



e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)

Número extraordinario ► 2022

ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

© Editorial Universidad de Sevilla 2022

 CC BY-NC-ND 4.0.



EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORA

DRA. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SUBDIRECTORA

DRA. ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SECRETARIA GENERAL

DRA. CARMEN SOLÍS PRIETO, UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA, ESPAÑA

COMITE ASESOR

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dr. Djamil Tony Kahale Carrillo, Universidad Politécnica de Cartagena, España
Dr. Leopoldo Gamarra Vilchez, Universidad nacional Mayor de San Marcos, Perú
Dr. Juan Antonio Maldonado Molina, Universidad de Granada, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Lourdes Mella Méndez, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dr. Pablo Arellano Ortiz, Especialista en Legislación Laboral. Unidad de D^o Laboral y Reforma/GOVERNANCE (OIT), Suiza
Dr. Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Universidad Carlos III de Madrid, España
Dr. Rob Cornelissen, Universidad Vrije de Bruselas, Bélgica
Dr. Ángel Luis De Val Tena, Universidad de Zaragoza, España
Dra. Carolina Gala Durán, Universidad Autónoma Barcelona, España
Dr. José Ignacio García Ninet, Universidad de Barcelona, España
Dr. Daniel Ignacio García San José, Universidad de Sevilla, España
Dr. Juan Gorelli Hernández, Universidad de Huelva, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España
Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Dr. José Luis Monereo Pérez, Universidad de Granada, España
Dr. Marius Olivier, Northwest University, Sudáfrica; y Universidad de Western, Australia
Dr. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, Países Bajos
D. José Joaquín Pérez-Beneyto Abad, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España
Dr. Danny Pieters, Universidad de Lovaina, Bélgica
Dr. Borja Suárez Corujo, Universidad Autónoma de Madrid, España
Dr. Rodrigo Alejandro Sandoval, Abogado, Chile
Dra. Krassimira Sredkova, Universidad de Sofia, Bulgaria
Dr. Hans-Joachim Reinhard, Universidad de Fulda, Alemania
Dr. Gijbert Vonk, Universidad de Groningen, Países Bajos

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dr. Miguel Ángel Gómez Salado, Universidad de Málaga, España
D. Manuel de Armas Cejas, Colegio de Graduados Sociales de Tenerife, España
Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España
Dra. Yolanda Maneiro Vázquez, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España
D^a. María Dolores Ramírez Bendala, Universidad de Sevilla, España

Dra. Esperanza Roales Paniagua, Universidad de Sevilla, España
Dra. Maria Carmen Giménez Muñoz, Universidad de Sevilla, España
Dr. Francisco Rubio Sánchez, Universidad de Extremadura, España
Dr. Mohamed Saad Bentaouet, Universidad de Sevilla, España
D. Luis Jurado Cano
Dr. Julio Alberto Ramírez Barrios, Universidad de Sevilla, España

COMITÉ EJECUTIVO

Dra. Ana María Chocrón Giráldez, Universidad de Sevilla, España
Dr. Marcelo Fernando Borsio, Conselho de Recursos da Previdência Social do Brasil - CRPS, Brasil
Dr. Fco. Javier Fernandez Orrico, Universidad Miguel Hernández, España
Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dra. Carmen Moreno de Toro, Universidad de Córdoba, España
Dr. Francisco Ortiz Castillo, Universidad de Murcia, España
Dr. Guillermo Rodríguez Iniesta, Universidad de Murcia, España
D. Andrés Ramón Trillo García, Instituto Nacional de la Seguridad Social, España
Dra. María Teresa Velasco Portero, Universidad Loyola Andalucía, España

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Dr. Guillermo Leandro Barrios Baudor, Universidad Rey Juan Carlos, España
Dra. Pepa Burriel Rodríguez, Universidad de Barcelona, España
Dra. Dolores Carrascosa Bermejo, Universidad Pontificia Comillas - ICADE- Ediciones Lefebvre-El Derecho Red de expertos de la Comisión Europea FreSsco, España
Dr. David Carvalho Martins, Universidad de Lisboa, Portugal
Dra. Esther Carrizosa Prieto, Universidad Pablo de Olavide, España
Dra. María José Cervilla Garzón, Universidad de Cádiz, España
Dr. Miguel Gutierrez Pérez, Universidad de Extremadura, España
Dr. Fernando M. Jimeno Jiménez, Profesor Tutor UNED Ceuta Coordinador Unidad de Dependencia IMSERSO Ceuta, España
Dra. Julia Muñoz Molina, Universidad de Córdoba, España
Dra. Thereza Christina Nahas, Escuela Judicial de Sao Paulo y Paraná Centro de Postgrado de la PUC/SP, Brasil
Dra. Elaine Noronha Nassif, Ministério Público do Trabalho Escola Superior do Ministério Público da Uniao, Brasil

Dra. Belén López Insua, Universidad de Granada, España
Dra. Natalia Ordoñez Pascua, Universidad de León, España
Dra. Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo - Brasil), Brasil
Dra. María Isabel Ribes Moreno, Universidad de Cádiz, España
Dr. Iván Rodríguez Cardo, Universidad de Oviedo, España
Dra. Sarai Rodríguez González, Universidad de La Laguna, España
Dra. Josefa Romeral Hernández, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España
Dra. María Salas Porras, Universidad de Málaga, España
Dra. Fuencisla Rubio Velasco, Universidad de Huelva, España
Dr. Francisco Trujillo Pons, Universidad Jaime I de Castellón, España
Dra. Alicia Villalba Sánchez, Universidad de Santiago de Compostela, España
D. Fabiano Zabanella, Director del Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas (IPOJUR), Brasil



e-Revista Internacional de la Protección Social

(e-RIPS) ▶ 2022 ▶ Vol. VII ▶ N° 1 ▶ ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS> ▶ © Editorial Universidad de Sevilla 2022



CC BY-NC-ND 4.0.

Este número de la e-Revista Internacional de la Protección Social se enmarca dentro de los resultados del proyecto de investigación DER2017-83040-C4-2-R, “El desplazamiento transnacional de trabajadores”, del Ministerio de Ciencia e Innovación, con cuyos fondos se ha financiado.



Copyright: Los trabajos publicados en las ediciones impresa y electrónica de E-Rips son propiedad de la Editorial Universidad de Sevilla. Para cualquier reproducción parcial o total será necesario citar expresamente la procedencia. La Editorial Universidad de Sevilla autoriza a los autores de los trabajos publicados en la revista a ofrecerlos en sus webs (personales o corporativos) o en cualquier repositorio de acceso abierto (Open Access) pero exclusivamente en forma de copia de la versión post-print del manuscrito original una vez revisado y maquetado, que será remitida al autor principal o corresponsal. Es obligatorio hacer mención específica de la publicación en la que ha aparecido el texto, añadiendo además un enlace a la Editorial Universidad de Sevilla (<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>).

Dirección y contacto. Postal: c/ Enramadilla 18-20, CP 41018, Sevilla, España

Correo-e: csrodas@us.es, web: <https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social> <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips>

Tf.: (34) 9+34 954 55 76 01

Maquetación. Referencias Cruzadas. Tf.: (34) 657 802 595. Correo-e: referencias.maquetacion@gmail.com

Identificación. ISSN 2445-3269

DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

Título Clave: e-Revista Internacional de la Protección Social

Título abreviado: e-RIPS.



ÍNDICE

Numero extraordinario ► 2022

MONOGRÁFICO

“EL DESPLAZAMIENTO TRASNACIONAL DE TRABAJADORES”

Coordinadora: Mireia Llobera

TRIBUNA

Presentación del número monográfico “El desplazamiento trasnacional de trabajadores” / *Presentation of the monographic issue “The transnational posting of workers”*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.mon.01>

Mireia Llobera..... 8-13

ARTÍCULOS DOCTRINALES

El desplazamiento trasnacional de trabajadores: regulación aplicable en materia de Seguridad Social / *The transnational posting of workers: applicable regulation in the field of Social Security*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.mon.02>

Juan López Gandía 15-41

El desplazamiento trasnacional de larga duración: ¿cómo afecta a las pensiones futuras de los trabajadores? / *Long-term transnational posting: how does it affect workers' future pensions?*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.mon.03>

Mireia Llobera..... 42-75

Régimen de Seguridad Social aplicable a los desplazamientos fuera de la Unión y a los trabajadores extracomunitarios / *Social Security rules applicable to workers posted outside the Union and to non-EU workers*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.mon.04>

Juan López Gandía 76-101

El alcance de la obligación preventiva durante el desplazamiento trasnacional de trabajadores: riesgos específicos y accidente en misión / *The scope of the preventive obligation during the transnational posting of workers: specific risks and accidents on mission*

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.mon.05>

Carlos García Gallego 102-119

| | |
|---|---------|
| <p>La subcontratación como factor de riesgo específico en el desplazamiento transnacional de trabajadores / <i>Subcontracting as a specific risk factor in the transnational posting of workers</i> https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.mon.06 Carlos García Gallego</p> | 120-139 |
| <p>El teletrabajo y el desplazamiento de trabajadores a través de plataformas digitales / <i>Teleworking and posting of workers through digital platforms</i> https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.mon.07 Carmen Tatay Puchades</p> | 140-169 |
| <p>Dimensión socio-laboral de las relaciones comerciales trasatlánticas: algunas lecciones del pasado / <i>Socio-labour dimension of transatlantic trade relations: some lessons from the past</i> https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.mon.08 Mireia Llobera.....</p> | 170-199 |



Monográfico

“El desplazamiento trasnacional de
trabajadores”

Coordinadora: Mireia Llobera



Tribuna



TRIBUNA

Presentación del número monográfico “El desplazamiento transnacional de trabajadores”

PRESENTATION OF THE MONOGRAPHIC ISSUE “THE TRANSNATIONAL POSTING OF WORKERS”

Mireia Llobera

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Valencia

Experta del Consejo de Mediación de la Autoridad Laboral Europea

mireia.llobera@uv.es 0000-0002-2803-1998

Recibido: 08.11.2022 | Aceptado: 10.11.2022

Este monográfico está dedicado a una temática específica: el desplazamiento transnacional de trabajadores. Un tipo de movilidad a la que las empresas europeas y españolas recurren cada vez más. Así, a tenor del Informe POSTING.STAT “*Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras*”¹, España fue, en 2020, uno de los países comunitarios que más trabajadores desplazados recibieron en su territorio. Los países que envían más trabajadores a España (prácticamente un 80% del total) son Portugal (54%), Alemania (13%) e Italia (12%)². De hecho, entre 2018 y 2019, el número de DPs A1³ solicitados para enviar trabajadores a España se incrementó en un 177%; aunque la crisis del coronavirus redujera posteriormente su volumen. Dichos trabajadores prestan servicios principalmente en el sector de la construcción y en la industria española (instalación de maquinaria, metalurgia, montajes industriales, entre otros)⁴.

Así pues, dada la importancia creciente de esta forma de movilidad, se ha dedicado un número extraordinario de la e-Revista Internacional de la Protección Social a su estudio, siendo un enorme privilegio para los autores de este monográfico el poder ser parte de este proyecto. Lo cierto es que el enorme prestigio científico de la e-Revista Internacional

1. Carrascosa, M. D. y Contreras, Ó.: *Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras*, Proyecto POSTING.STAT VS/2020/0499, Lovaina, 2022, p. 47 y ss.

2. *Ibid.*

3. Un formulario DP A1 es una declaración de la legislación aplicable que permite a las empresas pagar las cotizaciones a la seguridad social en el país de la UE de origen durante un desplazamiento o cuando el empleado trabaja en varios países al mismo tiempo.

4. Carrascosa, M. D. y Contreras, Ó.: *Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras*, ob. cit., p. 51 y ss.

de la Protección Social trasciende las fronteras nacionales, siendo muy notoria a nivel global la existencia de una publicación periódica española, de tan alto nivel, dedicada específicamente a la transferencia de conocimientos a la sociedad y a la comunidad científica sobre Seguridad Social, Asistencia Social y Protección Social desde el plano del Derecho nacional, del Derecho de la Unión Europea y del Derecho Internacional.

Debe también señalarse también que este monográfico se enmarca en el proyecto de Investigación DER2017-83040-C4-2-R, con el título “El desplazamiento de trabajadores” financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

El equipo de investigación de dicho proyecto nacional, que participa en este número monográfico, está formado por los profesores Juan López Gandía, Carmen Tattay Puchades, Carlos García Gallego, y quien escribe, como investigadora principal. El equipo de investigación consta de pocos miembros y de ahí que presentemos más de una contribución.

En verdad el equipo de investigación es pequeño, pero está enormemente cohesionado. De hecho, el trabajo cooperativo constituye la base metodológica adoptada por todos los miembros, en tanto que base axiológica asociada a la ética de la participación, a la colaboración y a la heterogeneidad investigadora. En consecuencia, esta obra presenta trabajos que han sido debatidos y consensuados por todos los miembros del equipo. Así, aunque cada miembro se ha responsabilizado de un tema, el proyecto de investigación no se ha llevado a cabo diseccionado la materia en apartados estancos. Ese factor de cohesión, en torno a una meta conjunta, ha permitido extraer lo mejor de unos investigadores que tienen formación, experiencia, ideas y exigencias diversas; a partir de la conciencia de que el éxito personal depende del éxito del equipo en su conjunto.

De otro lado, al incorporar investigadores de diferentes universidades y departamentos se ha tratado de movilizar los esfuerzos a fin de crear un grupo de investigación desde una perspectiva multidisciplinar que incorpore el análisis de la óptica del Derecho del Trabajo, la Seguridad Social, la Prevención de Riesgos y la Economía. Ello permite la formación de conocimiento a partir de la interacción de investigadores de diversos campos científicos en favor de la solución de los problemas.

Este proyecto de investigación tiene sentido especialmente en relación a aquellas empresas basadas en capital humano intensivo, de modo que la innovación y búsqueda de soluciones en el ámbito laboral tiene una función de promoción económica del territorio. Actualmente, la movilidad internacional de trabajadores está siendo gestionada por muchas empresas españolas incurriendo en riesgos sociales y económicos evaluables importantes. Lo cual exige una especial atención institucional.

Es obvio que, para las empresas españolas, la internacionalización de su tejido empresarial resulta fundamental en su proyección futura. Así, tanto el programa de trabajo de este proyecto, como la elección de los propios investigadores trata de incentivar la internacionalización de las actividades y la transmisión de los resultados en foros de impacto científico y social, a fin de contrastar la utilidad real de las propuestas formuladas.

De ahí que este monográfico otorgue una atención especial a la Seguridad Social, que implica un coste considerable para las empresas; a la Prevención de Riesgos Laborales, que es un tema central a la hora de enviar trabajadores al extranjero y de difícil gestión; y a las más recientes problemáticas las empresas que ofrecen los servicios de trabajadores desplazados a través de plataformas digitales.

Así pues, en el contenido de este monográfico cabe distinguir tres ámbitos temáticos, que se corresponden con determinados objetivos del Proyecto de Investigación DER2017-83040-C4-2-R⁵.

En primer lugar, se ha analizado la interacción de los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social con otros instrumentos que regulan la protección social de los trabajadores desplazados. Este ámbito temático forma parte del primer objetivo del Proyecto de Investigación.

Este apartado temático, dedicado al régimen de seguridad social de los trabajadores desplazados en la Unión Europea, vendrá estructurado a partir de una triple tipología de regulación dedicada a los desplazamientos transnacionales. Se abordará, en primer lugar, el régimen jurídico de aquellos desplazamientos cuya duración no supere los veinticuatro meses y que constituyen, por tanto, el presupuesto de hecho del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004. Nos encontramos en este caso ante un desplazamiento en sentido estricto, que se configura como una excepción a la regla general consistente en aplicar la ley del lugar donde se desempeñe el trabajo (*lex loci laboris*), permitiendo que estos trabajadores permanezcan sometidos a la legislación de su país de origen, en atención precisamente al carácter temporal de su destino. Así, en la primera contribución del profesor López Gandía, “El desplazamiento transnacional de trabajadores: regulación aplicable en materia de Seguridad Social”, se estudia los desplazamientos tanto de trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, así como los riesgos de una utilización de desplazamientos mediante duraciones temporales excesivas o formas encadenadas que disfrazan supuestos migratorios con graves riesgos de *dumping* social mediante ETT, contratas y subcontratas.

Seguidamente se procede a estudiar los desplazamientos que van más allá del periodo máximo de veinticuatro meses sin gozar de la cobertura del artículo 16.1 del Reglamento 883/2004, o que teniéndola hayan superado el plazo previsto en el acuerdo entre Estados miembros. En este estudio vendrán denominados como “desplazamientos de larga duración” aquellos supuestos que pese a constituir un desplazamiento en los términos de la Directiva 96/71/CE no se consideran como tales desde la perspectiva del Reglamento 883/2004. Esta discordancia se debe, a que la Directiva 96/71/CE no incluye ningún límite temporal preestablecido, puesto que la duración del desplazamiento corresponde al de la obra o servicio, prolongándose, como estableció el TJCE en *Rush Portuguesa* “por el tiempo que duren las obras de que

5. El resto de objetivos del proyecto de investigación se estudian, principalmente, en la obra colectiva: Llobera Vila, M. (dir.): *El nuevo régimen jurídico del desplazamiento transnacional de trabajadores*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.

se trata”⁶. En materia de Seguridad Social comunitaria estos desplazamientos de larga duración reciben el mismo tratamiento jurídico que la emigración, de modo que tales trabajadores quedarán sujetos al sistema de Seguridad Social del lugar de prestación de los servicios. De forma que la posibilidad de totalizar los periodos trabajados en distintos países comunitarios a efectos de prestaciones será también relevante para estos trabajadores. De esta forma, aunque el trabajo de quien ha sido desplazado al extranjero se enmarque en una movilidad por iniciativa de su empresario, los supuestos de prolongación del desplazamiento compartirán los problemas específicos de la emigración. Esta cuestión se aborda, por escrito, en el trabajo, “El desplazamiento transnacional de larga duración: ¿cómo afecta a las pensiones futuras de los trabajadores?”. En el mismo se aborda la problemática de los desplazamientos prolongados, dónde ni la aplicación de las técnicas de totalización de los períodos y de prorrateo de las prestaciones ni, sobre todo, la base reguladora utilizada para determinar la cuantía su pensión, resultan siempre ventajosa para estos trabajadores, atendiendo al estado actual del derecho de la Unión, y a su aplicación en España.

Para finalizar, se realiza un análisis de la aplicación “extraterritorial” del Reglamento 1408/71 más allá de las fronteras de la Unión por lo que respecta al desplazamiento de trabajadores. Así mismo, en la segunda contribución de profesor López Gandía, “Régimen de Seguridad Social aplicable a los desplazamientos fuera de la Unión y a los trabajadores extracomunitarios” se analiza la aplicación extraterritorial de las disposiciones comunitarias en materia de Seguridad Social y la protección social, que ofrece el sistema de coordinación comunitario, a los nacionales de terceros Estados desplazados en el ámbito de la Unión Europea.

A continuación, y asociado al objetivo anterior, el profesor Carlos García Gallego, como especialista en el ámbito de la prevención, analiza la interacción de la normativa española y comunitaria de prevención de riesgos laborales⁷ con las normas reguladoras del desplazamiento de trabajadores. En su primera contribución, “El alcance de la obligación preventiva durante el desplazamiento transnacional de trabajadores: riesgos específicos y accidente en misión” el autor aporta soluciones técnicas frente a los riesgos específicos que padecen los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional y que han de ser tenidos en cuenta para dotar de protección adecuada a los trabajadores afectados. Seguidamente, el autor presenta el trabajo “La subcontratación como factor de riesgo específico en el desplazamiento transnacional de trabajadores”. Esta investigación se funda en la probada vinculación entre el incremento de la siniestralidad y el exceso en las cadenas de subcontratación. Una forma de organización de la producción que, en el ámbito internacional, ha originado nuevos factores de riesgo. Igualmente, la consideración de los

6. STJCE de 27 de marzo de 1990 (asunto *Rush Portuguesa*, C-113/89) [fallo].

7. Entre ellas, la Directiva marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo; Directiva 92/57/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles; la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción; la Ley 31/1995, 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos laborales.

trabajadores desplazados que prestan servicios transnacionales, como los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, merece una atención especial a la hora de garantizar a estos trabajadores el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

También en el ámbito del primer objetivo del Proyecto de Investigación, la profesora Carmen Tatay Puchades, en su artículo “El teletrabajo y el desplazamiento de trabajadores a través de plataformas digitales” estudia el problema de los servicios prestados a través de plataformas por parte de trabajadores desplazados. Ciertamente, en la actualidad muchas empresas ofrecen los servicios de trabajadores desplazados a través de plataformas digitales. En mayor o menor medida, las plataformas pueden establecer los términos en los que los “trabajadores desplazados proveedores de servicios” suministran su trabajo y, por lo tanto, la relación entre los proveedores de servicios y las plataformas puede exhibir algunas de las características asociadas con las relaciones laborales, lo que podría resultar en un falso trabajo por cuenta propia. Lo cual presenta un desafío sustancial para el derecho laboral. Además, la autora abre, paralelamente, un nuevo escenario de análisis sobre distintas alternativas para regular el teletrabajo internacional, al cual también se dedican muchos trabajadores desplazados una vez se encuentran en el país de destino.

En otro orden de cosas, es obligado apuntar que la regulación sobre desplazamiento temporal hunde sus raíces en las bases jurídicas relativas a la libre prestación de servicios o a la consecución, si se quiere de manera más amplia, de los objetivos del Mercado interior, así como del Acuerdo General de comercio de Servicios (AGCS). Por esta razón, esta materia en concreto cuenta con sustantividad propia, como parte de un objetivo específico, dentro del proyecto de investigación; a fin de analizar si el papel de la regulación comunitaria coadyuva a la realización de la función reguladora o a la obtención de mejoras competitivas entre empresas a escala europea. A esta materia se dedica el trabajo, por quien escribe, titulado “Dimensión socio-laboral de las relaciones comerciales trasatlánticas: algunas lecciones del pasado”.

