento de vuelta a España, cuando todos esos pluses desaparecen.

El tribunal Supremo ha venido entendiendo en diversos pronunciamientos que si en el momento del despido, el trabajador percibía el complemento, debía lógicamente computarse en el cálculo de la indemnización, mientras que si en el momento del despido no se recibiera dicho complemento (generalmente por haber sido repatriado previamente) no se podría computar.

Así, como se puede observar, la jurisprudencia que ha interpretado desde antiguo el artículo 56 del Estatuto de los trabajadores en lo relativo a las indemnizaciones por despido, consta resumida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2005 en los siguientes términos: *de acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, contenida en la sentencia de 17 de julio de 1990 y reiterada en otras muchas anteriores o posteriores sobre la misma o parecidas cuestiones (entre ellas STS de 30 de mayo de 2003, rec. 2754/2002 y 27 de septiembre de 2004, rec. 4911/2003), “el salario que ha de regular las*

indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales¹⁵⁸”.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, reconoce en la sentencia del Tribunal Supremo de 30/06/2011¹⁵⁹, que a pesar de haber mantenido reiteradamente que el salario a considerar para el cálculo de la indemnización por despido, ha de ser el actual al momento del despido, decide cambiar su línea interpretativa por entender que *“el salario que se ha de tener en cuenta a efectos de fijar la pertinente indemnización, es el salario percibido en el mes anterior al despido, en el que se incluía el pertinente complemento”*, y ello debido a que la empresa, había reducido unilateralmente al 50% el salario y la jornada un mes antes de su despido, y entiende el alto Tribunal que la retribución que ha de tenerse en cuenta es aquella anterior a la reducción.

Es decir, el tribunal Supremo se asienta ahora sobre la idea de que el complemento de movilidad al extranjero que se abona al trabajador cuando éste se encuentra prestando servicios en el extranjero, debe ser tenido en cuenta a la hora de calcular la indemnización por despido del trabajador expatriado a pesar de haber finalizado su desplazamiento y de haber dejado de percibir dicho complemento en el momento de su despido.

Esa misma línea interpretativa se ha seguido en diversas sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 noviembre de 2013¹⁶⁰ en la que el demandante, firma con su empresa en el año 2002 un acuerdo por el cual se pacta un desplazamiento temporal a Uruguay. Es el 2011 cuando éste expone su voluntad de regresar al país de origen, España, y la empresa accede mediante un acuerdo por el que se rescinde el traslado a Uruguay. Se le comunica días después de su regreso a España un cambio en sus condiciones contractuales que afectan al salario y jornada, entre otras. Se discute si por más que acordara con su empresa un cambio de condiciones económicas, ello tuvo su causa y fundamento en la vuelta de aquél a España y en el cese de su situación de expatriado prestando servicios para la empresa en Uruguay. Sin embargo, lo

¹⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 17 de junio de 2015, rec. 1561/2014.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2011, R. 3756/10.

¹⁶⁰ sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 2987/2013 de 7 noviembre de 2013. AS 2014\127.

primero que hay que observar es que la situación prevista en el Acuerdo nunca llegó a producirse, pues solo sólo cuatro días antes de la toma de efectos del acuerdo, el actor es trasladado de nuevo a Uruguay para continuar prestando las mismas funciones que venía llevando a cabo antes del Acuerdo, y con la misma categoría por varios meses, de forma que, lo que le correspondería en principio es el mismo salario que venía percibiendo antes del citado Acuerdo. Además, es en mi opinión impensable que un trabajador que durante diez años ha permanecido en Uruguay, siendo abonado por sus servicios conforme a determinadas cuantías, vaya a regirse la extinción de su contrato por unas retribuciones significativamente inferiores, por la mera razón de la suscripción de un pacto cuyas condiciones de base que lo justificaron nunca llegaron a ser aplicadas por la empresa, habiéndose mantenido al trabajador en la misma prestación de servicios en el extranjero, sin que los únicos quince días que pasó en España durante todos estos meses resulten significativos a estos efectos. *Debe presumirse por tanto que se retribuyó al actor o que así debió retribuirse, durante este tiempo posterior al Acuerdo, de la misma forma que con anterioridad a éste, dado que prestó idéntica función y en las mismas condiciones, siendo por ello que tal retribución debe constituirse en módulo de cálculo a los efectos de la extinción contractual declarada por la sentencia impugnada.*