Cabe recordar que en la cumbre UE-EEUU del 15 de junio de 2021, la Unión Europea y los Estados Unidos realizaron una declaración conjunta en la que anunciaron una asociación transatlántica renovada para la era posterior a la pandemia. La Unión Europea y los Estados Unidos tienen la relación comercial y de inversión bilateral más desarrollada existente y disfrutan de la relación económica más integrada del mundo. Aunque China superó a los EEUU en 2020 como el mayor socio comercial de la UE en lo relativo a las mercancías, cuando se tienen en cuenta los servicios y la inversión, EEUU sigue siendo el mayor socio comercial de la UE, con mucha diferencia. De modo que la relación transatlántica es una arteria clave de la economía mundial.

De manera que en el momento en el que se refuerzan las negociaciones comerciales entre la UE y EEUU vale la pena analizar hasta dónde se llegó en las negociaciones del Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión en el marco de la OMC, en particular en relación a los aspectos más controvertidos desde la perspectiva social. Lo que incluye un análisis comparado específicamente enfocado al tratamiento del desplazamiento de trabajadores en el AGCS y en la Directiva 96/71/CE. Ello nos

permitirá determinar en el futuro las diferencias y similitudes con el proceso negociador que ahora se inicia; con la esperanza de que las lecciones surgidas del anterior proceso sirvan para relanzar las relaciones comerciales entre ambos bloques hacia cotas mucho más sociales y hacia una transición medioambiental más justa.

Por último, es obligado destacar hasta qué punto la extraordinaria labor del profesor Juan López Gandía ha sido fundamental para el desarrollo de este trabajo en equipo. Como miembro del Consejo Económico y Social, el profesor López Gandía tomó parte en los estudios científicos que sentaron las bases del Dictamen 2/2021 del Consejo Económico y Social, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional⁸. De la profundidad y calidad de su investigación es, por tanto, deudor este proyecto nacional. Lo cual no sorprenderá a nadie, pues el rigor científico y la generosidad del profesor Juan López Gandía son bien conocidos entre los iuslaboralistas españoles (e italianos, debe decirse). Cualidades en su caso tan extraordinarias, como la fortuna de aquellos que hemos podido ser sus discípulos.

BIBLIOGRAFÍA

- Carrascosa, M. D. y Contreras, Ó.: *Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras*, Proyecto POSTING.STAT VS/2020/0499, Lovaina, 2022.
- Llobera Vila, M. (dir.): *El nuevo régimen jurídico del desplazamiento transnacional de trabajadores*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.

8. Dictamen 2/2021, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, así como otras leyes en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2018/957, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Consejo Económico y Social, 2021.



Artículos doctrinales



El desplazamiento transnacional de trabajadores: regulación aplicable en materia de Seguridad Social*

THE TRANSNATIONAL POSTING OF WORKERS: APPLICABLE REGULATION IN THE FIELD OF SOCIAL SECURITY

Juan López Gandía

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Valencia
jualogan@urb.upv.es  0000-0001-6962-9112

Recibido: 24.10.2022 | Aceptado: 10.11.2022

RESUMEN

El artículo analiza la regulación aplicable al desplazamiento transnacional de trabajadores, en materia de Seguridad Social. Se estudia los desplazamientos tanto de trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, así como los riesgos de una utilización de desplazamientos mediante duraciones temporales excesivas o formas encadenadas que disfrazan supuestos migratorios con graves riesgos de dumping social mediante ETT, contratas y subcontratas. Por último, se aborda someramente la acción protectora, distinguiendo entre las prestaciones que pueden satisfacerse en el Estado de origen y las vinculadas al de destino.

ABSTRACT

This article analyzes the regulation applicable to the transnational posting of workers, in terms of Social Security. The posting of both employed and self-employed workers are studied, as well as the risks of excessive temporary durations or chains of companies that disguise social dumping using temporary work companies or subcontractors. Finally, the protective action is briefly addressed, distinguishing between the benefits that can be met in the State of origin and those linked to the State of destination.

PALABRAS CLAVE

Movilidad transnacional
Seguridad Social
Territorialidad
Derecho de la Unión
Desplazamiento de
trabajadores

KEYWORDS

Transnational mobility
Social Security
Territoriality
EU Law
Posting of workers

* Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación DER2017-83040-C4-2-R, "El desplazamiento transnacional de trabajadores", del Ministerio de Ciencia e Innovación.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LA EXCEPCIÓN COMUNITARIA A LA *LEX LOCI LABORIS*
 - III. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 883/2004
 - IV. DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES
 - A. El desarrollo de una “actividad sustancial” en el país de destino
 - B. El mantenimiento de un vínculo laboral con la empresa de origen
 - C. El requisito de la temporalidad
 - V. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES: ACTIVIDAD LABORAL PARA UNA MISMA EMPRESA EN EL TERRITORIO DE DOS O MÁS ESTADOS MIEMBROS
 - VI. LA ACCIÓN PROTECTORA PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS DESPLAZADAS
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Desde el surgimiento de los seguros sociales apareció ya muy pronto un Derecho Internacional de la Seguridad Social para incentivar el desarrollo y expansión de los seguros sociales en los distintos países y para abordar los problemas de la emigración¹.

Para proteger a los emigrantes se estipularon de un lado convenios y recomendaciones internacionales en el ámbito de la OIT, de manera que los emigrantes no quedaran en situación desventajosa de protección social cuando se desplacen o emigren para trabajar a otros países como los Convenios n. 48 de 1935, 118 de 1962 y 157 de 1982.

En segundo lugar, el Derecho comunitario europeo también aborda dicha cuestión de la coordinación de los sistemas nacionales para facilitar los objetivos de la Unión Europea de la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios y la abolición de toda discriminación basada en la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros que se desplacen dentro de la Unión para trabajar.

La intervención comunitaria no instituye un sistema o régimen común de Seguridad Social sino que mantiene los existentes a nivel nacional y su único objetivo es que exista un nivel de coordinación entre ellos que evite penalizar al inmigrante, de manera que al menos no sufra una reducción importante de la prestación que habría obtenido de no haber sido emigrante², aunque a la hora de determinar la base reguladora y la integración de lagunas en las pensiones no resulta tan favorable como los convenios bilaterales celebrados entre los propios Estados miembros de la Unión.

Se trata de evitar que los trabajadores comunitarios en materia de protección social no se encuentren en una situación perjudicial o desventajosa por haber trabajado

1. Pérez Castillo, A. M. y Carpena Niño, J. M.: “La Seguridad Social de los trabajadores migrantes: realidad actual y perspectivas de futuro”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2005, pp. 191-212; Gonzalo González, B.: *Introducción al derecho internacional español de seguridad social*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1995; Basterra Hernández, M.: “El derecho a la Seguridad Social del trabajador transnacional en el marco comunitario: trabajos fronterizos o en diversos Estados, actividades marítimas y aeroportuarias y desplazamiento temporal de trabajadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021, p. 95 y ss.

2. Casos *Borowitz* (C-21/87), *Check* (C-331/06) y *Petersen* (C-228/07), *Reichling* (C-406/2003), *Lafuente Nieto* (C-251/94) y *González Salgado* (C-282/2011).

en más de un país miembro de la Unión Europea. Los más importantes son los Reglamentos 1408/1971 y 574/1972 modificados en numerosas ocasiones con posterioridad y codificados en 1997 y modificados por el Reglamento 883/2004. Hay una propuesta de modificación de 2016. Los Reglamentos Comunitarios (CE) n. 883/04 y n. 987/09 se aplican para la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea desde el 1 de mayo de 2010.

En el fondo la técnica de los Reglamentos comunitarios es la misma que la que ya habían avanzado los convenios bilaterales de Seguridad Social, esto es, la coordinación de legislaciones que siguen siendo nacionales y la igualdad de trato. Y por ello sus principios son similares: igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad y residencia, totalización de los periodos de cotización cubiertos en distintos Estados miembros a efectos del nacimiento y conservación de los derechos a las prestaciones y del cálculo de las mismas, principio de prorrateo (*pro rata temporis*), principio de exportación de prestaciones a otros países donde el beneficiario decida fijar su residencia y principio de pensión única y reglas “anticúmulo”.

Se trata de someter las prestaciones a una única gestión, normalmente la *lex loci laboris*, ley del lugar de trabajo, donde se cotiza, aunque resida en otro país.

Pero dada la existencia de un amplio y heterogéneo elenco de regímenes jurídicos nacionales de Seguridad Social, con marco protectores de diversa intensidad, la eficacia de la técnica de la coordinación depende en gran manera del grado de homogeneidad existente entre los sistemas de protección social, que no siempre es elevado, dada la existencia de países, incluso ya entre los propios extracomunitarios, con bajos niveles de cobertura social³.

También convenios bilaterales o multilaterales entre los Estados, entre ellos el Convenio Europeo de Seguridad Social y el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se basan en los mismos principios y objetivos ya mencionados que los del ordenamiento comunitario.

La regla general, por tanto, es la aplicación de la *lex loci laboris*. Y así en el ordenamiento español, de acuerdo con el artículo 7.3 LGSS, la inclusión en el sistema de la Seguridad Social viene determinada en general por un criterio de territorialidad, de modo que su protección contributiva se aplica básicamente a los españoles que residen y ejercen su actividad en territorio nacional.

Se trata de una conexión idónea pues ahí es donde se generan los beneficios de la actividad profesional por la que se cotiza y además evita el “*dumping* social” propiciando la igualdad de cotizaciones entre trabajadores nacionales y foráneos, de manera que tales costes sociales no puedan reducirse mediante la “importación” de trabajadores “más baratos”⁴.

3. Correa Carrasco, M.: “El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones” en Correa Carrasco, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III, Madrid, 2008, pp. 25-76.

4. Gonzalo González, B.: “Nuevas formas y contenidos nuevos de la coordinación europea de las pensiones de seguridad social”, en López Cumbre, L. (coord.): *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 645-666; Carrascosa Bermejo, D.: *La coordinación comunitaria*

No obstante, hay que mencionar una serie de excepciones, una de ellas la de los trabajadores desplazados en el ámbito de los 28 de la Unión Europea más los países del EFTA (Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza).

En el caso español la acción protectora alcanza también a los españoles que por causas de trabajo se trasladan a un país extranjero, mediante diversos instrumentos de Derecho Internacional que tratan de garantizar una igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción o, en su defecto, técnicas normativas internas que, como excepción al principio de territorialidad, implican una unilateral extensión de la propia legislación nacional (art. 7.4 y disposición adicional primera de la LGSS). La extensión de la Seguridad Social española es una excepción al principio de territorialidad perfectamente constitucional, pero que debe contemplarse en norma internacional mediante convenio multilateral o bilateral, no pudiendo derivarse sin más de normas internas ni del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución (STC 77/1995, de 22 de mayo).

II. LA EXCEPCIÓN COMUNITARIA A LA *LEX LOCI LABORIS*

La regulación de los desplazamientos se sitúa en el marco de la libre prestación de servicios de los artículos 56 y 57 TFUE, artículos 48 y 59 del Tratado CE (actualmente artículos 39 CE y 49 CE, tras su modificación) y 60 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE)⁵. A estos efectos, los artículos correspondientes de los Reglamentos CE/883/2004 y CE 987/2009 establecen una regulación propia y específica, distinta y separada de las reglas dedicadas a los emigrantes, en sus versiones tal como han sido modificadas por el Reglamento (UE) n°1244/2010 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010.

Los desplazamientos se sitúan dentro de los principios de la libre circulación de los trabajadores, pero en realidad están más bien al servicio de la libertad de prestación de servicios de las empresas a cuyos objetivos y necesidades se subordina⁶.

de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2004, p. 25 y ss.; "Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I). Rasgos y principios generales" en VV.AA.: *Leciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 187-217, "Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgtos. CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *Actum Social*, núm. 119, 2017, p. 36; García Murcia, J.: "Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa" en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, pp. 25-41 y García Murcia, J. y García Torres, A. (coords.): *Libertades de circulación y Derechos de Protección Social en la Unión Europea: Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Editorial Juruá Curitiba, Lisboa, 2016; García Murcia, J. (dir.): *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2005; VV.AA.: "Trabajadores migrantes y Seguridad Social", *Memento de la Seguridad Social*, Francis Lefebvre, 2016; Dans Álvarez de Sotomayor, L.: "Las normas de coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social", *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2016; Rodríguez Cardo, I. A.: "Problemas de aplicación de la seguridad social en el espacio: el conflicto de leyes en el Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social: los Reglamentos 883/2004 y 897/2009*, Laborum, Murcia, 2010, pp. 39 y ss.; Fernández de la Mata, I. (dir.): *Seguridad Social Internacional*, CGPJ, Madrid, 1998; Agis Da Silva, M.: "El derecho europeo de coordinación en materia de Seguridad Social. Principios generales", en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 55 y ss.

5. Casos acumulados *Dos Santos Sousa* (C-68/98 y 71/98) y caso *Dos Santos Palhota y otros* (C-515/08).

6. Llobera Vila, M.: *El desplazamiento transnacional de trabajadores: libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Desde el punto de vista laboral, y según la Ley 45/1999, de 29 de noviembre (art.2), sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional por la que se traspone la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre y Directiva 2014/67, el desplazamiento en el marco de una prestación de servicios transnacional se define como “el efectuado durante un período limitado de tiempo”, periodo que no se precisa.

Los efectos laborales son autónomos y relativamente independientes de los de Seguridad Social y diferentes pues aplican en cierto modo aspectos de la *lex loci laboris*⁷.

En efecto, las empresas 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, 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.

Mientras que la aplicación en los aspectos laborales de la *lex loci laboris* intenta evitar desigualdades y distorsiones aplicativas, como la coexistencia en un mismo lugar de trabajadores sometidos a diversos órdenes normativos en función del Estado de origen y evitar el “*dumping* social”, en cambio, en materia de Seguridad Social la perspectiva es distinta, Y así, el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, a diferencia de la Directiva 96/71 que solo se refiere a aspectos laborales, establece normas especiales sobre la legislación aplicable, manteniendo un única afiliación, alta y cotización aplicándole la legislación de un único Estado, el de aseguramiento o de origen⁸. La normativa de Seguridad Social comunitaria utiliza la misma denominación de desplazado, aunque proyectos de reforma del Reglamento 883/2004 van en la dirección de a efectos de Seguridad Social llamarles “destinados”⁹, dejando la expresión desplazados solo a efectos de la Directiva 96/71.

Así establece que siempre que el empleador ejerza actividades en el país de origen y desplace temporalmente al trabajador para realizar su trabajo en otro Estado miembro en materia de Seguridad Social seguirá sujeto a la legislación del primer Estado miembro siempre que la duración de dicho trabajo no exceda de 24 meses y de que

7. Gutiérrez-Solar Calvo, B.: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, 2000; Serrano Olivares, R.: *La movilidad geográfica transnacional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2000; Llobera Vila, M.: “Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores” en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 39-66 y bibliografía ahí citada.

8. Esteban de La Rosa, G. y Molina Navarrete, C.: *La movilidad transnacional de trabajadores. Reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002; Gómez Abelleira, F.: “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas” en Correa Carrasco, M. y Carrasco Bermejo, D. (coords.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, p. 463 y ss.; Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016; Correa Carrasco M.: “El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial; problemas y soluciones”, ob. cit., p. 11 y ss.; Maneiro Vázquez, Y. y Miranda Boto, J.M.: “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados en el Reglamento CEE n.883/2004” en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, pp. 225-234.

9. Carrascosa Bermejo, D.: ob. cit., p. 37 y “La seguridad social de los trabajadores desplazados”, ponencia, en el Congreso sobre movilidad internacional de trabajadores (MIT), Valencia, 18 y 19 de mayo de 2017.

dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona". El Estado miembro de la actividad de la empresa que contrata al desplazado es la institución competente, lo que exige que la empresa esté establecida en el citado Estado, que es el que declara que su propio Régimen de Seguridad Social seguirá siendo aplicable a los trabajadores desplazados durante el periodo de desplazamiento¹⁰.

Así pues, el trabajador enviado en misión por motivos de trabajo por su empresa en desplazamiento temporal a un centro de trabajo en el extranjero mantiene la relación jurídica de Seguridad Social con el país de origen. Así, en el caso de España, al desplazado se le considera situación asimilación al alta a efectos del artículo 166 LGSS que contempla una amplia remisión reglamentaria para incluir situaciones no contempladas en el citado artículo. Y así el artículo 36 del Real Decreto 84/1996 de 26 de enero, en la larga lista de situaciones asimiladas al alta, contempla el "traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional". Pese a la expresión "traslado" utilizada por el legislador, entendemos que no se está refiriendo al concepto laboral del artículo 40 ET, sino también (o más bien) al desplazamiento¹¹. Su regulación se lleva a cabo por la Orden de 27 de enero de 1982 y Resolución de 27 de enero de 1978, que incluye especialidades en cuanto a la incapacidad temporal y a la asistencia sanitaria mediante un sistema de compensación. Todo ello sin perjuicio de las singularidades que en cada caso establezcan los convenios bilaterales o multilaterales de Seguridad Social. La normativa española de Seguridad Social citada no contempla expresamente la situación de los españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, a los que se refiere el artículo 1.4 ET.

Lo mismo se exige en caso de que se desplace un trabajador por cuenta propia en el que hay que aplicar directamente el reglamento, pues nada se establece en el TRLGSS, y en el Real Decreto 84/1996 está contemplando más bien un traslado del trabajador por cuenta ajena, y respecto de los autónomos solo contempla como asimilación al alta el periodo de 90 días tras la baja a efectos de asistencia sanitaria. Y ni el artículo 307 LGSS ni el artículo 46 del citado Real decreto 84/1986 al regular de manera específica los actos de encuadramiento de los autónomos no contemplan el desplazamiento al extranjero. No obstante, como se aplica a todo el sistema de Seguridad Social hay que aplicarlo por analogía al trabajador autónomo.

La razón de esta excepción comunitaria al principio de la *lex loci laboris* mediante el mantenimiento del aseguramiento en el Estado de origen es facilitar la libre circulación de trabajadores, promover la libre prestación y la interconexión económica. Y a su servicio se trata de evitar las complicaciones administrativas que acarrearía el aseguramiento sucesivo (y altas y bajas correspondientes) en distintos Estados cuando

10. Caso FTS (C-202/97 apartado 49).

11. No entramos ahora en la cuestión debatida en la doctrina de si el desplazamiento transnacional se incluiría en el artículo 40 ET o supondría una modificación sustancial de condiciones de trabajo del art.41. No hay un criterio unánime en la doctrina: García-Perrote Escartín, I.: "Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, 2008, p. 317; Molina Martín, A.: *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010; Matorras Díaz-Caneja, A. y Sánchez-Cervera Valdés, J. M.: "Aspectos jurídicos-laborales" en VVAA, *La expatriación de trabajadores*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 81.

los periodos de desplazamiento van a ser breves. Se trataría de simplificar carreras de seguro y cotización a efectos de prestaciones sin tener que aplicar las complejas reglas de totalización y prorrateo¹². Otra cosa es, como se verá más abajo, que esta argumentación se sostenga cuando los desplazamientos pueden alcanzar en el Reglamento 987/2009 los 24 meses como regla general e incluso en ciertos supuestos superarlos. Y más aún, como se verá más abajo, en convenios bilaterales de Seguridad Social.

En efecto, se aduce que no tiene sentido incluir al trabajador desplazado en la Seguridad Social del país de ejecución de la prestación por un corto periodo de tiempo, sino que es más sencillo que en estos periodos temporales se mantenga el alta en la Seguridad social del país de origen (Estado de envío)¹³.

El propio TJUE¹⁴ lo justifica diciendo que en determinadas situaciones particulares existe el riesgo de que la aplicación pura y simple de la regla general de la *lex loci laboris* no evite sino, al contrario, origine tanto para el trabajador como para el empresario y los organismos de Seguridad Social complicaciones administrativas que podrían tener como efecto obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de las personas a las que se aplica el Reglamento y complicar el ejercicio de la libre prestación de servicios, por lo que para tales situaciones se establecen normas específicas. Es más, el propio artículo 16.1 del Reglamento 883/2004 permite ampliar dichos supuestos: “dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, excepciones a los artículos 11 a 15”. No concreta a qué beneficio se refiere, pero sí que exige que no vaya en detrimento del trabajador y en ocasiones podrá tener hasta carácter retroactivo¹⁵. En el caso español se establece como criterio interno general negociar la ampliación hasta cinco años.

No obstante, dada la parquedad del Reglamento 883/2004, hay que tener en cuenta algunos datos de la Directiva 96/71 como los que proporciona el propio artículo 1.3 de la Directiva 96/71, titulado “Ámbito de aplicación”, cuando dispone que se aplica el apartado 1 cuando se adopte una de las siguientes medidas transnacionales:

- a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o

12. Evitar la acumulación de legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que pueden resultar de ello (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de los casos *Kuijpers* (276/81, apartado 10); *FTS* (C202/97 apartado 20 y jurisprudencia citada), y *Plum* (C404/98, apartado 18). Gómez Abelleira, F.: “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”, ob. cit., p. 468.

13. Desdentado Daroca, A.: “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pp. 20-21, Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, ob. cit., p. 59; Carrascosa Bermejo, D.: “Trabajadores desplazados y Seguridad Social”, ponencia.

14. Casos *Manpower* (C-35/70), *Brusse* (C-101/83, apartado 16) y *Format* (C-115/119, apartado 31).

15. Asunto *Joop Van Gestel* (C-454/93).

- b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; o
- c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador.