Finalmente, la sentencia más importante en cuanto a la materia que tratamos en la Sentencia del Tribunal Supremo 5414/2014 de 18 de noviembre de 2014, en la cual, el alto Tribunal, expone que todo empresario que desplace trabajadores al extranjero en el marco de una prestación de servicios transnacional, deberá, una vez se finalice la movilidad, tener en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización, el salario medio del último año. El TS consideró que en el cálculo de la indemnización por despido de los expatriados hay que incluir el salario "adicional" abonado al trabajador por estar desplazado en otro país, aunque ya haya vuelto del desplazamiento, debiendo incluirse por tanto, el computo del plus de movilidad en el extranjero, pues es de naturaleza salarial, por no suplir gastos ni tratarse de dietas por desplazamiento o manutención y transporte, sino un complemento de puesto de trabajo. Además, teniendo en cuenta que el despido se produjo tan sólo 2 meses después de su regreso a España, y fundamentado en la existencia de causas disciplinarias no justificadas. Con base en lo anterior,

el Alto Tribunal concluyó que dado el limitado tiempo que duró su traslado a España, la única finalidad instrumental del mismo, que fue la de proceder al despido del trabajador; es por ello por lo que el cómputo salarial que se ha de tener en cuenta ha de ser aquel efectivo durante la vigencia de su relación laboral habitual, y no únicamente el percibido durante la prestación de servicios en el territorio nacional, por responder este último a un periodo meramente anecdótico.

Lo que hace estas dos últimas sentencias tan importantes en este punto, es la brecha que imponen ante una práctica empresarial desleal muy extendida mediante la cual se llegó a recomendar a los empresarios que “trajeran” al trabajador desplazado al país de origen, un mes o tiempo limitado antes de despedirlo, para de ese modo, evitar el pago del complemento que correspondería si le despidieran en el extranjero. Así, como se convirtió en una práctica habitual, los tribunales ahora tienen la posibilidad de que, si en ese último mes, no trabajaba en el país extranjero, y se ven indicios claros de esta práctica disuasoria, poder tomar en consideración la masa salarial de meses anteriores en los que estuviera desplazado el trabajador para el cálculo de su indemnización.

4.4 SALARIOS DE TRAMITACIÓN EN EL CÁLCULO INDEMNIZATORIO DEL DESPIDO

El art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores , al regular las consecuencias económicas con las que debe cargar el empresario por haber despedido improcedentemente, incluye en su apartado b) los denominados salarios de trámite, estableciendo que *al trabajador le corresponde percibir una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.* El texto legal, en lo que se refiere al tipo de partidas económicas comprendidas, es claro y no plantea dudas sobre la intención del legislador ante lo cual no cabe ir más allá del sentido literal de la norma, que incluye sólo los

salarios dejados de percibir, esto es, la totalidad de las percepciones económicas que el demandante hubiera percibido en retribución del trabajo efectivo y de los periodos de descanso computables como de trabajo¹⁶¹

Sin embargo, como hemos indicado, la norma establece que esos salarios de trámite han de abonarse cuando se produzca una situación en detrimento del trabajador, en el sentido de que éste deja de recibir remuneración de ningún tipo. Pues bien, al respecto de esta circunstancia, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias¹⁶², se pronuncia contrario al abono de dichos salarios. Esto es así por el efecto suspensivo del contrato, por el que, como también declara la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, en su sentencia de 28 de mayo de 1999, durante la permanencia en la situación de incapacidad temporal no se devengan salarios de trámite pues no hubo salarios dejados de percibir.

Las partes pactaron en el Convenio de expatriación, *que las cantidades mencionadas en esta condición, se abonarán también en la situación de baja por enfermedad o accidente, durante la vigencia de este convenio y a condición de que se expida el correspondiente certificado de incapacidad para el trabajo, por el médico nombrado por la empresa y mientras permanezca en el país de destino*

Funda el derecho pretendido en que ninguna cantidad ha percibido del INSS, por el concepto de prestación de incapacidad temporal, y que tampoco ha obtenido prestaciones por desempleo, y que en el convenio de expatriación, la empresa se obligó a satisfacerle el salario durante la situación de incapacidad temporal por enfermedad. Omite que se sometió al régimen jurídico brasileño en materia de incapacidad temporal, lo que le ha permitido obtener en ese Estado la protección económica derivada de la baja por enfermedad.