Así pues, de un lado, la prestación de servicios puede consistir ya sea en la ejecución de trabajos por una empresa, por cuenta de ésta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre dicha empresa y el destinatario de la prestación de servicios, ya sea en el suministro de trabajadores para su utilización por parte de una empresa, en el marco de un contrato público o privado. La fórmula es muy genérica y desde luego va mucho más allá del concepto de “trabajo temporal” del Convenio Europeo de Seguridad Social que en 1972 estaba pensando en un “trabajo estacional que se repite todos los años”.

III. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN EL REGLAMENTO 883/2004

En cuanto al campo subjetivo de aplicación, el Reglamento 883/2004 distingue varios supuestos. De un lado trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia.

Dentro de los primeros hay reglas especiales para los trabajadores del mar, pues en definitiva el criterio no es la *lex loci laboris* sino el de la nacionalidad del pabellón del buque, cuya legislación se aplica. La única excepción es cuando, pese al pabellón, coincidan el Estado miembro donde tenga su sede la empresa que le remunera y el Estado miembro del trabajador. Así pues, según el Reglamento, una actividad por cuenta ajena o propia ejercida normalmente a bordo de un buque en el mar que enarbole pabellón de un Estado miembro se considerará una actividad ejercida en dicho Estado miembro. No obstante, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro, y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro, estará sujeta a la legislación de este último Estado miembro si reside en dicho Estado. La empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario a efectos de dicha legislación. La STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-631.2017, ha establecido que la residencia del trabajador también podría llegar a ser el criterio determinante de la ley aplicable con base en el art. 11.3.e) del Reglamento cuando el trabajador preste sus servicios para un empresario con domicilio en un Estado miembro en un buque que enarbole pabellón de un tercer Estado y que navega fuera del territorio de la Unión, pero habiendo conservado su residencia en su Estado miembro de origen, distinto al del domicilio empresarial.

Es muy frecuente que trabajadores del mar españoles se embarquen en buques de pabellón extranjero, dependientes o no de empresas españolas. Aunque la regla general es el principio de territorialidad, el hecho de que puedan o no estar encuadrados en el Régimen Especial del Mar dependerá fundamentalmente del Estado cuyo pabellón enarbole el buque (art. 6 de la ley 47/2015 de 21 de octubre), es decir, pabellón de un Estado Miembro de la Unión Europea o pabellón de un Estado con el que España haya firmado un convenio bilateral o multilateral de seguridad social en el que se recoja la excepción al principio de territorialidad, sean remuneradas por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en España.

También estarán comprendidas en este Régimen Especial las personas trabajadoras residentes en territorio español que trabajen en sociedades mixtas y empresas radicadas inscritas en el registro oficial, sin perjuicio de lo que pueda resultar de los tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España. Así, en los Buques del segundo registro o Registro especial de buques y empresas navieras de Canarias, (disposición adicional 15ª de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre) y las Sociedades mixtas y empresas radicadas del Reglamento (CE) 2792/1999, el artículo 2.1 del Real Decreto 601/1999, de 16 de abril y el artículo 20 del Real Decreto 3448/2000, de 22 de diciembre.

Pero el supuesto más frecuente es el de trabajo en un buque con el que España no tiene suscrito ningún Convenio ni Instrumento Internacional de Seguridad Social, es decir, el supuesto de las comúnmente llamadas banderas o pabellones de “conveniencia”¹⁶. El recuso a pabellones de conveniencia es un fenómeno derivado de la globalización neoliberal y sus efectos negativos al permitir así escapar a reglamentaciones y controles, entre ellos los laborales y de Seguridad Social, generando una competencia a la baja sin que exista verdaderamente un vínculo real entre el Estado del pabellón y la empresa. Es como una simple oficina, una empresa “buzón”. De poco han servido para evitarlo los convenios internacionales (Ginebra de 1958, ONU de 1982, 147 y 165 de la OIT de 1976 y 1987 que apenas han sido ratificados por los Estados).

La doctrina judicial española encuentra por ello dificultades para aplicar la *lex loci laboris*, aunque el propietario del buque sea una empresa española y contrata para prestar servicio en buque abanderado en otro país no comunitario¹⁷. Solo en casos en que la empresa española o la consignataria tiene domicilio en España, contrata y abona los salarios en España¹⁸.

También hay previsiones especiales para la actividad de un miembro de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo

16. Rodríguez Copé, M. L.: “La protección social de los trabajadores del mar” en Correa Carrasco, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III, Madrid, 2008, pp. 497-532; Carril Vázquez, X. M.: “Aspectos laborales y de Seguridad Social de los pabellones de conveniencia”, *Cuadernos de Derecho Pesquero*, núm. 2, 2003, pp. 239-256; Sempere Navarro, A. V.: “Pabellones de conveniencia y Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, núm. 68, 2002, pp. 641-660.

17. STSJ de Galicia de 18 de junio de 1999 y de 14 de julio de 2001, STSJ de Canarias/Las Palmas de 14 de octubre de 2005 y STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2005.

18. STS de 9 de febrero de 1987 (Ar.809), STSJ de Galicia de 27 de abril de 2004 y STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2000.

de pasajeros o mercancías. En tal supuesto se considerará una actividad realizada en el Estado miembro en el que se encuentra la “base”, es decir, el lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente éste comienza y termina uno o varios periodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante (Reglamento CEE/3922/91 Anexo III).

La *lex loci laboris* se aplica también a fronterizos durante los periodos de actividad. La cuestión es más compleja en relación con los de inactividad cuando se trate de prestaciones no contributivas ligadas al lugar de residencia, pues el modelo comunitario de coordinación integra ambas modalidades de prestaciones, las contributivas y las asistenciales, por lo que en principio se aplicará también la *lex loci laboris*, aunque no necesariamente a los familiares del país de residencia (STJUE de 20 de mayo de 2008, asunto C-252/06 *Bosmann*)¹⁹.

La persona empleada como funcionario en un Estado miembro y que ejerza actividad por cuenta ajena y/o por cuenta propia en otro u otros Estados miembros estará sujeta a la legislación del Estado miembro a la que está sujeta la Administración que le emplea. Lo mismo cabe decir en el caso español del personal laboral al servicio del Estado en el exterior de la Ley 2/2014 de 25 de marzo.

El concepto de trabajador a efectos de Seguridad Social es más amplio que el laboral por lo que se identifica más bien con el de asegurado²⁰, lo que permite incluir relaciones no laborales que no dan lugar a una actividad profesional²¹, pero que dan lugar a aseguramiento en la Seguridad Social, como por ejemplo las prácticas laborales (disposición adicional 6ª LGSS) y las prácticas académicas externas, curriculares y extracurriculares, remuneradas de los estudiantes universitarios incluyendo también los de tercer ciclo [disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011, Real Decreto 1493/2011 de 24 de octubre, y Resolución de la TGSS de 4 de noviembre de 2011 (BOE de 12 de noviembre)] en caso de posible desplazamiento.

De otro lado surge la cuestión de si se aplica a trabajadores extranjeros extracomunitarios contratados por empresas para ser desplazados o reciben una orden de desplazamiento para trabajar temporalmente en otro Estado miembro. La jurisprudencia ha admitido el supuesto y establece que, puesto que cuentan con permiso de trabajo en el Estado de origen y son desplazados, no emigrantes, no precisan autorización en el de destino. Es más, la obligación de obtener un permiso de trabajo en este caso constituye una restricción a la libre prestación de servicios. Sin embargo, durante fases transitorias posteriores a la integración de nuevos países se fijaron restricciones²² con el objetivo de interés general consistente en proteger el mercado

19. Basterra Hernández, M.: “El derecho a la Seguridad Social del trabajador transnacional en el marco comunitario: trabajos fronterizos o en diversos Estados, actividades marítimas y aeroportuarias y desplazamiento temporal de trabajadores”, ob. cit., p. 109.

20. Caso *Martínez Sala* (C-85/96), *Dodl* (C-543/03), *Fischer-Lintjens* (C-543/13).

21. Caso *Ruyter* (C-623/13).

22. Véase casos *Rush Portuguesa* (C-113/89), *Vander Elst* (C-43/93) Comisión/Luxemburgo (C-445/03; Comisión/Alemania (C-244/04); Comisión/Austria (C-168/04). Y pese a ello no se admitió la necesidad de permiso de trabajo en el asunto *Vicoplus* (C-307/09), en este caso incluso pese a tratarse de una ETT cuya actividad puede tener un impacto en el mercado laboral del Estado miembro del destinatario de la prestación.

laboral nacional, concretamente, frente a las elusiones de las restricciones a la libre circulación de los trabajadores, pero actualmente el Derecho de la Unión se opone a que el suministro de mano de obra se supedite a la obtención de un permiso de trabajo en las circunstancias de los asuntos principales. Fuera de aquellos supuestos, que fueron transitorios y excepcionales, no se distingue entre nacionales comunitarios y extracomunitarios de la empresa que desplaza²³. Otra cosa es lo que establezcan los convenios bilaterales (*vide infra*).

IV. DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

A. El desarrollo de una “actividad sustancial” en el país de destino

Dentro del desplazamiento en los Reglamentos comunitarios se distingue el supuesto de empresa que ejerce su actividad en un solo Estado miembro de supuestos de pluriempleo del trabajador, en dos o más Estados miembros.

En efecto, en caso de empresa que ejerce la actividad en un solo Estado miembro los artículos 12.1 y 12.2 del Reglamento 883/2004 y artículo 14.2 del Reglamento 987/2009 establecen que la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades, y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro, seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada. Se refiere a sustitución de trabajador por cuenta ajena, aunque debería operar también la misma solución si fuera por cuenta propia, pero para ello habría que modificar el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 especificando este extremo.

De otro lado, hay que partir del concepto amplio de empresa incluyendo los grupos de empresas y también las ETT²⁴ que ejerzan normalmente sus actividades en el Estado de origen o envío. En el caso de ETT, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la actividad de una empresa consistente en la cesión de personal a otra empresa mediante retribución, cuando el personal sigue empleado por la primera empresa y no celebra contrato alguno con la segunda, es una actividad profesional que reúne los requisitos fijados en el artículo 57 TFUE, párrafo primero, y debe ser considerada, por tanto, como servicio en el sentido de esa disposición²⁵. El hecho de que el trabajador lo haga bajo el control y la dirección de la empresa usuaria (artículo 1,

23. Ribes Moreno, M. I.: “El concepto de trabajador temporal desplazado” en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 97 y ss.; Carril Vázquez, X. M.: “El desplazamiento de trabajadores de terceros Estados al espacio de la Unión Europea”, en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 233 y ss.

24. Caso *FTS* (C-2020/97).

25. Caso *Webb* (279/80, Rec. p. 3305, apartado 9), y el auto de 16 de junio de 2010, *RANI Slovakia* (C-298/09, Rec. p. I-0000, apartado 36).

número 2, de la Directiva 91/383) podría llevar a cuestionar que tal trabajador realice su trabajo en el marco de una prestación de servicios efectuada por su empresario en el Estado miembro de acogida. Pero como el trabajador vuelve a su Estado miembro de origen al término de desplazamiento ello excluye que dicho trabajador haya sido puesto a disposición en el Estado miembro de acogida.

En consecuencia, el desplazamiento de trabajadores en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva 96/71 constituye una prestación de servicios realizada a cambio de una remuneración, mediante la cual el trabajador desplazado sigue empleado por la empresa proveedora y no celebra contrato laboral alguno con la empresa usuaria. Se caracteriza por la circunstancia de que el desplazamiento del trabajador al Estado miembro de acogida constituye el propio objeto de la prestación de servicios efectuada por la empresa proveedora y pese a que dicho trabajador realiza sus tareas bajo el control y la dirección de la empresa usuaria del Estado de destino.

Es clave, tanto a efectos de la Directiva como del Reglamento, el requisito de que la empresa “ejerza normalmente en él sus actividades”. Se trata de un requisito esencial para evitar “dumping social” a efectos laborales y de Seguridad social mediante empresas fantasma con domicilio de conveniencia (“*brass-plate companies*”). Ha de tratarse de empresa real en el país de origen, con establecimiento e instalaciones y vínculo laboral real entre el trabajador y la empresa²⁶. La empresa ha de realizar en el mismo normalmente “actividades sustanciales, distintas de la mera gestión interna” (las llamadas “empresas buzón”), en el Estado miembro de establecimiento, teniendo en cuenta todos los criterios que caracterizan las actividades realizadas por la empresa²⁷, como que la empresa permanezca con trabajadores ejerciendo la actividad propia de la empresa en el Estado de establecimiento, además de los trabajadores que estén desplazados en otros países. Y también que ejerza poder de dirección real y efectivo, asuma costes salariales y disponga de la facultad de despido. Es decir, que no se trate de un empresario meramente formal (STJUE de 16 de julio de 2020, asunto C-610/18, *AFMB Ltd*). En cuanto al concepto de actividades sustanciales, la cuestión es compleja cuando se trata de ETT, pues no basta con la actividad de contratación y cesión sin más. No pueden constituirse en un Estado miembro con la única finalidad de ceder trabajadores a empresas usuarias de otros Estados sin llevar a cabo cesiones en el propio, ésta sería la actividad sustancial, no la primera (STJUE de 3 de junio de 2021, C-784-19, Asunto *Team Power Europe*)²⁸.

A estos efectos las autoridades competentes deben llevar a cabo una evaluación global de todos los elementos fácticos que caracterizan en un marco temporal más amplio las actividades que lleva a cabo la empresa en el Estado miembro de establecimiento y cuando sea necesario en el Estado de acogida (art. 4.2 de la Directiva 2014/67 de 15 de mayo que modifica el Reglamento 1024/2012 relativo a cooperación administrativa). La Decisión 181 establece al efecto una serie de indicadores y criterios objetivos.

26. Casos *D´Hoop* (C-224/98), *Joanidis* (C-258/04) y *Vatsoriras* (C-22/08).

27. Caso *Plum* (C-404/98).

28. Véase el comentario de Martín-Pozuelo López. A.: “El desplazamiento de trabajador realizado por ETTs. Breve comentario a la STJUE de 3 de junio de 2021 (C-784/19, Asunto *Team Power Europe*)”, *NET 21*, núm. 5, julio 2021.

Se exige también que hayan ejercido tales actividades durante un cierto periodo de tiempo, de al menos cuatro meses y, de ser inferior, se procede a una valoración o estudio del caso, pues según el artículo 14.2 del Reglamento 987/2009 “los criterios pertinentes deberán adecuarse a las características de cada empresa y a la naturaleza de las actividades que realiza”. Y según el artículo 4.4 de la Directiva 2014/67 “la valoración de esos elementos deberá adaptarse a cada caso particular y tener en cuenta las peculiaridades de la situación”.

B. El mantenimiento de un vínculo laboral con la empresa de origen

El desplazado a otro Estado miembro debe, por tanto, mantener el vínculo orgánico con la empresa de origen y su Estado durante el desplazamiento²⁹ y además debe ejercer normalmente sus actividades en el mismo. Además, la actividad que lleve a cabo en el Estado de destino ha de ser similar a la que venía realizando en el Estado de origen³⁰. La expresión “actividad similar” hace referencia a la naturaleza real de la actividad y no a la calificación de actividad por cuenta ajena o propia que se atribuya en el otro Estado miembro.

Estos requisitos se debilitan o se convierten en algo puramente formal en casos de ETT y de contratas y subcontratas, cuando rozan la cesión ilegal, supuestos en el que la emisión del certificado por el Estado de envío hace difícil un control adecuado, dada su presunción de validez. Es más, el propio certificado acaba teniendo también efectos directos laborales al presumirse que estamos ante una contrata verdadera y no ante una cesión ilegal³¹. Es difícil de este modo evitar y controlar por vía inspectora que mediante contratas se acaben produciendo fenómenos de interposición o cesión ilegal³².

Lo mismo se exige en caso de que se desplace un trabajador por cuenta propia. La expresión “que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia” se refiere a una persona que realiza habitualmente actividades sustanciales o significativas en el territorio del Estado miembro en el que está establecida para mantener su alta en la Seguridad Social del mismo. En particular, la persona debe haber ejercido su actividad durante algún tiempo antes de la fecha de su desplazamiento. Se exige como mínimo un periodo de dos meses de actividad por cuenta propia en el país de establecimiento, es decir, un tiempo menos que una empresa que desplaza trabajadores por cuenta ajena.

Y ha de cumplir las condiciones para que una vez finalizado el desplazamiento pueda retomar su actividad, como el mantenimiento de su infraestructura profesional,

29. Caso *Fitzwilliam Technical Services* (C-202/97).

30. Caso *Banks* (C-178/97).

31. Caso *Herbosch Kiere* (C-2/05).

32. Llobera Vila, M.: “Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 08, 2011, pp. 115-144; y “Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas transnacionales”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011, pp. 1013-1025; Serrano García, J.: “La responsabilidad en las contratas y subcontratas en el ámbito comunitario y las necesidades de cambio de la normativa estatal” en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 151 y ss.

pago de impuestos, mantenimiento del pago de la Seguridad Social, de la colegiación en su caso, etc. No se contempla, sin embargo, a diferencia del trabajador por cuenta ajena, la exclusión cuando la finalidad del desplazamiento sea sustituir a otro trabajador por cuenta propia, pero debería exigirse también tal requisito y a ello se dirigen propuestas de modificaciones del artículo 12.2 del Reglamento 883/2004.

El trabajador por cuenta ajena debe tener “vinculación laboral previa”, un vínculo orgánico que además debe pervivir durante todo el desplazamiento a fin de evitar fenómenos fraudulentos³³. La vinculación laboral se construye sobre los elementos caracterizadores de la relación laboral (contrato, remuneración, despido, poderes directivos, determinación del trabajo o producto final a realizar, etc.). Según el artículo 2 de la Directiva el concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado. Pero a efectos de Seguridad Social hay que entender el concepto propio, más amplio, de asegurado.

No se precisa la duración de la vinculación previa ni en la Directiva ni en el Reglamento (art. 12). La Decisión A2 por consenso de los Estados miembros establece que debe tener antecedentes en la Seguridad Social española de al menos un mes antes de su desplazamiento, en cualquier régimen. Es decir, la vinculación laboral previa existente la traduce en un mes de alta y cotización. La duración anterior de un mes es excesivamente breve. Pero aun así puede generar algún problema en supuestos de ETT.

Para algún sector de la doctrina³⁴ este sería el caso también de la persona que nunca ha trabajado, siempre y cuando tenga residencia legal en España. Así, por ejemplo, cuando se trate del primer empleo. La cuestión es si cabe entender que bajo el régimen de estudiantes ya han estado incluidos en el sistema de Seguridad Social, lo que vendría a cumplimentar el requisito del previo aseguramiento.

No se aplica el concepto de desplazamiento pues no se garantiza en tales casos la persistencia del vínculo orgánico entre el trabajador y la empresa de envío en supuestos en que la empresa de destino pone al trabajador disposición al servicio de otra empresa de destino de otro Estado miembro ni cuando es contratado por una empresa de un Estado miembro para ser enviado por otro de otro Estado miembro a una empresa de un tercer Estado miembro. Tampoco cuando es contratado en un Estado miembro por una empresa situada en otro Estado miembro para llevar a cabo trabajos en el primer Estado miembro.

En caso de que el trabajador resida en un Estado miembro, pero la empresa que le contrata y le desplaza está ubicada en otro, se aplica la ley de Seguridad Social del país de la empresa, no la del país de residencia del trabajador³⁵.

Cabe plantear la cuestión de si se trataría de un supuesto de desplazamiento la contratación de trabajadores para ser desplazados. El artículo 14.1 del Reglamento 987/2009 sobre medidas de aplicación del Reglamento 883/2004 contempla esta

33. Casos *Banks* (C-178/97) y *Herbosch Kiere* (C-2/05) y *Rüffert* (C-346/06).

34. Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, ob. cit., pp. 131-132.

35. Caso *Aldewereld* (C-60/93).

situación y admite que se pueda tratar de un desplazamiento³⁶. Dejando a un lado los aspectos laborales relacionados en el caso español con el artículo 1.4 ET³⁷, a los efectos de la aplicación del artículo 12, apartado 1, del Reglamento de base, una persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro podrá ser una persona contratada con miras a enviarla a otro Estado miembro, siempre y cuando el interesado, inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo, esté ya sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa que la emplea esté establecida, lo que deberá suponer que debe tener los antecedentes del mes antes mencionado antes del desplazamiento, aunque no necesariamente con la empresa que le contrata para ser desplazado. Y que la empresa ejerza habitualmente sus actividades en el Estado de origen. No obstante, se propone modificar este artículo en el sentido de que los antecedentes de Seguridad Social en el Estado miembro no obliguen a que necesariamente lo sea en el mismo Estado miembro en el que su empleador esté establecido³⁸ con lo que podría ocurrir que no estuviera afiliado previamente en el Estado del establecimiento de la empresa, sino en el Estado miembro de origen.

C. El requisito de la temporalidad

Es decisivo el requisito de la temporalidad del desplazamiento. La Directiva 96/71 a efectos laborales no fija su duración máxima lo cual no deja de ser algo no solo censurable sino preocupante. Su artículo 2 se refiere a “un periodo limitado”. Solo contempla la inaplicación de la Directiva en ciertos desplazamientos de corta duración (trabajos de montaje inicial o de primera instalación cuando la duración del desplazamiento no supere los ocho días o un mes cuando lo decidan los Estados miembros previa consulta a los interlocutores sociales y de conformidad con los usos y costumbres en otros supuestos).

Esa ambigüedad en la delimitación de la nota de temporalidad a efectos laborales plantea dificultades a la hora de trazar la frontera entre lo que es habitual y lo que es temporal³⁹.