Quedan fuera del concepto de salario y, por consiguiente, de los salarios de trámite, las prestaciones e indemnizaciones de Seguridad Social -art. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores -, naturaleza de mejora voluntaria de la incapacidad temporal, comprendida en el art. 192 de la Ley General de la Seguridad Social -

¹⁶¹ Artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia 482/2009 de 20 Feb. 2009, Rec. 2279/2008.

no la de salario, es la que corresponde al compromiso adquirido por la empresa en el "convenio de expatriación", de abonar las cantidades mencionadas "también en la situación de baja por enfermedad o accidente durante la vigencia de este convenio y a condición de que se expida el correspondiente certificado de incapacidad para el trabajo por el médico nombrado por la empresa y mientras permanezca en el país de destino". En efecto, durante la incapacidad temporal el trabajador afectado no devenga salarios, pues se suspende el contrato de trabajo, exonerando de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo - arts. 45.1 c) y 2 del Estatuto de los Trabajadores -.

Es por este mismo efecto suspensivo del contrato, por el que durante la permanencia en la situación de incapacidad temporal no se devengan salarios de trámite pues no hubo salarios dejados de percibir.

Por supuesto, cuestión distinta sería el derecho del trabajador injustamente despedido a percibir el indicado complemento de incapacidad temporal (o las prestaciones del sistema obligatorio de Seguridad Social), durante el periodo en que de haber tenido aptitud físico-psíquica para trabajar se hubieran devengado salarios de trámite.

No obstante, como llevamos viendo durante todo el estudio, la situación de los trabajadores expatriados no es una ciencia escrita, exacta, sino que varía en cada situación, la jurisprudencia y la doctrina han de interpretar cada caso concreto con las circunstancias que lo envuelven y dar la solución más justa y adecuada. Es por ello, que en contra de lo establecido en la sentencia anterior, El TSJ se pronuncia en su sentencia de 23 Abr. 2002¹⁶³, en resolución de un recurso de suplicación por el que el demandante reclama los salarios de tramitación que se le denegaron en instancia, alegando el tribunal que no procedían *al encontrarse el actor en situación de incapacidad temporal, salvo que curse alta antes de la notificación de la sentencia, en este caso procederán desde el alta a la fecha de notificación*. Sin embargo, por el contrario, el TSJ condena a la empresa, en concreto, a IBERIA, LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A., al pago de los salarios de tramitación, desde el despido del trabajador y

¹⁶³ sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Sentencia 286/2002 de 23 Abr. 2002, Rec. 209/2002.

hasta la notificación de la sentencia de instancia. Siendo el actor personal expatriado en Cuba por la demandada, y encontrándose éste efectivamente en situación de incapacidad temporal desde el 19 Junio de 2001, ocurre que percibe en los meses de junio y julio de 2001, de la empresa sus salarios en su integridad, y que el XV Convenio Colectivo entre la empresa IBERIA, LAE y su personal de tierra, establece en su artículo 184 que en caso de incapacidad temporal la Compañía garantizara al trabajador la totalidad de sus ingresos normales, lo que lleva a la Sala a concluir que la incapacidad temporal del actor está cubierta al 100% de sus salarios por la demandada.

5. Consecuencias del Brexit en materia laboral

Ya hemos podido comprobar cómo el principio básico e indiscutible que caracteriza la normativa comunitaria es el de la libre circulación de trabajadores que ha venido garantizando, entre otras cosas, el derecho de los trabajadores de los Estados miembros a poder trabajar en cualquier lugar de la Unión en un régimen de práctica igualdad con respecto a los nacionales del propio país. Pues bien, haciendo uso del derecho de separación como estado miembro de la UE, el Reino Unido decidió el pasado 23 de junio mediante referéndum, comenzó su proceso de separación, conocido como “Brexit”, de modo que como primera consecuencia directa, tales principios básicos pueden dejar de ser de aplicación en la relación con dicho Estado, y sucederá que derechos y libertades comunitarios básicos como el de permanecer más de tres meses, con o sin actividad profesional u obtención de unos ingresos mínimos según el Estado de referencia, o la libertad para ejercer un trabajo asalariado sin restricciones; desaparecerán, y toda la normativa actual, tal y como la conocemos, dejará de tener efecto y habrá que estar a lo que a partir de ese momento deban acordar las partes.