A efectos de Seguridad Social, en cambio, sí se fija un plazo máximo por el Reglamento 883/2004, aunque no por ello se eliminan los temores a un uso habitual del desplazamiento, como se verá a continuación dadas las vías que se contemplan para su ampliación. Ante tales plazos la idea de brevedad ligada a la temporalidad empieza a ser discutible. La duración máxima previsible es de 24 meses. El Reglamento

36. Ya en los casos *Var der Vecht* (C-19/67) y *Manpower* (C-35/70).

37. Véase Llobera Vila, M.: “El artículo 1.4 ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de ley aplicable al contrato de trabajo internacional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 73, 2016, pp. 127-148.

38. Carrascosa Bermejo, D.: ob. cit., p.37.

39. Fotinopoulo Basurko, O.: “Reflexiones en torno a las nociones de habitualidad versus temporalidad en las normas de derecho Internacional privado de trabajo europeas”, en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 249 y ss.

1408/1971 establecía 12 meses, si bien permitía su ampliación por circunstancias imprevistas 12 meses más. Y lo mismo establece el Convenio Europeo de Seguridad Social y el Acuerdo complementario de 1972. En el vigente Reglamento el plazo de 24 meses se convierte ya en común sin que tenga que justificarse por tales circunstancias, dado que, además, nos encontrábamos ante un supuesto cuya apreciación otorgaba grandes dosis de discrecionalidad a los Estado miembros⁴⁰. Se ha criticado la ampliación del plazo por los mayores riesgos de “dumping social” que puede suponer en ciertos casos⁴¹. La Decisión A3 de 17 de septiembre de 2009 abordó la forma de computar este nuevo plazo para supuestos de desplazamientos iniciados bajo la vigencia del Reglamento anterior, computándolos a estos efectos.

Más importantes son los criterios establecidos por la Decisión A2 y que vienen a precisar el concepto de desplazamiento ininterrumpido estableciendo que breves interrupciones sea cual sea el motivo, (por ejemplo, enfermedad, vacaciones, formación), no suponen una interrupción ni por tanto tampoco parece que se excluyan del cómputo de los 24 meses. Incluso en alguno de estos casos como enfermedad cabría como excepción, pues la regla general es que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada, la sustitución del trabajador por otro desplazado, sin que el cómputo de la duración del desplazamiento se vea interrumpido. El requisito de que el desplazado no vaya en sustitución de otro no tendría como objetivo impedir estos supuestos dentro del plazo máximo por las causas mencionadas justificadas, incluso por otras de tipo organizativo o productivo⁴², sino evitar al finalizar, tras la duración máxima, los encadenamientos abusivos. Como afirma la STJUE de 6 de septiembre de 2018 (C-527/16 *Salzburger Gebitskrankenkasse*) el espíritu y finalidad de la norma no son otros que evitar un envío sucesivo de distintos trabajadores para realizar las mismas tareas acudiendo al artículo 12 del Reglamento, por lo que debe llevarse a cabo una interpretación restrictiva. Tal criterio debería también tenerse en cuenta cuando se trate del mismo trabajador, pues en tal caso, según el Reglamento, basta con que transcurran entre un envío y otro únicamente dos meses⁴³.

No obstante, en interrupciones más largas sí que cabe mantener el desplazamiento inicial y poner fin al mismo o bien organizar uno nuevo con la misma persona, si han transcurrido más de dos meses, o con otra. El apartado 3 b) aplica aquí una regla general que en definitiva permite el encadenamiento de desplazamientos con el mismo trabajador a las mismas empresas y al mismo Estado miembro hasta transcurridos al menos dos meses desde la expiración del anterior. Incluso cabe en determinadas

40. Gómez Abelleira, F.: “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”, ob. cit., p. 481.

41. Miranda Boto, J. M.: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores: la perspectiva de Seguridad Social” en Gárate Castro, F. J.: (coord.): *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 275-276; Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, ob. cit., p. 118.

42. Gómez Abelleira, F.: “La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas”, ob. cit., p. 481.

43. Basterra Hernández, M.: “El derecho a la Seguridad Social del trabajador transnacional en el marco comunitario: trabajos fronterizos o en diversos Estados, actividades marítimas y aeroportuarias y desplazamiento temporal de trabajadores”, ob. cit., p. 117.

circunstancias excepciones a este principio. Se corre, de este modo, el riesgo de que se utilice para dotar de personal a empresas o proyectos de forma continua mediante el envío reiterado del mismo o de distintos trabajadores para cubrir el mismo puesto y con los mismos fines, supuesto que constituiría un fraude de ley.

Cabe la ampliación del periodo ininterrumpido de desplazamiento que supere el plazo máximo mediante el acuerdo contemplado en el artículo 16 del Reglamento 883/2014, esto es, como ya se señaló más arriba, mediante la cláusula abierta flexibilizadora contemplada por este artículo para ampliar los supuestos de excepción a la aplicación de la *lex locis laboris*. Es decir, cuando “dos o más Estados miembros, las autoridades competentes, podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, excepciones a los artículos 11 a 15”. El precepto no concreta más, ni las causas o necesidades de las empresas, ni contempla opción alguna al trabajador para que sea él quien alegue tales beneficios, por lo que los márgenes de discrecionalidad parecen muy amplios. Incluso puede afectar a periodos ya transcurridos que vendrían de este modo a “legalizarse”⁴⁴.

V. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES: ACTIVIDAD LABORAL PARA UNA MISMA EMPRESA EN EL TERRITORIO DE DOS O MÁS ESTADOS MIEMBROS

El principio de la *lex loci laboris* encuentra otra excepción en este caso. Se trata de una misma empresa, sola y única⁴⁵, pero en el territorio de dos o más Estados miembros (art. 13.1 y 2 del Reglamento 883/2004 y art. 14 del Reglamento 987/09).

El criterio en que se basa es de llevar a cabo o no una parte sustancial de su actividad.

El artículo 13, apartado 1, establece que: “La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros estará sujeta a:

- a) la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro o si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros, o
- b) la legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario que la ocupa principalmente tenga su sede o su domicilio, siempre que dicha persona no ejerza una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia”.

El artículo 14 del Reglamento de aplicación aporta aclaraciones referentes, en particular, al artículo 13 del Reglamento de base. Está redactado en los siguientes términos: “5. A los efectos de la aplicación del artículo 13, apartado 1, del Reglamento de

44. Caso *Van Gestel* (C-454/93).

45. Caso *Grenzshop* (C-425/93, apartado 13).

base, la expresión “persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros” designará, en particular, a una persona que:

- a) al tiempo que mantiene una actividad en un Estado miembro, ejerce simultáneamente una segunda actividad en uno o más Estados miembros, con independencia de la duración y naturaleza de esa segunda actividad;
- b) ejerce de manera continuada actividades alternas, exceptuadas las actividades de carácter marginal, en dos o más Estados miembros, con independencia de la frecuencia o regularidad de la alternancia”.

De la lógica del artículo 12, apartado 1, del Reglamento de base se desprende que esta disposición tiene por objeto regular la situación de los trabajadores por cuenta ajena que tengan una relación laboral estable con la empresa situada en el territorio de un Estado miembro y que sean desplazados por la empresa a la que pertenecen, durante un período limitado, al territorio de otro Estado miembro, antes de regresar a dicha empresa.

No ha de tratarse de actividades marginales (si son insignificantes desde la perspectiva de tiempo o del rendimiento económico según el Reglamento 987/2009 art. 14.5 ter). Según la Guía práctica se consideran marginales las que no alcanzan el 5% del tiempo de trabajo ordinario o de la retribución.

En tal caso, estará sujeto a la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro, sin que se trate necesariamente de la mayor parte de las actividades. Se tendrá en cuenta el tiempo de trabajo o la remuneración cuando se trate de actividad por cuenta ajena, y en todo caso un porcentaje superior al 25%.

En otro caso estará sujeto a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o empleador, o empresas o empleadores si es contratado por más de una. Se entiende por tal la sede o domicilio en la que se adoptan las decisiones fundamentales y en las que se ejerzan las funciones de administración central (art. 14.5 bis Reglamento 987/2009), donde se decida la política general de la empresa⁴⁶. Y, además –propone añadir la propuesta de reforma del reglamento– “a condición de que la empresa lleve a cabo una actividad sustancial en dicho Estado miembro. De lo contrario, se considerará que está situada en el Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de las actividades de la empresa, determinado con arreglo a los criterios establecidos en los apartados 9 y 10 (Criterios para determinar centro de intereses del trabajador por cuenta propia y Consideración de los 12 meses civiles siguientes)”.

Se trata de nuevo de evitar la implantación ficticia, las empresas “fantasmas”, “pantalla” o “buzón”⁴⁷.

46. Caso *Plantzer Luxembourg* (C-73/06).

47. Caso *Cadbury Schweppes* (C-196/04), *Eurofood SFSC* (C-341/04) y *Plantzer Luxembourg* (C-73/06).

En tal caso se distingue si la empresa tiene su sede en un Estado miembro o en varios y si en función del número de sedes fuera del Estado de residencia del trabajador. Si al menos dos de ellos tiene su sede o domicilio en Estados miembros diferentes distintos del Estado miembro de residencia y en este se aplica la legislación del Estado de residencia. Se trata de supuestos en que la persona al tiempo que mantiene una actividad en un Estado miembro ejerce simultáneamente una segunda actividad en uno o más Estados miembros, con independencia de la duración y naturaleza de esa segunda actividad. O cuando ejerce de manera continuada actividades alternas en dos o más Estados miembros, con independencia de la frecuencia o regularidad de la alternancia.

Y lo mismo cabe decir respecto de los trabajadores por cuenta propia, en que se aplican los mismos criterios ya señalados para los trabajadores por cuenta ajena si bien se aplica la legislación del Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de sus actividades, si no reside en uno de los Estados miembros en los que ejerce una parte sustancial de su actividad. El centro de interés se determinará teniendo en cuenta todos los aspectos de sus actividades profesionales y, en particular, el lugar donde se encuentre la sede fija y permanente de las actividades del interesado, el carácter habitual o la duración de las actividades que ejerza, el número de servicios prestados y la voluntad del interesado, según se desprenda de todas las circunstancias.

Se tendrá en cuenta si ejerce en él una parte cuantitativamente importante del conjunto de sus actividades por cuenta ajena o propia, sin que se trate necesariamente de la mayor parte de esas actividades y el volumen de negocio fijándose un baremo de más del 25%. Se trata de una persona que ejerce de manera simultánea o alterna una o varias actividades diferentes por cuenta propia, con independencia de la naturaleza de éstas, en dos o más Estados miembros.

La valoración no se efectúa solo teniendo en cuenta la situación al inicio del desplazamiento, sino también la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes (art. 14.10 del Reglamento 987/2009). Se trata de comprobar si la pauta de trabajo se mantiene estable⁴⁸.

Cuando ejerza una actividad asalariada en dos o más Estados miembros por cuenta de un empresario establecido fuera del territorio de la Unión y resida en un Estado miembro sin ejercer en él una actividad sustancial, quedará sujeto a la legislación del Estado miembro de residencia.

La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros estará sujeta a la legislación del Estado miembro en el que ejerza una actividad por cuenta ajena o, si ejerce dicha actividad en dos o más Estados miembros, a la determinada según los criterios anteriores.

Esta regulación se remonta ya a 1964 cuando la coordinación de los sistemas de Seguridad Social fue concebida en un momento en el que las migraciones de trabajo

48. Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, ob. cit., p. 140 (Casos *Calle Grenzshop C-425/93* y *Plum, C-404/98*).

eran de duración media (de algunos años al menos) y la oferta y la demanda de trabajo estaban controladas incluso socialmente mediante el contrato de trabajo indefinido y a jornada completa.

Más adelante este supuesto ha sido puesto en tela de juicio, en particular por la ampliación de la Unión que tuvo lugar en 2004 y por la aparición de nuevas formas de movilidad llevadas a cabo por ETT implantadas en un Estado miembro, pero que desplazan habitualmente a trabajadores a diversos países sucesivamente para prestaciones de corta duración. Estas formas de movilidad, mediante trabajo temporal desarrollado a través de agencias de trabajo temporal, existían ya en los años 60, pero posteriormente se han desarrollado más, se han vuelto más frecuentes y se ejercen de forma distinta. Una serie de nuevas formas de movilidad (períodos más breves, situaciones laborales diferentes y las prácticas de plurimovilidad) pueden hacer problemática la aplicación de la *lex loci laboris*. Por ejemplo, un trabajador móvil que trabaje frecuentemente con contratos de breve duración en diferentes Estados miembros puede estar sometido a una serie de regímenes de Seguridad Social diferentes. En aquella época la movilidad de los trabajadores consistía fundamentalmente en una migración única a otro Estado miembro⁴⁹. Así, la adscripción al Estado del lugar de ejecución del trabajo se basaba en la presunción de que se trataba de la solución más protectora para el trabajador, habida cuenta de que este último podía, en particular, acogerse a los mismos derechos que los trabajadores nacionales. Además, en los años 60, la *lex loci laboris* permitía garantizar que los trabajadores, que, por lo general, se desplazaban de un Estado miembro “pobre” para ir a trabajar a otro Estado miembro más rico, se beneficiaran de una mejor protección social, habida cuenta de que los Estados miembros de la época habían adoptado un modelo bismarckiano de Seguridad Social que aseguraba una protección social basada en el trabajo.

La cuestión en tales casos es si tales nuevas formas encajan en el artículo 13.1.a) (*lex loci laboris*) o 13.2.b) (ley del Estado de establecimiento de la empresa).

Estos artículos no acaban de contemplar adecuadamente las nuevas formas de movilidad a través de ETT y subcontratas, que no solo plantea problemas en relación con la Directiva 96/71⁵⁰, sino también en materia de Seguridad Social dada la facilidad con la que puede funcionar como empresa buzón (*letter box companies*) pues la inversión necesaria para su constitución es poco relevante al ser casi una empresa de meras funciones administrativas. De ahí que se haya planteado si el hecho de que los artículos citados sean aplicables a “una persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros” debe interpretarse en el sentido de que también son aplicables al supuesto de una persona que esté empleada en virtud de un contrato de trabajo por cuenta de un único empleador establecido en

49. Rodríguez Cardo, I.A.: “Ley aplicable en el Reglamento 883/2004”, en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, pp. 29 y ss., especialmente p. 33.

50. Cairós Barreto, D.: “El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas: los desplazamientos realizados a través de Empresas de trabajo temporal” en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 131 y ss.

un Estado miembro para trabajar en otros dos Estados miembros. Y si puede interpretarse el concepto de “persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros” en el sentido de que se refiera también al supuesto en que se produzcan períodos de inactividad entre dos trabajos en Estados miembros diferentes, durante los cuales el trabajador continúe sujeto al mismo contrato de trabajo.

Las conclusiones del Abogado general en el caso Bogdan Chain (C-189/14) se inclinan a favor de su encaje en el concepto de desplazamiento como excepción a la *lex loci laboris*⁵¹. Considera que es posible aplicar tanto el artículo 12, apartado 1, del Reglamento de base, relativo al desplazamiento, como el artículo 13, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento y aplicar entonces la legislación de Seguridad Social del Estado de origen en el que se encuentra la sede la empresa, la ETT. Y los argumentos son los mismos que sirven para justificar la exclusión de la *lex loci laboris* en los demás desplazamientos: evitar así una acumulación y enmarañamiento inútiles de las cargas y responsabilidades que resultarían de una aplicación simultánea o alternativa de varias legislaciones que podrían así constituir en sí mismos un obstáculo a la libre circulación de estos trabajadores en el interior de la Unión⁵², garantizar la libre circulación de los trabajadores migrantes, la garantía de una protección social permanente con arreglo a una única legislación social aplicable. Se trataría de evitar la complejidad de las acumulaciones y de los repartos de cotizaciones y prestaciones en favor de un sistema simple y práctico⁵³. En este caso concreto del Sr. Chain, aplicar la ley del lugar de trabajo tendría como consecuencia que este último quedara sujeto a la legislación rumana para su actividad de un mes efectuada en Rumanía, y después, de un día para otro, a la legislación noruega por el período de tres meses de actividad por cuenta ajena ejercido en Noruega, cuando estas dos prestaciones laborales fueron ejercidas al amparo de un mismo contrato de trabajo y por cuenta de la misma ETT.

Finalmente, se argumenta en contra de la *lex loci laboris* que el acceso a determinados derechos en algunos Estados miembros depende de un período mínimo de cotización y que los cambios de la legislación aplicable demasiado frecuente podrían por tanto tener también repercusiones negativas para los trabajadores migrantes.

El artículo se interpreta también por la propia Guía Práctica sobre la Legislación Aplicable en la Unión Europea (UE), en el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza sobre el concepto de “persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros” en el sentido de que no es solo una persona que, “al tiempo que mantiene una actividad en un Estado miembro, ejerce *simultáneamente*

51. Véase Carrascosa Bermejo, D.: “Trabajadores desplazados y Seguridad Social” ponencia, ob. cit.

52. Caso *van der Vecht* (19/67); conclusiones del Abogado General Mayras presentadas en el asunto *Bentzinger* (73/72), y conclusiones del Abogado General Warner presentadas en el asunto *Association du Foot-Ball Club d'Andlau* (8/75), las conclusiones del Abogado General Warner presentadas en el asunto *Association du Foot-Ball Club d'Andlau* (8/75), y jurisprudencia citada, así como las conclusiones del Abogado General Warner presentadas en el asunto *Perenboom* (102/76).

53. Conclusiones del Abogado General Slynn presentadas en el asunto *Brusse* (101/83).

una segunda actividad en uno o más Estados miembros, con independencia de la duración y naturaleza de esa segunda actividad”, sino también una persona que “ejerce de manera continuada actividades alternas, exceptuadas las actividades de carácter marginal, en dos o más Estados miembros, con independencia de la frecuencia o regularidad de la alternancia». Y por alternas cabe *actividades laborales sucesivas efectuadas en diferentes Estados miembros, una después de la otra*”. Y de manera habitual como en los casos de ETT y siempre que no revistan un carácter marginal.

Pero la sentencia va más allá al afectar a la forma de control, pues al tratarse de una ETT su aplicación no estaría condicionada por la determinación concreta en el formulario A-1, con anterioridad a cualquier actividad del trabajador, de dos o más Estados miembros y de la duración de las actividades ejercidas en estos, sino que el hecho de que el contrato de trabajo obligue al trabajador a efectuar trabajos en diferentes Estados por cuenta de su empleador sería suficiente para la aplicación de esta disposición, pues la naturaleza de la actividad de una agencia de trabajo temporal no permite al empleador conocer con demasiada antelación los diferentes Estados a los que va a enviar a sus trabajadores por cuenta ajena y el tiempo que requerirá el trabajo en dichos Estados. Otros elementos a disposición de la institución competente en materia de Seguridad Social, en el momento de determinar la legislación aplicable, pueden permitir averiguar la situación previsible del trabajador por cuenta ajena y demostrar que dicho trabajador ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados. Así, por ejemplo, la propia redacción de los contratos.

Se ha planteado, en este sentido, añadir un número 12 al artículo 14 del Reglamento 983/2009 para el caso de una persona que resida en un tercer país que esté fuera del ámbito de aplicación de los Reglamentos cuando realice una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros mientras está cubierto por la legislación de Seguridad Social de uno de esos Estados miembros. La modificación propone establecer que esa persona solo estará sujeta a la legislación de Seguridad Social del Estado miembro en la que tenga su sede o domicilio la empresa o empleador o se encuentre el centro de interés de su actividad⁵⁴. De este modo “si una persona que reside fuera del territorio de la Unión ejerce sus actividades por cuenta ajena o por cuenta propia en dos o más Estados miembros y si dicha persona, en virtud de la legislación de uno de esos Estados miembros, está sujeta a la legislación de dicho Estado, se aplicarán, *mutatis mutandis*, las disposiciones del Reglamento de base y del Reglamento de aplicación sobre la determinación de la legislación aplicable, a condición de que se considere que su residencia está situada en el Estado miembro en el que se encuentran la sede o domicilio de la empresa o su empleador, o el centro de interés de sus actividades”.

En caso de subcontratas se plantean problemas similares como, por ejemplo, en la Sentencia *Format* (C-115/11). Se trata de una empresa polaca cuyo domicilio social se halla en Varsovia. Es un subcontratista de obras que ejerce sus actividades en determinados Estados miembros. En el año 2008 tenía encomendados alrededor de 15

54. Carrasco Bermejo, D.: ob. cit., nota 123.

a 18 proyectos de obras que se llevaban a cabo en cinco o seis Estados miembros simultáneamente. El *modus operandi* de Format consistía en contratar a trabajadores en Polonia y enviarlos a los proyectos de obras que se desarrollaban en diversos Estados miembros, en función de las necesidades de la empresa y del tipo de trabajo que hubiera de realizarse. El trabajador al que Format deseaba destinar a otra obra recibía instrucciones a tal efecto. Si finalizaba un contrato de obra y el trabajador se quedaba sin trabajo, regresaba a Polonia y pasaba a la situación de permiso sin sueldo o bien se resolvía el contrato de trabajo. En principio, el trabajador tenía que prestar sus servicios en países de la Unión Europea. El Sr. Kita trabajó a tiempo completo en Format en tres ocasiones en virtud de contratos de trabajo de duración determinada. En los contratos se definía el lugar de realización de la prestación laboral como “actividades y obras de construcción en Polonia y en el territorio de la Unión Europea (Irlanda, Francia, Gran Bretaña, Alemania, Finlandia), según las instrucciones del empresario”. Polonia expidió al Sr. Kita un certificado E 101 relativo a la legislación aplicable durante el período comprendido entre el 17 de julio de 2006 y el 22 de diciembre de 2007 y luego otro entre el 4 de enero de 2007 y el 21 de diciembre de 2008, y en el marco de ambos contratos el Sr. Kita trabajó en Francia. En virtud de las mismas disposiciones que en el primer contrato, el ZUS le expidió un certificado E 101. Luego en un tercer contrato el lugar de realización del trabajo era la central nuclear de Olkiluoto en Finlandia.

La sentencia estimó que no ejercía normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros, sino que, durante un período de varios meses o de más de diez, desempeñaba un trabajo continuado en el territorio de un mismo Estado miembro (primero Francia y posteriormente Finlandia), lo que significaba que su situación había de regirse por la regla general de coordinación, en virtud de la cual la legislación aplicable se determinaba según el principio del lugar de ejercicio de la actividad. En efecto, en cualquier caso, como ha subrayado la Comisión, para que le resulte aplicable el artículo 14, apartado 2, del Reglamento nº 1408/71, una persona deber ejercer “normalmente” una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros. De ello se desprende que, si el ejercicio de una actividad por cuenta ajena en el territorio de un solo Estado miembro constituye el régimen normal de la persona en cuestión, ésta no puede estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 14, apartado 2.

Así pues debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias del procedimiento principal, una persona que, en el marco de sucesivos contratos de trabajo en los que se especifica como lugar de trabajo el territorio de varios Estados miembros, únicamente trabaja, de hecho, durante cada uno de esos contratos, en el territorio de uno sólo de esos Estados a la vez, no puede estar comprendida en el concepto de “persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros”, en el sentido de la citada disposición⁵⁵.

55. Véase, una valoración positiva en Morsa, M.: “L’arrêt Format de la C.J.U.E. du 5 octobre 2012, aff. C-115/11 ou comment les règles de coordination européennes des systèmes de sécurité sociale peuvent éviter le dumping social

VI. LA ACCIÓN PROTECTORA PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS DESPLAZADAS

En cuanto a la acción protectora, pese a que se mantiene la afiliación en el Estado de origen, hay prestaciones muy vinculadas al lugar de destino en el otro Estado, como la asistencia sanitaria y la determinación de la situación de IT y del origen común o profesional de la contingencia. Así, en materia de asistencia sanitaria el Estado de afiliación/cotización, es decir, el Estado de origen, emite la tarjeta sanitaria europea y el S1 (cobertura por cambio de residencia: Reglamento CE/987/2009 art. 11) y el S2 (autorización de asistencia programada), los servicios sanitarios se prestan en el Estado de destino y se reembolsan por libre prestación de servicios sanitarios (Directiva 2011/24 y Real Decreto 81/2014). Los partes de enfermedad los emite el Estado de destino del desplazamiento. En caso de accidente de trabajo/enfermedad profesional se otorgan por el Estado de origen (OMTAS 1464/2005 en relación con las Mutuas), aunque el Estado de destino puede otorgar prestaciones en especie. En cuanto al desempleo, al haberse cotizado en el país de origen éste abona las prestaciones, pero pueden percibir la prestación en el Estado de destino si acredita residencia en el Estado de destino o empleo (Reglamento CE/883/2004, art. 16) y puede ponerse a disposición de la oficina de empleo del Estado de residencia (Reglamento CE/883/2004; AC - nº U2).

Los accidentes o las enfermedades que se produzcan en los desplazamientos temporales a España se consideran accidentes de trabajo *in itinere* y los protege la Seguridad Social española.

Las Seguridad Social de origen aplicable es la Seguridad Social pública. En cuanto a las mejoras voluntarias y a los planes de pensiones del sistema de empleo habrá que estar a los que se contemple en el convenio colectivo, pero también a lo que se pacte en el contrato de trabajo entre el trabajador y la empresa en orden a aplicar especialmente a las mejoras voluntarias (por ejemplo, en caso de incapacidad temporal) reglas del sector o empresa del país de destino (la Directiva 96/71 no las comprende).

En este sentido, el Estado de la empresa de destino no puede imponer cotizaciones adicionales, si no conllevan prestaciones adicionales⁵⁶ y siempre que se exijan también a prestadores de servicios en la actividad en territorio nacional⁵⁷.

Por último, –pues el resto de cuestiones relacionadas con la acción protectora de la Seguridad Social serán objeto de estudio en otros trabajos de este número monográfico– debe señalarse que la cotización en el país de origen tendrá en cuenta las retribuciones que perciba a cargo de la empresa de envío. Caso de que una parte de la retribución corra a cargo de la empresa de destino (*salary split*), hay que dudar de que

lorsqu'elles sont correctement appliquées", *Journal des tribunaux du travail*, núm. 28, 2013, pp. 469-472 (FR) y Fillon, J.C.: "Valeur des certificats E 101 désignant la législation applicable en France à des travailleurs d'entreprises établies dans un autre État de l'Union européenne", *La Semaine Juridique*, núm. 1-2, 2016, pp. 34-37 (FR).

56. Caso Guiot (C-272/94).

57. Caso Arblade (C-369 y 376/96).

se esté ante un verdadero supuesto de desplazamiento, al ser un indicio de cesión ilegal, o de que esté trabajando por cuenta ajena simultáneamente en dos países⁵⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- Agis Da Silva, M.: "El derecho europeo de coordinación en materia de Seguridad Social. Principios generales" en Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (coords.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 50-79.
- Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- Basterra Hernández, M.: "El derecho a la Seguridad Social del trabajador transnacional en el marco comunitario: trabajos fronterizos o en diversos Estados, actividades marítimas y aeroportuarias y desplazamiento temporal de trabajadores", *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021, pp. 95-118.
- Cairós Barreto, D.: "El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas: los desplazamientos realizados a través de Empresas de trabajo temporal" en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 121-150.
- Carrascosa Bermejo, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2004.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I). Rasgos y principios generales" en VV.AA.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 187-217
- Carrascosa Bermejo, D.: "Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgtos. CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *Actum Social*, núm. 119, 2017, pp. 29-46.
- Carril Vázquez, X. M.: "Aspectos laborales y de Seguridad Social de los pabellones de conveniencia", *Cuadernos de Derecho Pesquero*, núm. 2, 2003, pp. 239-256.
- Carril Vázquez, X. M.: "El desplazamiento de trabajadores de terceros Estados al espacio de la Unión Europea", en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 233-248.
- Correa Carrasco, M.: "El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones" en Correa Carrasco, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III, Madrid, 2008, pp. 25-76.
- Dans Álvarez de Sotomayor, L.: "Las normas de coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social", *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2016.
- Desdentado Daroca, A.: "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pp. 19-40.
- Esteban de la Rosa, G. y Molina Navarrete, C.: *La movilidad transnacional de trabajadores. Reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002.
- Fernández de la Mata, I. (dir.): *Seguridad Social Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

58. Gómez Abelleira, F.: "La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas", ob. cit., p. 487.

- Fillon, J. C.: "Valeur des certificats E 101 désignant la législation applicable en France à des travailleurs d'entreprises établies dans un autre État de l'Union européenne", *La Semaine Juridique*, núm. 1-2, 2016, pp. 34-37.
- Fotinopoulo Basurko, O.: "Reflexiones en torno a las nociones de habitualidad versus temporalidad en las normas de derecho Internacional privado de trabajo europeas", en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 249-274.
- García Murcia, J. (dir.): *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2005.
- García Murcia, J.: "Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa" en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, pp. 25-41.
- García Murcia, J. y García Torres, A. (coords.): *Libertades de circulación y Derechos de Protección Social en la Unión Europea: Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Editorial Juruá Curitiba, Lisboa, 2016.
- García-Perrote Escartín, I.: "Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, 2008, pp. 313-324.
- Gómez Abelleira, F.: "La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas" en Correa Carrasco, M. y Carrasco Bermejo, D. (coords.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, pp. 441-474.
- Gonzalo González, B.: *Introducción al derecho internacional español de seguridad social*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1995
- Gonzalo González, B.: "Nuevas formas y contenidos nuevos de la coordinación europea de las pensiones de seguridad social", en López Cumbre, L. (coord.): *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 645-666
- Gutiérrez-Solar Calvo, B.: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- Llobera Vila, M.: "Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores", *Temas Laborales*, núm. 08, 2011, pp. 115-144.
- Llobera Vila, M.: "Responsabilidad empresarial en contratos y subcontratos transnacionales", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011, pp. 1013-1025.
- Llobera Vila, M.: *El desplazamiento transnacional de trabajadores: libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Llobera Vila, M.: "El artículo 1.4 ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de ley aplicable al contrato de trabajo internacional", *Revista de Derecho Social*, núm. 73, 2016, pp. 127-148.
- Llobera Vila, M.: "Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores" en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 39-66
- Maneiro Vázquez, Y. y Miranda Boto, J. M.: "La Seguridad Social de los trabajadores desplazados en el Reglamento CEE n.883/2004" en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010, pp. 225-234.
- Martín-Pozuelo López, A.: "El desplazamiento de trabajador realizado por ETTS. Breve comentario a la STJUE de 3 de junio de 2021 (C-784/19, Asunto *Team Power Europe*)", *NET 21*, núm. 5, julio 2021.
- Matorras Díaz-Caneja, A. y Sánchez-Cervera Valdés, J. M.: "Aspectos jurídicos-laborales" en VVAA, *La expatriación de trabajadores*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 81-390.
- Miranda Boto, J. M.: "Desplazamientos transnacionales de trabajadores: la perspectiva de Seguridad Social" en Gárate Castro, F. J. (coord.): *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (Estudios sobre la Directiva 96/71)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 267-276.
- Molina Martín, A.: *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

- Morsa, M.: "L'arrêt Format de la C.J.U.E. du 5 octobre 2012, aff. C-115/11 ou comment les règles de coordination européennes des systèmes de sécurité sociale peuvent éviter le dumping social lorsqu'elles sont correctement appliquées", *Journal des tribunaux du travail*, núm. 28, 2013, pp. 469-472.
- Pérez Castillo, A. M. y Carpena Niño, J. M.: "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes: realidad actual y perspectivas de futuro", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2005, pp. 191-212.
- Ribes Moreno, M. I., "El concepto de trabajador temporal desplazado" en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 97-120.
- Rodríguez Cardo, I. A.: "Ley aplicable en el Reglamento 883/2004", en VV.AA.: *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2010.
- Rodríguez Cardo, I. A.: "Problemas de aplicación de la seguridad social en el espacio: el conflicto de leyes en el Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social: los Reglamentos 883/2004 y 897/2009*, Laborum, Murcia, 2010, pp. 39-63.
- Rodríguez Copé, M. L.: "La protección social de los trabajadores del mar" en Correa Carrasco, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III, Madrid, 2008, pp. 497-532.
- Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social: los Reglamentos 883/2004 y 897/2009*, Laborum, Murcia, 2021.
- Sempere Navarro, A. V.: "Pabellones de conveniencia y Seguridad Social", *Aranzadi Social*, núm. 68, 2002, pp. 641-660.
- Serrano García, J.: "La responsabilidad en las contratas y subcontratas en el ámbito comunitario y las necesidades de cambio de la normativa estatal" en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 151-172.
- Serrano Olivares, R.: *La movilidad geográfica transnacional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2000.
- VV.AA.: "Trabajadores migrantes y Seguridad Social", *Memento de la Seguridad Social*, Francis Lefebvre, 2016.



El desplazamiento transnacional de larga duración: ¿cómo afecta a las pensiones futuras de los trabajadores?*

LONG-TERM TRANSNATIONAL POSTING: HOW DOES IT AFFECT WORKERS' FUTURE PENSIONS?

Mireia Llobera

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Valencia

Experta del Consejo de Mediación de la Autoridad Laboral Europea

mireia.llobera@uv.es  0000-0002-2803-1998

Recibido: 25.10.2022 | Aceptado: 10.11.2022

RESUMEN

Conforme a las normas de coordinación comunitarias, los trabajadores desplazados podrán mantener las cotizaciones durante un cierto tiempo en su país de origen. Sin embargo, en el momento en que éstos superen el periodo máximo general de veinticuatro meses permitido por el artículo 12 del Reglamento 883/2004; o el específico acordado en virtud artículo 16 del Reglamento 883/2004, quedarán sometidos a la normativa de destino, y por ende deberán realizar sus cotizaciones en el extranjero. En este caso, el trabajador desplazado, a efectos laborales, se convertirá en trabajador migrante, a efectos de Seguridad Social. En este punto, el trabajador destacado de larga duración comparte con el trabajador migrante idénticos problemas, pues el trabajador desplazado, a pesar de que en el orden laboral no pueda considerarse como tal, también habrá fraccionado su carrera de seguro. En este supuesto, como el trabajador desplazado habrá estado asegurado en varios Estados miembros, cada uno de los Estados asumirá una parte de su pensión, teniendo en cuenta también las cotizaciones hechas en el otro país para determinar su cuantía, haciendo uso de dos técnicas para su cómputo: la de la totalización de los períodos y la del prorrateo de las prestaciones. Sin embargo, ni la aplicación de estas técnicas ni, sobre todo, la base reguladora utilizada para determinar la cuantía su pensión, resultan siempre ventajosa para estos trabajadores, atendiendo al estado actual del Derecho de la Unión, y a su aplicación en España.

PALABRAS CLAVE

Desplazamiento de
trabajadores
Pensiones
Seguridad Social
Derecho de la Unión
Carrera de seguro

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de Investigación DER2017-83040-C4-2-R, con el título «El desplazamiento de trabajadores» financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ABSTRACT

In accordance with EU coordination rules, posted workers will be able to maintain contributions for a certain time in their country of origin. However, when these exceed the general maximum period of twenty-four months allowed by article 12 of Regulation 883/2004; or the specific one agreed under article 16 of Regulation 883/2004, they must make their contributions abroad. In this case, the posted worker, will become a migrant worker, for Social Security purposes. At this point, the long-term posted worker shares the same problems with the migrant worker, since the posted worker, despite not being considered as such in the labor order, will also have split his insurance career. In this case, as the posted worker will have been insured in several Member States, each one of the States will assume a part of his pension, also taking into account the contributions made in the other country to determine its amount, using two techniques to its computation: that of the totalization of the periods and that of the apportionment of benefits. However, neither the application of these techniques nor, above all, the regulatory base used to determine the amount of their pension, are always advantageous for these workers, taking into account the current state of Union law, and its application in Spain.

KEYWORDS

Posting of workers
Pensions
Social Security
Union Law
Insurance career

SUMARIO

- I. LOS DESPLAZAMIENTOS “TEMPORALES” PROLONGADOS
 - II. ¿EXISTE UNA DURACIÓN MÁXIMA DEL DESPLAZAMIENTO?: EL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO 883/2004
 - III. LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS DE LARGA DURACIÓN: TRABAJADORES “MIGRANTES” A EFECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL
 - A. El mantenimiento de los derechos adquiridos y en curso de adquisición
 - B. La aplicación de las bases remotas
 1. *Los problemas históricos de las pensiones “migrantiles”*
 2. *Cálculo actual de las pensiones migrantiles de los trabajadores desplazados*
 - C. Los vacíos de cotización española o “lagunas de cotización”
 - D. La aplicación de los convenios bilaterales entre Estados de la Unión
 - E. La doctrina *Gottardo*: aplicación de los convenios bilaterales con terceros Estados a todo nacional comunitario
 - IV. AFILIACIÓN VOLUNTARIA: SUSCRIPCIÓN DE CONVENIO ESPECIAL POR PARTE DE TRABAJADORES DESPLAZADOS
 - V. A MODO DE CONCLUSIÓN
- Bibliografía

I. LOS DESPLAZAMIENTOS “TEMPORALES” PROLONGADOS

La falta de límites temporales preestablecidos en el desplazamiento intracomunitario de trabajadores es una particularidad normativa de la Directiva 96/71/CE que la doctrina ha atribuido a la influencia del artículo 56 TFUE¹, cuya configuración jurídica

1. Casas Baamonde, M. E.: “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”, en Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S. (dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, p. 7: “A diferencia de lo que

sujeta el desplazamiento a “la duración de la prestación empresarial principal”². Aunque también es así desde los presupuestos de la libre circulación de trabajadores, pues el artículo 16 del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social³ permite ampliar el periodo de desplazamiento según las necesidades empresariales, poniéndose de nuevo de manifiesto la raigambre común, en cuanto a fines y *modus operandi*, de los dos instrumentos comunitarios que en el derecho derivado regulan en la actualidad el desplazamiento de trabajadores⁴.

Esta es una cuestión particularmente desconcertante para el iuslaboralista⁵, pues supone una quiebra conceptual respecto de la noción laboral de desplazamiento contenida en el ordenamiento español, donde la superación del arco temporal del año convierte el desplazamiento en un traslado, con independencia de que la actividad desarrollada por el empresario tenga carácter permanente o temporal –en atención a la incidencia que la prolongación del desplazamiento puede tener en la vida personal y familiar del trabajador–. Tal mercantilización del elemento temporal, sin embargo, no resulta ajeno a nuestro sistema de ordenación jurídico-laboral de la contrata de servicios. Especialmente, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia española durante décadas condicionó el régimen laboral del contrato por obra y servicio a la pervivencia del vínculo contractual entre empresarios, “en la que se sustituyó la óptica de la objetividad (la naturaleza del servicio prestado por el trabajador) por la subjetiva del empleador contratista”, cuestión que fue ampliamente contestada por la doctrina, hasta que el Tribunal Supremo revirtió dicha tendencia. Así, Agís Dasilva cuestionaba que la existencia de un contrato de servicios pudiera ser considerado como una necesidad estructuralmente temporal, especialmente en aquellos casos en los que “la actividad normal de la empresa contratista siempre se articula precisamente a través de contratas”⁶, y cuyo análisis es posible hacer extensivo a los supuestos de subcontratación transnacional recogidos en la letra a) del apartado 3º del artículo 1 de la Directiva 96/71/CE.

Cabe señalar que, previamente a la transposición de la Directiva 96/71/CE por parte de la Ley 45/1999⁷, los tribunales españoles en ocasiones aplicaban las condiciones la-

ocurre con el Reglamento 1408/71, en el ámbito de la Directiva 96/71/CE la determinación de los límites temporales atiende a la propia naturaleza del concepto comunitario de la prestación de servicios, que a consideraciones de orden laboral, debido «a su asidero exclusivo en los artículos 47.2 y 55 TCE, (...)», lo que supone, de partida, que la Directiva 96/71/CE no pueda considerarse una norma social”.

2. Casas Baamonde, M. E.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 32.

3. Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, D.O. nº L 166 de 30.4.2004, p. 1, (en adelante el Reglamento 883/2004).

4. Sobre el carácter instrumental del Reglamentos 1408/71 *vid.* López Gandía, J.: “La Directiva comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho español”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 43-44, 1988, p. 154 y ss.

5. *Vid.* Carabelli, U.: “Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, núm. 1, 2007, pp. 44 y ss.

6. Agís Dasilva, M.: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 129-145.

7. Ley 45/1999, de 29 noviembre, relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional se refiere a “un periodo limitado de tiempo” (art. 2.1.1º), salvo en el caso de ETT, en el que la

borales imperativas españolas a trabajadores desplazados a nuestro país en atención a la prolongada duración de su desplazamiento o a la naturaleza permanente de las actividades desarrolladas por éstos, impidiendo en cierta medida la perpetuación de condiciones de trabajo inferiores a las nacionales⁸. De modo que el desplazamiento temporal podía adquirir las notas de permanencia que la doctrina clásica considera como presupuesto fáctico de la aplicación del orden público laboral⁹. Cuando el trabajo en el país de destino dejaba de ser “transitorio” podía exigirse a los operadores externos el cumplimiento de las normas imperativas de carácter internacional, entre ellas las normas reguladoras del despido¹⁰, que como es sabido, no quedaron posteriormente incorporadas en el “núcleo duro” de protección mínima de la Ley 45/1999. Se establece así la frontera entre la habitualidad y la temporalidad, por considerar que pese a que ambas nociones indican una continuidad, la primera se estructura desde “una perspectiva plural de reiteración o repetición de actos (un tiempo en expansión)”, mientras que la segunda evoca sólo “una idea singular de permanencia contingente (un tiempo en depresión)”¹¹. La fijación de dicha frontera conceptual permitía así diferenciar cuándo un trabajador realiza habitualmente su trabajo en otro país, dando por sentado que la diferencia no podía depender del tenor de la orden empresarial de traslado, a riesgo de que el empresario determinase unilateralmente las condiciones de trabajo.

En contraste, la Directiva 96/71/CE conceptúa como temporales los desplazamientos de trabajadores regulados en su seno, queriendo expresar que su duración será la de la obra o servicio, en el sentido anticipado por el Tribunal en *Rush Portuguesa* cuando autorizó a las empresas que lleven a cabo prestaciones de servicios en otro Estado miembro a desplazar su propio personal “por el tiempo que duren las obras de que se trata”¹². Para establecer los elementos de la noción de temporalidad que

duración está sujeta a lo previsto en el contrato de puesta a disposición de acuerdo con la legislación aplicable. *Vid.* sobre las condiciones sobre este particular Menéndez Sebastián, P.: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 153-154; y Rabanal Carbajo, P. F.: “Trabajadores nacionales españoles desplazados temporalmente y legislación aplicable”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2003, pp. 302 y ss.

8. *Vid.* STS de 10 diciembre 1990, Recurso de casación por infracción de ley núm. 250/90; STSJ Madrid de 11 de junio de 1999, recurso de suplicación núm. 2149/1999; STSJ Madrid de 3 de junio de 1999, Recurso de suplicación núm. 6086/1999. Esta interpretación se realiza a partir de los términos del Convenio de Roma relativo a la Ley aplicable a las condiciones contractuales (BOE 19 julio 1993) en el que la idea de temporalidad que se asocia a la actividad desarrollada en país de acogida se encuentra ligada necesariamente al de la habitualidad en el país de origen. Recuérdese, en todo caso, que en el Preámbulo de la Directiva 96/71/CE se pone de manifiesto que en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, el Convenio de Roma “no afectará a las disposiciones que, en materias particulares, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o vayan a estar contenidas en actos que emanen de las instituciones de las Comunidades Europeas o en legislaciones nacionales armonizadas en virtud de dichos actos”, reproduciendo, aunque no lo cite, lo dispuesto en el artículo 20 del propio Convenio.