El Parlamento británico ya ha indicado su rechazo a la propuesta de garantizar los derechos de los ciudadanos comunitarios establecidos legalmente, lo que ha provocado el temor entre trabajadores emigrantes. Una solución para evitar este problema es conseguir la residencia permanente. Sin embargo, los requisitos para obtenerla son entre otros, el haber cotizado en el país durante cinco años y

si no se cumple, se exige que haya contratado un seguro sanitario privado. Esta situación implica una plena inseguridad para muchos ciudadanos comunitarios.

Así, parece que ahora, los trabajadores británicos que se encuentren desplazados o expatriados a otros países de la Unión y los expatriados comunitarios desplazados a Reino Unido tendrían que obtener las correspondientes autorizaciones administrativas y visados para poder residir y trabajar en la UE y el Reino Unido, respectivamente. Un trabajador británico en nuestro territorio necesitará tener el correspondiente permiso de trabajo, sin embargo, a la inversa, cuando un español quiere trabajar en Reino Unido, habremos de estar a la normativa nacional que aquél país, pero en todo caso, le será necesario un visado y un permiso de trabajo específico (a día de hoy básicamente es necesario el número de afiliación británico que se obtiene cuando se posee una oferta de trabajo para prestar servicios en el Reino Unido)¹⁶⁴.

Sin embargo, el sector más preocupado con la situación es aquel constituido por los expatriados que han sido objeto de una movilidad geográfica transnacional de manos de su empresa que ya se encuentran en país distinto del suyo de origen. *A diferencia de los trabajadores que “circulan” libremente o individualmente, estos otros no se incorporan al mercado de trabajo del país de destino sino que permanecen temporalmente en el país de acogida manteniendo su dependencia y condiciones de trabajo con la empresa de origen*¹⁶⁵. Ya hemos visto que uno de los principales objetivos de la regulación comunitaria es impedir el dumping social, estableciendo unos mínimos aplicables, lo que permite equiparar condiciones de competencia empresarial a través de Directivas. Así, todo trabajador desplazado tendrá garantizado un contenido mínimo en el país de destino si las condiciones de trabajo en el mismo le son más beneficiosas. Sin embargo, si el brexit sigue avanzando, esta garantía comunitaria desaparecerá.

En este punto podría pensarse en un acuerdo específico por el cual Reino Unido acordara que los españoles que ya trabajan y residen en su territorio puedan

¹⁶⁴ HURTADO COBLES, J. “Brexit, consecuencias laborales y de seguridad social”

¹⁶⁵ LOPEZ CUMBRE, LOURDES, “Consecuencias laborales del Brexit”. Septiembre 2016.

quedarse sin requisitos adicionales, a cambio de que sucediera lo mismo con los británicos que están en España. Ahora bien, *salvo que la Unión Europea decida mantener o disponer normas especiales tanto para la libre circulación de personas como de trabajadores entre el Reino Unido y cualquiera de sus Estados miembros, los trabajadores británicos serán considerados extranjeros en España y los españoles lo serán en el Reino Unido*¹⁶⁶.

No obstante, cabe pensar que tanto el Reino Unido como la Unión Europea en aras de evitar tan graves consecuencias para los trabajadores, lleguen al acuerdo de que el Reino Unido se adhiera al Espacio Económico Europeo, del que forman parte otros Estados como Noruega, Liechtenstein e Islandia y, de este modo, lograrían que se mantuviera la libre circulación de trabajadores, y por tanto, los españoles que trabajaran en el Reino Unido no requerirían un permiso específico de trabajo para trabajar en ese país, y, lo mismo para aquellos ciudadanos británicos en país europeo, tratándose en igualdad de condiciones que los ciudadanos comunitarios. Y respecto a la protección de Seguridad Social se seguirían aplicando los Reglamentos Comunitarios 883/04 y 987/09 para la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, lo que supone en la práctica el cómputo recíproco de los periodos cotizados, así como la garantía de acceso a las prestaciones de Seguridad Social, tal y como ocurre en la actualidad.