9. Sobre este concepto *vid.* Guardans i Cambó, I.: *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero, de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Aranzadi, Pamplona, 1992. Es interesante también la clasificación realizada por Matorras Díaz-Caneja, A.: “La protección del trabajador desplazado en la Unión Europea”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 49, 2000, pp. 120 y ss., entre desplazamientos episódicos y de corta duración, reiterados o habituales y de corta duración y de larga duración.

10. STS de 10 de diciembre de 1990, recurso de casación por infracción de ley núm. 250/90, [fundamento jurídico 5º].

11. STSJ de Madrid de 3 de junio de 1999, recurso de suplicación núm. 6086/1999 [fundamento jurídico 2º].

12. STJUE de 27 de marzo de 1990 (asunto *Rush Portuguesa*, C-113/89) [fallo].

maneja la Directiva 96/71/CE es necesario, por tanto, acudir a la noción comunitaria de “servicio”, definido por el TJUE del siguiente modo:

“El concepto de “servicio” en el sentido del Tratado puede abarcar servicios de muy distinta naturaleza, incluidos los servicios cuya prestación se efectúa durante un período prolongado, incluso de varios años, por ejemplo, cuando se trata de servicios prestados en el marco de la construcción de un gran edificio [...]. En efecto, ninguna disposición del Tratado permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio en otro Estado miembro no puede considerarse ya una prestación de servicios en el sentido del Tratado”¹³.

La temporalidad resulta así ingénita a la noción comunitaria de desplazamiento con independencia de su duración, pues mientras se contemple el retorno al país de origen, tal desplazamiento no adquiere nunca notas de permanencia¹⁴. Esta característica, que distingue al desplazamiento de la expatriación, ha sido definida en algunos círculos doctrinales como “componente psicológico” del concepto de desplazamiento¹⁵. En efecto, la noción de lo temporal se vislumbra como contraria a lo indefinido, pues existe una expectativa de retorno, aunque el desplazamiento pueda prolongarse considerablemente en el tiempo, incluso más que una expatriación¹⁶, ya que la temporalidad no se determina “en función de su duración sino de su durabilidad prevista o real”¹⁷.

Una circunstancia que deja entrever otra razón del atractivo económico de dicha mano de obra subcontratada, y la difícil justificación de diferencias en las condiciones de trabajo de los desplazados, respecto de los trabajadores locales, en casos de desplazamientos temporales de varios años. La práctica administrativa, contenida en los acuerdos de España con ciertos Estados Miembros en materia de Seguridad Social, sobre la duración máxima permitida de los desplazamientos de trabajadores españoles (a partir de la cual exigirán la cotización a sus respectivos sistemas nacionales

13. STJUE de 11 de diciembre de 2003 (C-215/01, *Schnitzer*), párrafos 30 a 33. La Comisión insiste en la posibilidad de tal duración prolongada en relación a los trabajadores desplazados en “Comisión Staff Working Document – Commission’s services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, SEC (2006) 439/1, de 4-4-2006 [p. 15].

14. Tal noción de temporalidad también se incluye en la Directiva 123/2006 Marco de Servicios (considerando 77) así como en el 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), D.O. nº L 177 de 4-7-2008, p. 6, (considerando 36 y apartado 2 del artículo 8).

15. Coursier, P.: *Le conflit de lois en matière de contrat de travail: étude en droit international privé français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993, p. 103. Para un análisis sobre las primeras normas que recogieron la distinción entre el desplazamiento temporal y la expatriación en el derecho comparado *vid.* Morgenstern, F.: *International conflicts of labour law: a survey of the law applicable to the international employment relation*, International Labour Office, Genève, 1986, pp. 27 y ss.

16. La doctrina distingue así el “desplazamiento” de la “expatriación”, que recoge los supuestos de duración especialmente prolongada en el tiempo y en los que el vínculo laboral con el empresario de origen tiende a diluirse, *vid.* Courtine, B. y Meynot, F.: “La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail: la rémunération du salarié détache ou expatrié”, *Droit Social*, núm. 11, 1991, pp. 854-855.

17. Jiménez Sánchez, J. J.: “Marcos de las relaciones laborales en las empresas multinacionales”, en Jiménez Sánchez, J. J. (dir.): *Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones sociales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 20.

de Seguridad Social) varía en torno a las duraciones siguientes: 8 años en Alemania y Francia, 7 años en Luxemburgo y 5 años en Bélgica, Dinamarca, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia y Reino Unido¹⁸. De modo que los beneficios que la aplicación de la ley de origen puede reportar en materia de Seguridad Social –ya que permite mantener las cotizaciones en el propio país– pueden convertirse en perjuicios en el ámbito laboral, si la continuidad del estatuto contractual de origen implica una protección inferior a la conferida por las leyes del país de destino.

Los límites temporales en los supuestos recogidos por la letra a) del apartado 3º del artículo 1 de la Directiva 96/71/CE no podrán ser, por tanto, de orden cuantitativo, sino de naturaleza cualitativa, en atención a la naturaleza temporal o permanente de las actividades desarrolladas en el país de destino por el prestador de servicios. Lo que nos aproxima a la distinción elaborada por el Tribunal Supremo español que, como adelantábamos, también parte de una valoración cualitativa¹⁹. La diferencia entre ambas jurisdicciones radica en que en la categoría comunitaria la actividad del trabajador queda subsumida en la de su empresario, que pasa a un primer plano de calificación jurídica. Así, la valoración de la temporalidad se sitúa en el plano de la actividad empresarial, de modo que el acceso temporal o permanente al mercado de sus empresarios será el factor que determine el carácter temporal del desplazamiento del trabajador, así como su régimen jurídico laboral diferenciado. En cambio, en la jurisprudencia española la aplicación de las normas imperativas internacionales no se sujeta a una evaluación sobre el carácter permanente o temporal del acceso al mercado de su empleador, sino a la naturaleza temporal o permanente de las actividades desarrolladas por el propio trabajador.

II. ¿EXISTE UNA DURACIÓN MÁXIMA DEL DESPLAZAMIENTO?: EL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO 883/2004

La Ley 45/1999, tras su reforma por el del Real Decreto-ley 7/2021, ahora ofrece una protección reforzada para los desplazamientos de larga duración, a resultas de la trasposición del artículo 3.1.bis de la Directiva (UE) 2018/957²⁰. En estos casos, los

18. Datos aportados por García de Cortázar y Nebreda, C.: “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas”, *La Mutua*, núm. 3, 2000, pp. 6-27.

19. Para nuestra doctrina judicial resulta más correcto traducir el término carácter temporal por carácter transitorio y por lo tanto entender que la temporalidad simplemente establece que “una novación ubicativa provisional no afecta jurídicamente a la situación ubicativa habitual”, distinguiendo así “entre un «traslado» que cambia el lugar de prestación habitual del servicio y un mero «desplazamiento» que al acompañarse de una idea de «regreso próximo» no lo hace. La distinción no dependería de una mera noción cuantitativa (6 meses, 1 año, etc.) sino de un matiz cualitativo” pues el desplazamiento atiende, en exclusividad, a la mera estancia o ubicación física de un determinado espacio, “mientras el traslado se relaciona con la noción de residencia que supone un acto volitivo, que busca un espacio como sede o centro jurídico –aquí de la prestación de trabajo– lo que se exterioriza en el plus locativo de la habitualidad”, STSJ de Madrid de 3 de junio de 1999, recurso de suplicación núm. 6086/1999 [fundamento jurídico 2º].

20. *Vid.* al respecto, Carrascosa Bermejo, D. y Contreras Hernández, Ó.: *Posted Workers from and to Spain: Facts and figures*, HIVA-Instituto de Investigación para el Trabajo y la Sociedad, Leuven (Bélgica), 2022; Carrascosa Bermejo, D.: “Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas”, *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 37-70; Contreras Hernández, Ó.: *Desplazamiento de traba-*

empresarios, además de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 3.1 de la Ley 45/1999, deberán garantizar a los trabajadores desplazados el resto de condiciones de trabajo previstas en la legislación española, pero no existe, por tanto, una limitación de la duración del desplazamiento en esta norma.

Concretamente, esta cuasi paridad de trato se establece para aquellos desplazamientos superiores a 12 meses, o incluso de desplazamientos de hasta 18 meses, en caso de notificación motivada de la necesidad de una prórroga adicional. Además, se exceptúan las siguientes condiciones de trabajo y empleo, que no serán aplicables a los trabajadores desplazados de larga duración: (a) los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de extinción del contrato de trabajo, con inclusión de las cláusulas de no competencia; y (b) los regímenes complementarios de jubilación.

En cambio, en el ámbito de la Seguridad Social, el artículo 12 Reglamento 883/2004 establece que el trabajador desplazado seguirá sujeto a la *lex originis* "a condición de que la duración previsible de dicho trabajo *no exceda de veinticuatro meses*"²¹. El Reglamento 883/2004 eliminó, por tanto, la intervención administrativa tras el primer año, que establecía el artículo 14 del Reglamento 1408/71, exigiendo la concurrencia de "circunstancias imprevisibles" para la prolongación del desplazamiento durante doce meses más, al que la doctrina se había referido como "una entelequia, una previsión puramente formal, que no responde en algunos casos, a la realidad posterior, dado que ya se conoce *ab initio* que el desplazamiento va a extenderse más de doce meses"²². Dicha simplificación en el Reglamento 883/2004 fue coherente con la práctica administrativa de los Estados, que suele exceder considerablemente dicho límite anual. En efecto, la temporalidad de los desplazamientos se ha flexibilizado enormemente, y dentro de los cauces permitidos por el artículo 16 del Reglamento 883/2004, se autorizan periodos de desplazamiento que pueden superar los cinco años.

Así pues, la regulación contenida en el 12.1 del Reglamento 883/2004 no constituye la única excepción a la *lex loci laboris* en este ámbito. En efecto, una derogación de ma-

trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes, Bomarzo, Albacete, 2020; Gárate Castro, F.J.: "Desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional: análisis y propuestas en orden a la transposición al Derecho español de las modificaciones realizadas por la Directiva (UE) 2018/957 en los artículos 1 y 3", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 383-404; Pérez Guerrero, M. L. y Quintero Lima, M. G. (dirs.): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, Laborum, Murcia, 2020; Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional", *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 17-48; Velázquez Fernández, M.: "Los desplazamientos transnacionales de las personas trabajadoras: novedades y desafíos de la transposición de la Directiva 2018/957/UE al ordenamiento jurídico español", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 461-462, 2021, pp. 73-97.

21. Según refiere Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 285 y ss., en el ámbito de los convenios bilaterales los periodos de desplazamiento oscilan entre dos y cinco años, conteniéndose en varios convenios bilaterales también la exigencia de que el trabajador no sea enviado para sustituir a otra persona.

22. García de Cortázar y Nebreda, C.: "Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas", ob. cit., p. 12. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La coordinación de sistemas de Seguridad Social y el derecho de libre circulación: del Reglamento 3/58 al Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 23-40.

yor alcance a esta regla general se contempla el artículo 16 del Reglamento 883/2004, en el que se dispone que “dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas categorías de personas o de determinadas personas, excepciones a las disposiciones de los artículos 11 a 15”.

El artículo 16 del Reglamento 883/2004 está siendo, por tanto, el mecanismo utilizado para dotar de cobertura jurídica a las situaciones de desplazamiento que no están cubiertas por el apartado 1º del artículo 14. Ciertamente, determinadas actividades empresariales pueden requerir desplazamientos de duración superior a dos años, de modo que estas situaciones difícilmente encajarán con la rigidez del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, que sólo prevé 24 meses.

En todo caso, el artículo 16 tiene carácter potestativo, y su efectividad dependerá del uso que del mismo quieran hacer los Estados. Ciertamente, la cooperación entre los Estados Miembros ha sido fructífera y, sin que se haya establecido expresamente una duración máxima a los desplazamientos, se ha extendido considerablemente la duración posible de los desplazamientos de trabajadores, y, por lo tanto, del periodo durante el cual pueden permanecer sujetos a su legislación de origen. Así, el criterio general aplicado por las instituciones españolas desde hace años es el de no superar, sin justificación, el límite de siete años. Concretamente, en la Nota del Reino de España a la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes en relación a la aplicación del antiguo artículo 17 del Reglamento 1408/71 (CA.SS.TM. 58/87) se establecía como criterio general, a fin de que éste sea transmitido a los organismos e instituciones competentes de cada uno de los Estados, que “los periodos de excepción de aplicación a la legislación española concedidas sobre la base del artículo 17 del Reglamento 1408/71 no serán superiores a 5 años, sumados a los que se establecen en el párrafo 1º del artículo 14 del citado Reglamento”, aunque en relación a los trabajadores desplazados mayores de 60 años se admite la posibilidad de nuevos periodos de prórroga habida cuenta su proximidad a la edad de jubilación, una vez agotado dicho periodo.

Desde hace décadas la practica administrativa en los acuerdos de España con ciertos Estados Miembros respecto de la duración máxima de los desplazamientos de trabajadores en su territorio, y a partir de la cual exigirán la cotización a sus respectivos sistemas nacionales de Seguridad Social, varía en torno a las duraciones siguientes: 8 años en Alemania y Francia; 7 años en Luxemburgo, 5 años en Bélgica, Dinamarca, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia y Reino Unido; mientras que en Portugal dicho periodo máximo se configura de “modo flexible”²³. Los acuerdos suscritos bajo el amparo del artículo 17 del Reglamento 1408/71 en este caso adoptan la forma de acuerdos de aplicación general, aunque también pueden establecerse acuerdos específicos para determinados colectivos o empresas²⁴.

23. *Ibid.*

24. Desdentado Bonete, A.: “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pp. 27-28.

Precisamente, en relación a los acuerdos sectoriales o a determinadas empresa transnacionales²⁵, la Recomendación de la Comisión Administrativa sobre la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes núm. 16 relativa a la conclusión de acuerdos en aplicación del artículo 17 del Reglamento (CEE) nº 1408/71²⁶, aún vigente, insta a los Estados a la suscripción de tales acuerdos a fin de garantizar que los trabajadores puedan continuar cotizando en sus países de origen durante todo el periodo de desplazamiento, con independencia de la duración de éste. En particular, la Comisión Administrativa recomienda a las autoridades competentes de los Estados miembros que establezcan acuerdos con objeto de aplicarlos a trabajadores que han sido desplazados debido a su alta cualificación o por el “carácter especial de los objetivos de la empresa o de la organización que los ocupe”, a los que en todo caso debe permitírseles “elegir entre continuar sometidos a la legislación del país en donde habitualmente trabajan, o en su caso, a la del país al que han sido destacados”²⁷. Por lo que finalmente se recomienda el mantenimiento de la legislación de su país de origen “siempre que los trabajadores afectados estén de acuerdo con tal continuidad”²⁸. En uso de esta posibilidad España ha celebrado acuerdos con Alemania, Dinamarca, Irlanda, Portugal y Reino Unido en relación con los trabajadores de los medios de comunicación, y con Alemania, Austria, Dinamarca, Irlanda y Portugal para los trabajadores de líneas aéreas²⁹.

En este sentido, mientras que las disposiciones referentes al desplazamiento contenidas en el apartado 1 del artículo 12 está sometida a limitaciones considerables, el artículo 16 ofrece una gran flexibilidad, puesto que permite la derogación del principio de la *lex loci laboris* “para situaciones que requieran una solución distinta a la ofrecida por los artículos 13 a 16, por lo que los Estados miembros podrán decidir de un común acuerdo la derogación de los mismos, correspondiendo a éstos identificar aquellas situaciones y de determinar la legislación aplicable en cada caso, a condición de que este acuerdo sea en beneficio de determinados trabajadores”³⁰. Efectivamente, el Tribunal de Justicia en la sentencia *Brusse* estableció que esta disposición no impone requisito alguno de orden causal, por lo que los Estados disfrutan de un amplio margen de apreciación, sometido a la única condición del beneficio del trabajador³¹. Así, apoyándose en los criterios ya establecidos por la sentencia *Kuijpers*³², el Tribunal

25. Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, ob. cit., p. 287 y ss., señala que en la mayor parte de los convenios bilaterales se establece también la posibilidad de excepcionar la *lex loci laboris* más allá de las condiciones previstas en el propio convenio en interés de ciertos trabajadores o grupos de trabajadores.

26. Recommendation No 16 of 12 December 1984 concerning the conclusion of Agreements pursuant to Article 17 of Council Regulation (EEC) No 1408/71, D.O. nº C 273 de 24.10.1985, p. 3.

27. *Ibid.*, p. 3, traducción propia.

28. *Vid.* en relación a la citada Recomendación nº 16 de la Comisión Administrativa, Herrero Coco, C.: “La protección social de los trabajadores desplazados”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 158, 1998, p. 27.

29. García de Cortázar y Nebreda, C.: “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas”, ob. cit., p. 15.

30. STJCE del 17 de mayo de 1984, (asunto 101/83, *Brusse*), [parágrafo 16], traducción propia.

31. STJCE del 17 de mayo de 1984, (asunto 101/83, *Brusse*), [parágrafo 25].

32. STJCE de 23 de septiembre de 1982, (asunto 276/81, *Kuijpers*).

reitera la importancia del principio de unicidad, insistiendo en que la finalidad de las disposiciones del Título II del Reglamento 1408/71, relativo a la determinación de la legislación aplicable, consiste en asegurar que las personas que se desplazan en el interior de la Comunidad estén sujetas a la legislación de un solo país, “a fin de evitar las complicaciones que pueden resultar de esa situación”³³; y precisamente con esta finalidad, el Reglamento establece el principio general de sujeción a la legislación del estado miembro en cuyo territorio se esté empleado. Pues bien, el Tribunal considera que en determinadas situaciones la aplicación indiscriminada de la *lex loci laboris*, en lugar de prevenir, “puede generar mayores complicaciones a trabajadores, empresas y organismos competentes, e implicar demoras en la resolución de los expedientes de desplazamiento, lo que a su vez supondría un obstáculo a la libertad de circulación”; y, por lo tanto, declara que dos Estados Miembros pueden concluir acuerdos que supongan una derogación de los artículos 13 a 16 del Reglamento, siempre que éstos beneficien al trabajador. En particular, el supuesto concreto analizado en *Brusse* ejemplifica bien esta circunstancia, pues viene referido a un trabajador holandés que prestaba servicios en el Reino Unido desde 1964 a 1977 y que nunca había cotizado en dicho país, sino que continuaba realizando cotizaciones, de naturaleza voluntaria, al sistema de Seguridad Social de los Países Bajos. A pesar de la prolongada duración de dicha situación irregular, los países implicados –Reino Unido y los Países Bajos– acuerdan, con efectos retroactivos, mantener la legislación del país origen como aplicable durante todo dicho periodo, sancionando el Tribunal positivamente dicho acuerdo, considerando éste ajustado a derecho en beneficio de la protección del trabajador³⁴.

En cuanto a los requisitos de orden temporal, tanto en *Brusse*, como posteriormente en la sentencia *Van Gestel*³⁵, el Tribunal declara que la *ratio* del artículo 17 (actual artículo 16) justifica la necesidad de afectar periodos de seguro de modo retroactivo, especialmente si esto es necesario para evitarle perjuicios a la persona trabajadora. Así, como regla particular destinada a solucionar las dificultades inherentes a situaciones no específicamente consideradas por los artículos 13 a 16, el artículo 17 puede utilizarse no solamente para evitar que una situación determinada se produzca, sino también para remediar una situación existente que después de producirse resulta inadecuada o perjudicial para el trabajador. En este contexto, el Tribunal subraya que, “teniendo en cuenta que requiere bastante tiempo para que dos o más Estados miembros se pongan de acuerdo sobre la oportunidad de una derogación a los artículos 13 a 16, el artículo 17 perdería gran parte de su significado si dichos acuerdos tuvieran validez solamente para el futuro”³⁶.

Por último, respecto de las cuestiones de carácter procedimental, el artículo 16 ha sido desarrollado por el artículo 18 del Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las

33. *Ibid.*, parágrafo 14.

34. STJCE del 17 de mayo de 1984 (asunto 101/83, *Brusse*) [fallo].

35. STJCE de 29 de junio de 1995 (asunto C-454/93, *Van Gestel*).

36. STJCE del 17 de mayo de 1984 (asunto 101/83, *Brusse*) [parágrafo 20]; STJCE de 29 de junio de 1995 (asunto C-454/93, *Van Gestel*) [parágrafo 29].

normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social³⁷ (en adelante el Reglamento 987/2009) en el que se dispone que el empleador o el trabajador presentarán una solicitud de excepciones a los artículos 11 a 15 del Reglamento de base, siempre que sea posible con antelación, a la autoridad competente del Estado miembro a cuya legislación solicite acogerse el trabajador o interesado o al organismo designado por dicha autoridad; de modo que la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro cuya legislación haya que seguir aplicándose, extenderá un certificado en el que se hará constar que el trabajador por cuenta ajena sigue sometido a dicha legislación, indicándose hasta qué fecha se mantiene la aplicación del artículo 16 del Reglamento.

III. LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS DE LARGA DURACIÓN: TRABAJADORES “MIGRANTES” A EFECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A. El mantenimiento de los derechos adquiridos y en curso de adquisición

Como hemos visto, los trabajadores desplazados podrán mantener las cotizaciones durante un cierto tiempo en su país de origen. Sin embargo, en el momento en que éstos superen el periodo máximo general de veinticuatro meses permitido por el artículo 12 del Reglamento 883/2004; o el específico acordado en virtud artículo 16 del Reglamento 883/2004, quedarán sometidos a la normativa de destino, y por ende deberán realizar sus cotizaciones en el extranjero. En este caso, el trabajador desplazado, a efectos laborales, se convertirá en trabajador migrante, a efectos de Seguridad Social.

De este modo, es factible que la legislación de Seguridad Social de aplicación sea la del país de acogida, mientras que la legislación laboral aplicable al contrato sea la del país de origen. Esto resulta así porque en el ámbito de la Seguridad Social no rige la libertad de las partes de elección de ley aplicable, como en el caso de la regulación de las condiciones de trabajo³⁸, lo que a su vez se debe al carácter imperativo de las normas nacionales e internacionales relativas a altas, encuadramiento y cotización³⁹.

En este sentido, es bien sabido que la concesión de numerosas prestaciones de Seguridad Social está supeditada al cumplimiento de períodos de empleo, de seguro o de residencia, de modo que el cambio de país puede irrogar perjuicios a los trabajadores y a los miembros de su familia en caso de que el interesado no hubiera cumplido, atendiendo a la legislación aplicable, el período de estancia o de trabajo necesario para tener derecho a las prestaciones; o bien, cuando se trate de prestaciones a largo

37. DO L 284 de 30.10.2009, p. 1/42.

38. *Vid.* 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), D.O. nº L 177 de 4-7-2008.

39. Álvarez Cortés, J. C.: “Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 1999, p. 440, señala que, pese a que las reglas de derecho de la Seguridad Social son de derecho público, a causa de su falta de uniformidad pueden surgir en la práctica conflictos de leyes.

plazo, no se hubieran cubierto, atendiendo a las diversas legislaciones sobre afiliación, los períodos exigidos o suficientes que le permitirían disfrutar, en total, de una pensión comparable a la que hubiera tenido, si hubiera pasado toda su vida laboral en un solo Estado. En efecto, a falta de mecanismos de protección social internacional o comunitaria, estas personas al cambiar de país de empleo se encontrarían con la obligación de cumplir un nuevo periodo de seguro para acceder a dichas prestaciones⁴⁰. De modo que, con la finalidad de evitar dichos perjuicios, el derecho de la Unión recurre a la coordinación de las legislaciones nacionales de Seguridad Social. Como se recordará, esta coordinación se encuentra articulada sobre la base de cuatro principios: el principio de igualdad de trato, el principio de unicidad de la legislación aplicable, el principio de la conservación de los derechos adquiridos por medio de la “exportación” de las prestaciones, y el principio de conservación de los derechos en curso de adquisición por medio de las técnicas de acumulación de los períodos de seguro, de trabajo o de residencia, y del prorrateo de las prestaciones⁴¹.

Sin embargo, en ocasiones, ni siquiera la aplicación de todos estos mecanismos permite evitar ciertos perjuicios prestacionales ocasionados por el desplazamiento a otro Estado. Por tanto, es necesario analizar si existe posibilidad de un menoscabo de prestaciones futuras ocasionado por una prolongación del desplazamiento en el marco de la Directiva 96/71/CE, que interrumpa la carrera de seguro del trabajador en el país de origen.

En este sentido, aunque el trabajador desplazado no se encuentre en el ámbito aplicativo del artículo 45 TFUE en lo que respecta a sus condiciones de trabajo, en materia de Seguridad Social, como ya se indicó, la situación jurídica de desplazamiento de larga duración sí se corresponde con la de la emigración típica.

Así, por ejemplo, el trabajador por cuenta ajena al servicio de una empresa con sede en España, que sea enviado por dicha empresa al territorio de algún país comunitario para realizar trabajos de carácter temporal, quedará sometido a la legislación

40. Vid. Herraiz Martín, M. S.: “Seguridad Social y libre circulación. Determinación de la legislación aplicable a los trabajadores interinos desplazados en otro Estado miembro. Comentario a la STJCE, de 10 febrero 2000”, *Revista del Ministerio del Trabajo y de Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, pp. 267 y ss.

41. Vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “El derecho social comunitario. Los reglamentos comunitarios”, en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 121-132; Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021; Pennings, F.: *European Social Security Law*, Intersentia, Antwerp (Bélgica), 2022; Cornelissen, R.: “Soixante ans de coordination européenne de la sécurité sociale: réalisations, controverses et défis” en Barbier, C. y Pochet, P. (Eds.): *Bilan social de l'union européenne 1999-2019: une route longue et sinueuse*, European Trade Union Institute, Bruxelles, 2019 pp. 153-177; Carrascosa Bermejo, D.: “Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgtos CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia (1)”, *Actum*, núm. 1, 2018, pp. 29-46; Carrascosa Bermejo, D.: “Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social” en García-Perrote Escartín, I. (coord.): *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pp. 533-582; Martín-Pozuelo López, Á.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; Maneiro Vázquez, Y. y Miranda Boto, J.M.: “La seguridad social de los trabajadores desplazados en el Reglamento (CE) nº 883/2004” en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, 2010, pp. 225-234; Miranda Boto, J. M.: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores: la perspectiva de Seguridad Social” en Gárate Castro, F. J. (coord.): *Desplazamientos transnacionales de trabajadores: Estudios sobre la Directiva 96/71/CE*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 267-276.

española y podrá continuar realizando cotizaciones en España durante el periodo legal o el acordado con el país de destino. En estos casos, sus prestaciones de Seguridad Social se calcularán de forma idéntica al de los nacionales de su país, esto es, como si su trabajo se hubiera realizado en España íntegramente. Sin embargo, una vez expirado los dos años de desplazamiento o el periodo establecido en el acuerdo suscrito en virtud del artículo 16 del Reglamento 883/2004, el trabajador deberá obligatoriamente cotizar al sistema de Seguridad Social del país de destino, bajo el régimen que las leyes locales determinen, no resultando de aplicación a partir de dicho momento la legislación de Seguridad Social española, de modo que no podrá cotizar en España.

En este supuesto, como el trabajador desplazado habrá estado asegurado en varios Estados miembros, cada uno de los Estados asumirá una parte de su pensión, teniendo en cuenta también las cotizaciones hechas en el otro país para determinar su cuantía, haciendo uso de dos técnicas para su cómputo: la de la totalización de los períodos y la del prorrateo de las prestaciones. Sin embargo, ni la aplicación de estas técnicas ni, sobre todo, la base reguladora utilizada para determinar la cuantía su pensión, resultan siempre ventajosa para estos trabajadores, atendiendo al estado actual del derecho de la Unión, y a su aplicación en España. En este punto, el trabajador destacado de larga duración comparte con el trabajador migrante idénticos problemas, pues el trabajador desplazado, a pesar de que en el orden laboral no pueda considerarse como tal, también habrá fraccionado su carrera de seguro. De esta manera, ambos resultarán acreedores de las “pensiones migrantiles”⁴².

B. La aplicación de las bases remotas

1. Los problemas históricos de las de las pensiones “migrantiles”

Una vez establecida la importancia del principio de conservación de los derechos en curso de adquisición en el derecho de la Unión (expectativas de derecho en el sistema español⁴³) que el Reglamento 883/2004 asume como uno de sus objetivos –cuando dispone que las normas de coordinación deben asegurar a los trabajadores que se desplazan en el interior de la Unión, a sus derechohabientes y a sus supervivientes, el mantenimiento de los derechos y beneficios adquiridos y en curso de adquisición–, es obligado señalar que la problemática de mayor calado en relación con las pensiones migrantiles españolas aplicables a los desplazados de larga duración, relativas a

42. Según terminología acuñada por Rojas Castro, M.: “Pérdida de derechos migrantiles por desconocimiento desde abajo y por discriminación desde arriba”, en AA.VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999, pp. 173-247.

43. En este estudio se utiliza la expresión “derechos adquiridos” o “en curso de adquisición” por ser ésta la terminología del Reglamento 1408/71, en el entendimiento de que en el ordenamiento español se trata una expectativa de derecho. Así, Fargas Fernández, J.: *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, describe el derecho de expectativa como “aquella situación previa a la adquisición de un derecho en la que se van cumpliendo sucesivamente los requisitos requeridos para acceder al mismo, de forma que, al acaecer cada uno de tales hechos requeridos, se avanza gradualmente hacia la adquisición del derecho”, [p. 172].

la jubilación e incapacidad permanente⁴⁴, radica en a la determinación de las bases reguladoras aplicables a la pensión cuando computamos periodos de seguro acreditados en otro país, que desde antaño han planteado numerosos problemas⁴⁵.

De ahí que expliquemos en este apartado los problemas históricos de las pensiones “migrantes” españolas, pues es necesario para exponer posteriormente la aplicación actual del Reglamento 883/2004 a las pensiones de los trabajadores desplazados de larga duración.

Pues bien, la opción del Reglamento 1408/71 –a partir de la introducción por parte del Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril, del Anexo VI.D, apartado 4º en su articulado– fue la de la aplicación de las llamadas “bases remotas” a las pensiones migrantes españolas. En concreto en el apartado 4 del Anexo VI.D del Reglamento 1408/71 se disponía que:

“En aplicación del artículo 47 del Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. La cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe y revalorizaciones calculados para cada año posterior, para las pensiones de la misma naturaleza”⁴⁶.

Este criterio presenta serios inconvenientes por cuanto queda “congelada” la base reguladora en un momento muy lejano de su carrera de seguro, por lo que esta tiene un valor muy bajo, lo cual exige de una actualización que muy a menudo es insuficiente⁴⁷.

Ciertamente, hubiera sido más favorable para los migrantes españoles tomar las cotizaciones efectivamente realizadas en el país extranjero (tesis de las bases reales) cuando su importe es elevado (coincidiendo habitualmente con las bases máximas españolas); pero el legislador consideró que dicho criterio implicaba que la Seguridad Social asumiera un importe demasiado elevado en relación a las cantidades que se

44. Puesto que España no ha solicitado la inclusión de las pensiones de incapacidad permanente en el Anexo VI del Reglamento 883/2004, a la que habilita el artículo 44 de dicho Reglamento, una vez éste entre en vigor estas prestaciones pasarán a ser siempre objeto de regulación de conformidad con el capítulo quinto dedicado a las pensiones de vejez. Vid. Carrascosa Bermejo, D.: “Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de coordinación comunitaria: determinación de la cuantía teórica”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Migrantes y Derecho: Problemas Actuales de la Coordinación Comunitaria de las Prestaciones Sociales en España*, Laborum, Murcia, 2006, p. 96.

45. Vid. Carrascosa Bermejo, D.: “La base reguladora de la “cuantía teórica” de los trabajadores migrantes: el caso Grajera Rodríguez”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013, pp. 271-298; Carrascosa Bermejo, D.: “Seguridad Social de trabajadores migrantes” en García Murcia, J. y Castro Argüelles, M. A. (dirs.): *Contingencias y prestaciones de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Reus, Madrid, 2021, pp. 571-614; Martín-Pozuelo López, Á.: “La pensión de los migrantes europeos: un continuo foco de problemas para España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021; Camos Victoria, I.: “Determinación de la base reguladora y cálculo de la nueva prestación de jubilación con cotizaciones en distintos Estados miembros de la Unión Europea”, *Aranzadi social*, núm. 5, 1998, pp. 369-388; Luján Alcaraz, J.: “Determinación de la base reguladora y cálculo del importe de la pensión de invalidez (y jubilación) reconocida a emigrantes retornado”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 1996, pp. 2825-2836; Ojeda Avilés, A.: “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2000, pp. 391-410.

46. Según redacción modificada por el Reglamento (CE) núm. 1223/98, de 4 de junio de 1998 (artículo 1.8.b).

47. Desdentado Bonete, A.: “Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 1997, pp. 15-33.

perciben en España, y sobre las que se cotiza, imponiendo al sistema español una carga excesiva⁴⁸.

La aplicación de las bases remotas, a la hora de calcular la prestación teórica española, fue revalidado posteriormente por el Tribunal de Justicia, en sus sentencias *Grajera Rodríguez*⁴⁹, *Lafuente Nieto*⁵⁰ y *Naranjo Arjona*⁵¹, en las que rechaza que los perjuicios causados a estos trabajadores, por el hecho de haber ejercido su derecho a la libre circulación, fuese incompatible con el artículo 45 TFUE⁵². Lo cual llevó al Tribunal Supremo en su Sentencia 9 de marzo de 1999⁵³, siendo Magistrado Ponente el Sr. Desdentado Bonete, a aplicar la tesis de las bases remotas a las pensiones migranti-les, pese a que en el texto de la Sentencia se introduce la siguiente cautela:

“De esta forma y con la excepción ya señalada el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea parece admitir que, si el sistema de revalorización previsto en el Anexo VI D, apartado 4º, no logra asegurar una actualización efectiva que permita al trabajador migrante acceder a una pensión en cuantía equivalente a la que hubiera obtenido de haber continuado ejerciendo su actividad en España, los órganos judiciales españoles podrían aplicar otro criterio de actualización”⁵⁴.

La doctrina criticó este pronunciamiento considerando que era imposible, con dicho procedimiento de cálculo, obtener una pensión equivalente a la que le correspondería al trabajador en el caso de no haber emigrado. De modo que una interpretación literal del apartado 4 del Anexo VI.D penalizaba a los trabajadores que se desplazan en el interior de la UE respecto a los trabajadores sedentarios que no hayan ejercido su derecho de libre circulación⁵⁵. Sin embargo, como hemos expuesto, en esta sentencia se admite expresamente la posibilidad de servirse de fórmulas alternativas de actualización, aunque en el caso concreto de la Sentencia no se apliquen por entender que los motivos de impugnación no se aportaron al tribunal, por parte del recurrente, tales criterios de actualización.

De hecho, el Voto Particular contenido en dicha sentencia 9 de marzo de 1999 postula que, ante la imposibilidad de que la regla establecida lleve al resultado final exigido por la doctrina del TJUE, la cuestión de la adecuación del apartado 4 del [Anexo VI.D](#) a los principios del Tratado “debe ser entendido como un juicio provisional y

48. Desdentado Bonete, A.: “El problema de la determinación de la base de la pensión española en los supuestos en que el cómputo comprende períodos de cotización que se han completado en otro país de la Unión Europea”, en AA.VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999, p. 100.

49. STJCE de 17 de diciembre de 1998 (asunto C-153/97, *Grajera Rodríguez*), párrafo 20.

50. STJCE de 12 de septiembre de 1996 (asunto C-251/94, *Lafuente Nieto*), párrafos 41 y 42.

51. STJCE de 9 de octubre de 1997 (asuntos acumulados C-31/96, C-32/96 y C-33/96, *Naranjo Arjona*), párrafos 23 y 24.

52. En relación a esta jurisprudencia *vid.* Valdés Dal-Ré, F.: “The European Court of Justice and the Spanish Labour and Social Security Courts: two examples”, en Sciarra, S. (Ed.): *Labour law in the Courts: national judges and the European Court of Justice*, Hart, Oxford-Portland, 2001, pp. 260 y ss.

53. Ar. 2755.

54. Fundamento de derecho 4º, énfasis añadido.

55. Díaz Méndez, A.: “La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Grajera* o la jurisprudencia imposible”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2000, pp. 49-62.

no definitivo sobre la aplicabilidad del mismo, cuya apreciación se remite a los órganos jurisdiccionales españoles, sin perjuicio de la competencia de fijación de la jurisprudencia comunitaria que corresponde al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”⁵⁶.

2. Cálculo actual de las pensiones migrantes de los trabajadores desplazados

El Reglamento 883/2004 dio continuidad al Reglamento 1408/71 en lo que a la aplicación de las bases remotas se refiere, pero cerró la controversia en torno a su actualización, que ahora debe sujetarse a la evolución del índice de precios al consumo (IPC).

Así pues, el artículo 56.1 del Reglamento 883/2004 establece que si la legislación de un Estado miembro prevé (como en el caso de España) que el cálculo de las prestaciones se base en los ingresos, cotizaciones, bases de cotización, aumentos, retribuciones, otros importes o una combinación de más de uno de estos elementos (promedios, proporciones, a tanto alzado o acreditados), la institución competente, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el anexo XI para el Estado miembro de que se trate:

- a) determinará la base de cálculo de las prestaciones únicamente en virtud de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique,
- b) y utilizará, para la determinación del importe que haya de calcularse en concepto de los períodos de seguro y/o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de los otros Estados miembros, los mismos elementos determinados o acreditados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique.

Por su parte, el Anexo XI establece disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los estados miembros, y concretamente en el caso de España dispone que: “2. a) En aplicación del artículo 56, apartado 1, letra c), del presente Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo”.

En consecuencia, el Reglamento 883/2004 se sirve del mismo índice de actualización que el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social utiliza para actualizar las bases de cotización a los efectos del cálculo de las pensiones de jubilación e

56. Fundamento de derecho 3º del Voto Particular, parágrafo 5.

incapacidad permanente por enfermedad común⁵⁷. Como señala Lousada, “si bien la función de esta actualización es doble en el caso de ser trabajador migrante pues las cotizaciones así actualizadas se proyectan, por un lado, sobre los periodos en que se han realizado en el supuesto de que estos se encuentren dentro del arco temporal a tomar en consideración para el cálculo de la pensión, y, por otro lado, sobre los periodos en que se ha trabajado y/o residido en el extranjero a los efectos de cubrir esas lagunas”⁵⁸.

Nótese, en este sentido, que en el ámbito aplicativo de los convenios bilaterales la opción del legislador español en lo que concierne a la base reguladora aplicable resulta coincidente con los criterios del Reglamento 883/2004, que establece el principio de aplicación de las bases remotas. Efectivamente, éste es el método de cálculo de la pensión teórica española en gran parte de los convenios bilaterales suscritos por España, que aluden a un módulo regulador basado en las cotizaciones reales del asegurado en España durante los años que preceden inmediatamente al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, incrementadas con el importe de los aumentos, mejoras y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el hecho causante para las pensiones de la misma naturaleza. Singularmente, esto dispone con pocas variaciones en los convenios con Andorra⁵⁹, Argentina⁶⁰, Australia⁶¹, Brasil⁶², Canadá⁶³, Chile⁶⁴, Colombia⁶⁵, Marruecos⁶⁶, Méjico⁶⁷, Paraguay⁶⁸,

57. Artículos 58.2, 197.1 y 209.1 LGSS.

58. Lousada Arochena, F.: “Las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 191-220. *Vid.* también Gala Durán, C.: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores por parte de sus empresas fuera de la Unión Europea: Aspectos de Seguridad Social”, en Martínez-Gijón Machuca, M.A. (coord.): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, Laborum, Murcia, 2020, pp. 251-290.

59. Convenio de Seguridad Social entre el reino de España y el principado de Andorra de 9 de noviembre de 2001 (BOE núm. 290 de 4 de diciembre de 2002), [art. 24].

60. Convenio sobre Seguridad Social entre España y la República Argentina de 28 de enero de 1997 de 28 de enero de 1997 (BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2004 y BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2007), [art. 14].

61. Convenio de Seguridad Social entre España y Australia (BOE núm.303, de 19 diciembre 2002 [art. 15].

62. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y de la República Federativa del Brasil de 16 de mayo de 1991 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1996) [art. 21.2.a)]. modificado por el Convenio Complementario de Revisión de fecha 24 de julio de 2012, en vigor desde el 1 de marzo de 2018. (BOE de 16 de mayo de 2018). No obstante, desde el 19 de mayo de 2011, Brasil aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), por lo que, en virtud del artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

63. Convenio de Seguridad Social entre España y Canadá de 10 de noviembre de 1986 (BOE de 1 de diciembre de 1987), [art. 13.c)].

64. Convenio de Seguridad Social entre la República de Chile y el Estado Español (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1998) [art. 23]. No obstante, desde el 1 de septiembre de 2011, Chile aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), por lo que, en virtud del artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

65. Convenio de Seguridad Social entre España y Colombia (B.O.E. núm. 54 de 3 de marzo de 2008) [art. 13].

66. Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 6 de noviembre de 1979 (BOE de 13 de octubre de 1982), [art. 33.2.a)].

67. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, y Acuerdo Administrativo, de 28 noviembre de 1994 (BOE de 17 de marzo de 1995) [art. 10.2.(A)(a)].

68. Convenio de Seguridad Social entre España y Paraguay (BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2006) [Artículo 14]. No obstante, desde el 28 de octubre de 2011, Paraguay aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad

Perú⁶⁹, República Dominicana⁷⁰, Rusia⁷¹, Ucrania⁷², Uruguay⁷³ y con Túnez⁷⁴; aunque en algunos casos también se opta por acudir a las bases mínimas de cotización vigentes en España durante el período de seguro para la última categoría profesional ejercida en España, como en el caso del Convenio con Estados Unidos de América⁷⁵ o Venezuela⁷⁶.

C. Los vacíos de cotización española o “lagunas de cotización”

Al problema de la utilización de las bases remotas debe añadirse el problema del menoscabo de las bases reguladoras aplicables por efecto de vacíos de cotización española o “lagunas de cotización”, por haber trabajado en otro Estado de la UE el extranjero, en el periodo temporal que se tiene en cuenta para calcular la pensión. Esto fue la cuestión que se abordó en la sentencia *Salgado González*⁷⁷, que surge de una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia, al albergar dudas sobre si el Derecho de la Unión se oponía al procedimiento de cálculo de la cuantía teórica de la prestación de jubilación seguido en ese momento por el INSS.

En este asunto, el INSS, con el fin de comprobar si la Sra. Salgado González había cotizado durante el período mínimo de quince años previsto entonces en el artículo 161, apartado 1, letra b), de la LGSS, tuvo en cuenta tanto los períodos cotizados en España como los cotizados en Portugal por la trabajadora, según lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento núm. 1408/71.

En este sentido, el artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento 1408/71 contemplaba que la cuantía teórica de tal prestación debe calcularse como si el asegurado hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en el Estado

Social (CMISS), por lo que, en virtud del artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

69. Convenio de Seguridad Social entre España y Perú (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2005) [Artículo 19]. No obstante, desde el 20 de octubre de 2016, Perú aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), por lo que, en virtud del artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

70. Convenio de Seguridad Social entre España y República Dominicana (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2006) [Artículo 15]. No obstante, desde el 14 de julio de 2020, La República Dominicana aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), por lo que en virtud del artículo 8 solo se aplicaran las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

71. Convenio de Seguridad Social entre España y Rusia (BOE núm. 48, de 24 de febrero de 1996) [art. 15].

72. Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania (BOE núm. 81, de 4 de abril de 1998) [art. 12].