Otra alternativa posible sería, desde el momento en que el Reino Unido dejara de formar parte de la UE, la adopción de un modelo de relación con la UE basado en la firma de acuerdos bilaterales, de modo que igual que ocurre actualmente con países extracomunitarios, podrían fijarse condiciones similares a las normas comunitarias en materia laboral. Parece que esto podría ser la posibilidad más probable, que el Reino Unido negocie acuerdos bilaterales no solo con la UE sino también directamente con España u otros países con los que le interese por el número de ciudadanos que se ven afectados con la situación.

Por su parte, en materia de Seguridad Social, no serían ya de aplicación a los desplazamientos entre el Reino Unido y la UE los reglamentos comunitarios sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, lo cual implicará que, por un lado, los trabajadores británicos desplazados a la UE y los trabajadores

¹⁶⁶ LOPEZ CUMBRE, LOURDES, op.cit., Septiembre 2016.

comunitarios desplazados al Reino Unido dejarán de beneficiarse de las reglas sobre mantenimiento de cotizaciones en el país de origen. Esto es, los trabajadores pasarán a cotizar únicamente en el país donde se trabaje y ya no será de aplicación la regla sobre la totalización de períodos de seguro en distintos países de la UE para el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social por parte de los Estados miembros. Así, los empleados británicos que coticen por su trabajo en otros países del territorio comunitario no les será tenido en cuenta en Reino Unido para el acceso a sus prestaciones y, del mismo modo ocurre con aquello que coticen los nacionales de la UE en el Reino Unido, pues no se tendrá en cuenta por la protección social de sus respectivos países.

6. CONCLUSIONES

I.- En la actualidad, la movilidad geográfica de trabajadores a nivel transnacional se ha convertido en un fenómeno proliferante, y como consecuencia del crecimiento de estas prácticas globales, y puesto que en cada Estado la protección social de los trabajadores varía de manera notable, se plantean ciertas alteraciones de la libre competencia, fenómeno que se ha denominado dumping social, consistente en la utilización fraudulenta de la cuantía inferior que puedan tener los costes laborales de un Estado determinado como una ventaja para la empresa que desplaza a sus trabajadores a dicho territorio con objeto de beneficiarse de ese menor coste. Hay que tener en cuenta a este respecto, que la Unión Europea ha impuesto una serie de condiciones mínimas a través de Directivas, y que los Estados han firmado diversos acuerdos entre ellos y con terceros países con el ánimo de expandir esas libertades comunitarias fundamentales a los nacionales de otros países

II.- Dado que la situación es complicada por la incompleta regulación material, es obvia la necesaria reforma de los ordenamientos jurídicos nacionales en aras de una armonización que permita una ponderación en los intereses de las partes involucradas. Si bien la problemática laboral más habitual con la que los Tribunales Europeos se encuentran es la colisión entre los derechos laborales y la libre prestación de servicios, hemos podido comprobar cómo el pleno ejercicio de ambas libertades se convierte en una acción complicada. Tiene además una difícil conciliación, puesto que el país al cual un empresario pretenda movilizar un trabajador, tiene la posibilidad de realizar mejoras sociales, de manera que “obstaculiza” su actividad empresarial y por su parte, el propio empresario del país que desplaza, puede gozar en dicho país de unas condiciones más ventajosas para sus trabajadores, de modo que supondrá una merma en las condiciones laborales del Estado de prestación de servicios. Por ello, hemos de alcanzar una mejora en las condiciones laborales de los trabajadores desplazados a la vez que consigamos el equilibrio y el respeto con la libre prestación de servicios

III.- La Unión Europea y sus Tribunales han insistido en la desaparición del lado discriminatorio que en ocasiones se ha visto del artículo 45 del TFUE relativo a las condiciones laborales. De este modo, es como aparece la Directiva 96/71/CE,

en la cual viene establecido “*el núcleo duro*” de condiciones laborales, que constituirá la base de la que todos los trabajadores deberán gozar en condiciones de plena igualdad y no discriminación. Estos derechos imperativos no tienen que suponer ningún tipo de obstáculo a la libre prestación de servicios, ni un impedimento para las empresas, sino que más bien deberíamos empezar a entender el núcleo duro como la base principal sobre la que empezar a construir las relaciones laborales en el marco de una prestación de servicios internacional.

IV.- La aplicación de condiciones y derechos laborales del ordenamiento español a los trabajadores desplazados al territorio nacional, solo se produce como ya hemos observado, en la medida en que dichas previsiones resulten más favorables que la ley rectora del contrato. No deja de ser una referencia indirecta al principio de norma más favorable propio del derecho laboral y con ello no se pretende garantizar al trabajador desplazado un umbral de protección idéntico en todos los estados de la Comunidad, impensable en el contexto actual en el que no existe unidad en las regulaciones nacionales, sino evitar el dumping social que puede producirse en estos casos.

V.- Las condiciones de trabajo de estos trabajadores, a pesar de que la movilidad geográfica internacional va en aumento, siguen siendo reguladas directamente por parte de los sujetos implicados, es decir, son las partes, trabajador y empresario quienes deciden su regulación contractual. Ello, sumado al hecho de que la mayoría de los convenios colectivos resultan inaplicables, nos lleva ante una situación de informalización de la regulación de esta figura de prestación transnacional de servicios, que hace difícil el estudio de la movilidad geográfica transnacional, pues no existe una regla generalizada, sino que cada caso es diferente al resto, y necesita de una interpretación individualizada, lo que lleva a la puesta en riesgo de la igualdad y no discriminación de trabajadores.

VI.- Como hemos podido comprobar, la legislación a este respecto es fragmentada e insuficiente para el crecimiento que está teniendo, de manera que existe una necesidad de armonizar el derecho laboral europeo. Desde mi punto de vista, una primera buena manera de hacerlo, sería el establecimiento de unas Directivas marco que fueran un punto de referencia, que regularan los aspectos principales de las condiciones laborales y lo más importante, que llegaran a articularse convenientemente con las legislaciones nacionales. Por otro lado,

como gran parte de la doctrina ha observado, la negociación colectiva puede ser la fórmula por la que se llenara el vacío legal, en el sentido de que sea ésta la que asumiría el papel de regulación de las condiciones de trabajo y empleo en supuestos de desplazamientos de trabajadores en el marco de prestaciones de servicios transnacionales.

VII.- Por último, desde mi punto de vista, dada la inexistencia de una unificación de la protección de los trabajadores, ya que la Directiva no llega a armonizar las normas imperativas, sino que simplemente las identifica haciéndolas obligatorias para empresas que desplacen a trabajadores a otro Estado Miembro, existe una necesidad sustancial de crear un Estatuto Jurídico del trabajador que es objeto de un proceso de movilidad geográfica a nivel internacional, que regulara las relaciones de trabajo en régimen de expatriación, pues es un fenómeno que se multiplica y los ordenamientos jurídicos nacionales son insuficientes y limitados, de manera que, como opción paralela a la futura creación de la negociación colectiva supranacional, esta sería una alternativa posible.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO, en la obra colectiva de Cruz Villalón, Jesús y Pérez del Río, Teresa. *“Una aproximación al derecho social comunitario”*. Editorial TECNOS, año 2000.

CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA, *“Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”*, en la obra colectiva Casas Baamonde, M^a Emilia y Del Rey Guanter, Salvador (Director) *“Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales”*.

CRUZ VILLALON, J., *“Las modificaciones de la prestación de trabajo”*. Ministerio de trabajo y seguridad social. Madrid, 1983.

DOZ, J. Y JIMÉNEZ, J.C. *“El sindicalismo en tiempos de globalización, en sindicalismo y Globalización”*, Gaceta sindical nº2. Madrid. 2002.

FERNÁNDEZ PROL, FRANCISCO *“Desplazamientos temporales de trabajadores: normativa estatal obligatoria versus libertad de prestación de servicios (STJCE de 15 de marzo de 2001, asunto C-165/98)”*. En la obra colectiva *“desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)”* de Gárate Castro, Javier (coordinador).

GALIANA MORENO, J: *“trabajo de los españoles en el extranjero”*, en VV.AA.: Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores. (Dir. Borrajo Da cruz, E).

GÁRATE CASTRO, JAVIER *“Los deslazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios”*. Valencia, 2012.

GARCÍA TRASCASAS, ASCENSIÓN, *“Desplazamiento de trabajadores y acciones colectivas en conflictos transnacionales”* en la obra colectiva *“El*

desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro”, de Fotinopoulou Basurko, Olga (coordinadora).

GIL PÉREZ, M^a ENCARNACIÓN “*Repensando el núcleo duro de las condiciones de trabajo en el Estado de acogida y la protección de los trabajadores desplazados*” en la obra colectiva “*el desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*” de Olga Fotinopoulou Basurko (Coordinadora).

GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S. “*Políticas de expatriación y repatriación en multinacionales: visión de las empresas y las personas*”.

GURYANOVA, K. Y DE JUAN JUAN, A. “*Análisis de aspectos prácticos del Reglamento 2393/2004 de extranjería. Gestión de la movilidad internacional de recursos humanos cualificados (expatriados)*”.

HURTADO COBLES, J. “*Brexit, consecuencias laborales y de seguridad social*”

LLOMPART BENNÀSSAR, MAGDALENA “*El salario: concepto, estructura y cuantía*”, Editorial LA LEY, Madrid, Abril 2007.

LOPEZ CUMBRE, LOURDES, “*Consecuencias laborales del Brexit*”. Septiembre 2016.

MARION SCHMID-DRÜNER; “*Fichas técnicas sobre la Unión Europea. El Diálogo Social*”. 2016.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ: “*Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*”. Editorial Lex Nova, año 2006.

MERCADER UGUINA, J.R., “*Derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (La Ley 10/1997 de 24 de abril de transposición de la Directiva 94/45/ CE sobre el Comité de Empresa Europeo)*”. Relaciones Laborales, Vol. II, 1997.

MERINO SEGOVIA, AMPARO: *“Mecanismos de Regulación de la Responsabilidad de las Empresas Europeas”*. Manuales de Formación continua, Consejo General del Poder Judicial. 2006.

MOYA ESCUDERO, MERCEDES Y RUEDA VALDIVIA RICARDO; *“Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España”*. Madrid, 2003.

M. MOLINA MARTÍN, AMPARO. *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico laboral*. Navarra, 2010.

OJEDA AVILÉS, A., *“Negociación colectiva europea y trabajadores desplazados”*.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M^a LUZ; *“La negociación colectiva europea”*. Manuales de Formación Continuada. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ PIÑEIRO ROYO, M.C., *“a modo de conclusión: la ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”*: Califica como expatriación los *supuestos de exportación de mano de obra por parte de empresas españolas*.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA, *“Condiciones de trabajo y empleo de trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios (STJCE de 12 de octubre de 2004; asunto c-60/03)”*. En la obra colectiva *Desplazamientos transnacionales de Trabajadores. Estudios sobre la Directiva 96/71/CE* de Gárate Castro, Javier (coordinador).

SALA FRANCO, T., *“La movilidad geográfica, Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,”* número 58, 2005, página 101.

SÁNCHEZ TORRES, RAQUEL: *“Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuado por empresas*

establecidas en España” en la obra lectiva: Casas Baamonde, M^a Emilia y Del Rey Guanter, Salvador (Dir.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*.

SERRANO OLIVARES, R. *“La movilidad geográfica transnacional”*. La Ley. 2000.

SERRANO OLIVARES, R. *“Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador”*, en la obra lectiva: Casas Baamonde, M^a Emilia y Del Rey Guanter, Salvador (Director) *“Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales”*.

“Trabajadores en el extranjero: (desplazados y expatriados): aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social”. Madrid, Francis Lefebvre, 2002.

VALDÉS DAL-RE, F., *“La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada”*, RL, Tomo 2, 1997, pág. 66

VALVERDE ASENSIO, ANTONIO, *“Cuantía mínima del salario”*, en la obra lectiva: Casas Baamonde, M^a Emilia y Del Rey Guanter, Salvador (Director) *“Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales”*.