73. Convenio Complementario de Seguridad Social entre España y Uruguay (BOE núm. 287, de 1 de diciembre de 2005) [art. 14]. No obstante, desde el 1 de octubre de 2011, Uruguay aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), por lo que, en virtud del artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

74. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez de 26 de febrero de 2001 (BOE de 26 de diciembre de 2001) [art. 20.2.(A)(a)].

75. Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América de 30 de septiembre de 1986 (BOE de 29 de marzo de 1988) [art. 15].

76. Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela (BOE núm. 162, de 7 de julio de 1990) [art. 21.2].

77. STJUE de 21 de febrero de 2013, C- 282/11, asunto *Salgado González*.

miembro de que se trata⁷⁸. Mientras que el artículo 47 del Reglamento 1408/71, en su apartado 1, letra g), establecía que la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a una base de cotización media determinará dicha base media en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado.

Sin embargo, a la hora de calcular la cuantía teórica de la prestación, el INSS no calculó la base de cotización media de la Sra. Salgado únicamente en función de los períodos de seguro cumplidos por ella en España durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cuota a la Seguridad Social española, tal como impone el artículo 47, apartado 1, letra g) del Reglamento 1408/71 y el punto 4, letra a), de la sección H de su anexo VI.

En efecto, la Sra. Salgado González cotizó al régimen de Seguridad Social español desde el 1 de febrero de 1989 hasta el 31 de marzo de 1999, por un total de 3.711 días –esto es, cerca de diez años y dos meses– y el INSS añadió al cálculo un período ficticio de cotización comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 30 de enero de 1989 con el fin de cumplir la condición de cotización durante un período de quince años anteriores a la última cuota satisfecha por la Sra. Salgado González en España. A través de esta operación, el INSS pretendía hallar un numerador al que aplicar el divisor de 210 previsto en el artículo 162, apartado 1, de la LGSS; y calcular, de este modo, la base de cotización media necesaria para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación.

No obstante, dado que la Sra. Salgado González no cotizó en el período comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 31 de marzo de 1989 en España, el INSS contabilizó con valor cero estos períodos; y este cómputo produjo una drástica reducción de la base de cotización media de la Sra. Salgado González.

Frente a esta actuación del INSS, el TJUE declara que las normas de coordinación deben interpretarse a la luz del objetivo fijado por el artículo 48 TFUE, lo que implica concretamente que los trabajadores migrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social por el hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación, en base a la doctrina Lafuente Nieto.

Ciertamente, esa reducción de la pensión no se habría producido si la Sra. Salgado González hubiera cotizado únicamente en España, sin ejercer su derecho a la libre circulación. De modo que el TJUE considera que, contrariamente a lo exigido por el artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento 1408/71, la cuantía teórica de la pensión de jubilación de la Sra. Salgado González no había sido calculada como si ésta hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en España.

Por tanto, declara que el Reglamento 1408/71 se opone a una legislación que, como la española, en la que la cuantía teórica de la pensión de jubilación de la persona trabajadora, migrante o no, se calcula invariablemente a partir de las bases de cotización de ese trabajador en un período de referencia fijo anterior al pago de su última cuota en ese Estado, a las cuales se aplica un divisor fijo, sin que resulte posible adaptar ni la

78. STJUE de 21 de julio de 2005, *Koschitzki*, C-30/04, parágrafo 27.

duración de este período ni este divisor con el fin de tomar en consideración el hecho de que el trabajador en cuestión ha ejercido su derecho a la libre circulación.

Por tanto, el TSJ de Galicia⁷⁹, en aplicación de esta doctrina, adaptó la duración del periodo de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, así como el divisor a utilizar, con el fin de tomar en consideración el hecho de que la trabajadora había ejercido su derecho a la libre circulación.

La trabajadora acreditó cotizaciones en España, a través del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, un total de 3.711 días, de 1 de febrero de 1989 a 31 de marzo de 1999, y en Portugal un total de 2.100 días, de 1 de marzo de 2000 a 31 de diciembre de 2005.

En consecuencia, la base reguladora de su pensión de jubilación fue el resultado de dividir el total de las cotizaciones españolas realizadas durante 8 años y 3 meses –un total de 99 meses–, que ascendió a 71.746,24 euros, entre 115,5 (que son las pagas ordinarias y extraordinarias cotizadas durante 99 meses). Lo que le supuso una base reguladora de 621,17 euros. Esto contrasta enormemente con la base reguladora a la que había llegado el INSS, que era de 341,65.

Actualmente, el Anexo XI del Reglamento 883/2004, como hemos visto, establece un mecanismo específico para la cobertura de lagunas de cotizaciones españolas durante el periodo de cómputo inmediatamente anterior a la última cotización en España. Este mecanismo tiene utilidad en el caso de vacíos de cotización española anteriores a la última cotización española.

Sin embargo, el Anexo XI del Reglamento 883/2004 no aporta una solución a la situación que aborda la Sentencia Salgado González, esto es, a la existencia de vacíos de cotización que sean posteriores a esa última cotización en España. Por ello, tendría sentido seguir aplicando dicha jurisprudencia en dichos supuestos, pese a haber sido dictada en interpretación del Reglamento 1408/71⁸⁰.

D. La aplicación de los convenios bilaterales entre Estados de la Unión

Durante décadas ha existido también la posibilidad de aplicar el convenio bilateral con otro Estado miembro de la Unión⁸¹ si este resultaba más favorable que los Reglamentos

79. STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1685/2013, de 15 marzo (JUR 2013\171335).

80. Carrascosa Bermejo, D.: "Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social", ob. cit., p. 571.

81. Con anterioridad a su entrada en la Comunidad, España tenía suscrito convenio bilateral con todos los países comunitarios en aquel momento, excepto con Dinamarca, Irlanda y Grecia. Así, preexistían a la regulación del Reglamento 1408/71 instrumentos jurídicos en materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social con Alemania (Convenio de 29 octubre 1959, ratificado por Instrumento de 13 octubre 1960. (BOE 11 octubre 1961, núm. 243, p. 14632); Austria (Convenio de 15 julio 1964, ratificado por Instrumento de 1 abril 1965, BOE 10 enero 1966, núm. 8, p. 246); Bélgica (Tratado de 28 noviembre 1956, ratificado por Instrumento de 25 abril 1958, BOE 13 mayo 1958, núm. 114, p. 864); Finlandia (Convenio de 19 de diciembre de 1985, ratificado por Instrumento de 19 mayo 1987); Francia (Convenio de 27 junio 1957, ratificado por Instrumento de 14 febrero 1958, BOE 30 marzo 1959, núm. 76, p. 4797.); Italia (Convenio y Acuerdo Administrativo entre España e Italia de 30 octubre 1979, ratificados por Instrumento de 22 octubre 1982, BOE 15 diciembre 1983, núm. 299, p. 33714); Luxemburgo (Convenio de 22 junio 1963, ratificado por Instrumento de 20 julio 1964, BOE 24 agosto 1965, núm. 202, p. 11797); Países Bajos (Convenio y Protocolo Anejo de 5 febrero 1974, ratificado por Instrumento de 13 junio 1975, BOE 20 marzo 1975, núm. 68, p. 5748); Portugal (Conve-

comunitarios. Sin embargo, esta posibilidad, contenida en la doctrina *Rönfeldt*⁸², está restringida a los supuestos en los que el trabajador haya ejercido su derecho a la libre circulación después de la integración de España en la CE, esto es, con anterioridad al 1 de enero de 1986.

En efecto, los principios que se establecen en la sentencia *Rönfeldt* tienen el objetivo de mantener los “derechos adquiridos” en materia social no regulados en el ámbito del derecho de la Unión en el momento en que podía ejercitarlo el nacional comunitario que lo invoca⁸³. Esta doctrina sostiene el mantenimiento del “derecho adquirido” a ampararse en la normativa bilateral que en definitiva “era la única que se le podía aplicar cuando el trabajador ejerció su derecho a la libre circulación, siempre que dicho trabajador hubiese ocupado ya un empleo en uno de los Estados suscribientes del Convenio, a fin de que consolidase el derecho que le reconoce dicho Convenio”⁸⁴. Por tanto, esta doctrina es especialmente favorable para el trabajador desplazado de larga duración cuya prestación de servicios se desarrollara previamente a la integración de España en la CE.

Actualmente, el artículo 8 del Reglamento 883/2004 regula las relaciones entre dicho Reglamento y otros instrumentos de coordinación, estableciendo expresamente que: “En su ámbito de aplicación, [...] sustituirá a cualquier otro convenio de seguridad social aplicable entre los Estados miembros”.

No obstante, continuarán siendo de aplicación determinadas disposiciones de convenios de Seguridad Social suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento 883/2004, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado.

Sin embargo, para que estas disposiciones sigan siendo aplicables, deberán ser inscritas en el Anexo II del Reglamento 883/2004. Se especificará, asimismo, si por razones objetivas no es posible extender algunas de ellas a todas las personas a las que se aplica el Reglamento. En el caso de España, la única disposición que continúa aplicable es el artículo 45, apartado 2, del Convenio de Seguridad Social de 4 de diciembre de 1973

nio de 1 abril 1960, ratificado por Instrumento de 2 febrero 1961, BOE 23 octubre 1962, núm. 254, p. 14954); Reino Unido (Convenio de 13 septiembre 1974, ratificado por Instrumento de 31 diciembre 1974 y Acuerdo de Aplicación de 30 octubre 1974, BOE 31 marzo 1975, núm. 77, p. 6501); Suecia (Convenio y Acuerdo Administrativo de 4 febrero 1983, ratificado por Instrumento de 21 mayo 1984, BOE 12 julio 1984, núm. 166, p. 20437).

82. STJCE de 7 de febrero de 1991, (asunto C-227/89, *Rönfeldt*). Sobre las relaciones entre los Reglamentos comunitarios y los convenios bilaterales *vid.* Fernández Fernández, R.: “La protección social comunitaria de los trabajadores por cuenta propia desplazados dentro de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002, pp. 86 y ss.; Sánchez Carrión, J. L.: “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003, p. 26 y ss.; Gutiérrez-Solar Calvo, B.: “Cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de prestación de servicios en distintos países comunitarios y derecho aplicable (Comentario a la STS 4ª de 16 de marzo de 1999)”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1999, pp. 851-856.

83. En las situaciones en las que el Reglamento entra en vigor en el período situado entre la realización del riesgo y la primera fijación de la prestación, la solicitud de pensión da lugar a una doble liquidación: (a) una liquidación conforme al Convenio respecto al período anterior a la aplicación del Reglamento, (b) a la que se añade otra liquidación conforme al Reglamento en relación con el período posterior a la entrada en vigor de éste. Este es el supuesto de la STJCE de 5 de julio de 1998, (asunto C-113/1996, *Gómez Rodríguez*).

84. STJCE de 5 de febrero de 2002 (asunto C-277/99, *Kaske*), [parágrafo 27].

entre Alemania y España, y que permite la representación por autoridades diplomáticas y consulares. Concretamente dicha disposición establece que: “Las Autoridades diplomáticas y consulares de carrera de un Estado contratante podrán representar a los súbditos de su propio Estado frente a las Autoridades, Organismos y Tribunales de la Seguridad Social del otro Estado. Para ello, no será necesario presentar poder especial”. Por lo tanto, no existe disposición alguna de reconocimiento de prestaciones que continúe siendo de aplicación.

Por último, ha de tenerse en cuenta que las disposiciones de convenios bilaterales que no inciden en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 y que se mantienen en vigor entre Estados miembros no figuran en dicho Anexo II. Ello incluye las obligaciones entre Estados miembros derivadas de convenios que contemplan, por ejemplo, disposiciones relativas a la totalización de períodos de seguro cumplidos en un tercer país.

E. La doctrina *Gottardo*: aplicación de los convenios bilaterales con terceros Estados a todo nacional comunitario

Otra cuestión a tener en cuenta es la doctrina contenida en la sentencia *Gottardo*⁸⁵ que ha establecido que las disposiciones de todo convenio de Seguridad Social celebrado con un tercer país deben aplicarse también a los nacionales de los demás Estados miembros, que se encuentren en la misma situación que los nacionales del Estado miembro en cuestión. Esta doctrina arraiga en el principio de libre circulación de las personas regulada por los artículos 21.1 y 45.1 TFUE y que significa la supresión de cualquier discriminación entre sus propios nacionales y los nacionales de otros Estados miembros que hayan ejercido su derecho a la libre circulación. En la sentencia *Gottardo*, el TJUE consideró que, aunque el campo de aplicación subjetivo establecido en un convenio bilateral entre un Estado miembro de la Unión Europea y un tercer Estado se limite a los nacionales de ambos Estados signatarios, cualquier trabajador de la Unión Europea puede beneficiarse de la aplicación preferente de estos convenios bilaterales, aunque no posea la nacionalidad de este Estado.

In casu, el Tribunal de Justicia aplicó el principio establecido en el artículo 45 TFUE a una persona residente en la Unión Europea que había trabajado en Francia, Italia y Suiza. Dicha persona, que carecía de derechos suficientes para obtener una pensión en Italia, solicitó la acumulación de los períodos realizados en Suiza e Italia aplicable a los nacionales de estos países en virtud del acuerdo bilateral ítalo-suizo. El Tribunal dictaminó que, cuando un Estado miembro celebra con un tercer Estado un convenio internacional bilateral de Seguridad Social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho tercer Estado para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga al Estado miembro en cuestión a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de

85. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto *Gottardo* C-55/00; art. 351 TFUE.

dicho convenio, a menos que dicho Estado miembro pueda justificar objetivamente su denegación.

A este respecto, el Tribunal interpreta el concepto de “legislación” recogido en el artículo 1, letra l), del Reglamento 883/2004 en el sentido de que no puede llevar al menoscabo de la obligación de todo Estado miembro de respetar el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 45.2 TFUE. El Tribunal dictaminó en este caso que cuestionar el equilibrio y la reciprocidad de un convenio internacional bilateral celebrado entre un Estado miembro y un tercer Estado no puede ser una justificación objetiva para que el Estado miembro parte en dicho convenio se niegue a extender a los nacionales de los demás Estados miembros las ventajas que dicho convenio concede a sus propios nacionales. Tampoco admitió el Tribunal las objeciones que se refieren al eventual aumento de las cargas financieras ni a las dificultades administrativas ligadas a la colaboración con las autoridades competentes del tercer Estado en cuestión para justificar la inobservancia por parte del Estado firmante del convenio bilateral de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado.

En este sentido, es importante extraer todas las consecuencias de esta sentencia fundamental para los nacionales de la Unión Europea que han ejercido su derecho a la libre circulación en otro Estado miembro. En primer lugar, conviene precisar que los convenios bilaterales de Seguridad Social existentes entre un Estado miembro y un tercer Estado deben interpretarse en el sentido de que las ventajas previstas para los nacionales del Estado miembro parte en dicho convenio deben, en principio, concederse también a los nacionales de otro Estado miembro en la misma situación objetiva. Aunque lo cierto es que la aplicación de la sentencia *Gottardo* a casos específicos depende en gran medida de la cooperación de los terceros Estados, en especial porque son ellos quienes deben certificar los períodos de seguro cumplidos allí por el interesado.

Por otra parte, además de aplicar la jurisprudencia *Gottardo* a casos particulares, debe procederse a un examen de los convenios bilaterales existentes. Respecto a acuerdos que se hayan celebrado anteriormente, el artículo 351 del TFUE establece lo siguiente: “El Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado”, y el artículo 4, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea establece que “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión”⁸⁶.

Mientras que los nuevos convenios bilaterales de Seguridad Social que se celebren entre un Estado miembro y un tercer Estado deben incluir una referencia expresa al principio de no discriminación por razón de nacionalidad de los nacionales de otro

86. Decisión de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas De Seguridad Social, Nº H1, DOUE de 27-9-13.

Estado miembro que hayan ejercido el derecho a la libre circulación en el Estado miembro firmante del convenio en cuestión⁸⁷.

IV. AFILIACIÓN VOLUNTARIA: SUSCRIPCIÓN DE CONVENIO ESPECIAL POR PARTE DE TRABAJADORES DESPLAZADOS

Por último, resulta necesario considerar si la aplicación de un convenio especial permitiría minimizar ciertos detrimentos en las pensiones futuras de los trabajadores desplazados de larga duración, puesto que tales periodos de seguro voluntario se encuentran incluidos en el campo de aplicación de los Reglamentos de coordinación⁸⁸. En concreto, esta posibilidad, recogida por la Orden TAS/2865/2003, de 13 octubre, reguladora del convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social⁸⁹ (en adelante, la Orden TAS/2865/2003) consiste en suscribir un acuerdo voluntario con la Tesorería General de la Seguridad Social con el fin de generar, mantener o ampliar, en determinadas situaciones, el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, con la obligación de abonar a cargo del trabajador las cuotas que correspondan, siendo ésta una situación asimilada al alta. El convenio especial tiene como objeto la cobertura de las prestaciones correspondientes a invalidez permanente, muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y servicios sociales⁹⁰.

En este sentido, resultaría legítima la exigencia de que tales cuotas se asumieran por las empresas que los desplazan, como medio de neutralizar, en alguna medida, posibles efectos prestacionales de una movilidad a iniciativa de los empresarios y según sus necesidades⁹¹, cuyo coste no cabe trasladar a los trabajadores en detrimento de sus pensiones futuras⁹².

Desde los orígenes de esta institución, se ha distinguido dos tipos de convenios especiales: de un lado el régimen general, que constituye un remedio para todo el que cesa en el trabajo y, teniendo el número de cotizaciones previas, lo suscribe como

87. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto *Gottardo* C-55/00; art. 351 TFUE; Decisión de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas De Seguridad Social, N° H1, DOUE 27-9-13.

88. STJCE de 9 de julio 1987 (asuntos acumulados 82 y 103/86, *Laborero*) [parágrafos 17 y ss.].

89. Para un análisis de esta normativa *vid.* López Gandía, J.: *La nueva regulación del convenio especial de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

90. En efecto, el artículo 1.2 de la Orden TAS/2865/2003 recoge en su ámbito de aplicación las contingencias comunes de la acción protectora de dicho Régimen de la Seguridad Social, quedando excluidas, salvo en los supuestos en que otra cosa resulte de lo dispuesto en el Capítulo II de dicha Orden, las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo y los subsidios correspondientes a las mismas. Asimismo, tampoco se encuentra cubierto por el convenio especial la cotización y la protección por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

91. Según la descripción de Rodríguez-Piñero Royo, M.: "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 Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S. (dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, p. 352.

92. *Vid.* en relación a la reforma de los Reglamentos de coordinación, Martín-Pozuelo López, A.: "Retos actuales de la coordinación europea en materia de Seguridad Social: la (eterna) propuesta de reforma y el "Brexit"", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 439, 2019, pp. 141-170; Martín-Pozuelo López, Á.: "La coordinación comunitaria de Seguridad Social: desafíos para el año 2022", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 2, 2022.

medio de conservación de derechos; y de otro lado, los regímenes especiales, destinados a colectivos de trabajadores en situaciones específicas, como el caso del régimen especial de emigrantes⁹³.

Ciertamente la opción más favorable consiste en aplicar a los trabajadores desplazados⁹⁴ el régimen establecido en artículo 2.1.a) de la Orden TAS/2865/2003 que recoge el convenio especial del “régimen general”, en lugar del régimen especial de emigrantes recogido en la Sección 3ª (arts. 15 y ss.), cuyas bases reguladoras no permitirían lograr el objetivo expuesto, por cuanto éstas se ciñen a la base tarifada mínima⁹⁵. En cambio, la suscripción del convenio especial del régimen general, permite acceder a unas bases de cotización más elevadas, ya que el artículo 6 de la Orden TAS/2865/2003, otorga al interesado amplios derechos de opción.

Sin embargo, para aplicar dicho “régimen general” resulta necesario previamente descartar que los trabajadores desplazados deban obligatoriamente sujetarse a las disposiciones de la mencionada Sección 3ª de dicha norma. En este sentido, debemos determinar si los trabajadores desplazados en el sentido de la Ley 45/1999 quedan integrados en el concepto de emigrante que recoge la Orden TAS/2865/2003 a partir de algún elemento interpretativo⁹⁶ o referencia de ponderación sistemática⁹⁷ en el ordenamiento interno que nos permita distinguir el trabajador desplazado del emigrante, siendo necesario también tener en cuenta que el artículo 45 TFUE en materia de Seguridad Social garantiza a los trabajadores desplazados el derecho a la libertad de circulación⁹⁸, lo que impide discriminar a éstos en relación con las mejoras concedidas por la legislación nacional por razón del ejercicio de dicha libertad fundamental.

Pues bien, para comenzar, la Ley 45/1999 en su Preámbulo parte del criterio diferenciador clásico entre movilidad en el empleo y movilidad para el empleo, al que ya se ha hecho mención en el capítulo I, cuando establece que “La concepción originaria de la libertad de circulación de trabajadores tenía como finalidad que los trabajadores de un determinado Estado miembro se desplazaran a otro Estado para acceder a un empleo. Sin embargo, las prestaciones de servicios transnacionales han dado lugar a una circulación de trabajadores nueva: los desplazamientos temporales de trabajadores”⁹⁹. Mientras que del artículo 1, apartado 4º del Estatuto de los Trabajadores aporta un segundo elemento de distinción entre los trabajadores desplazados y los

93. Vid. López Gandía, J.: *La nueva regulación del convenio especial de Seguridad Social*, ob. cit., p. 44 y ss.

94. En particular, a los supuestos contemplados en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 45/1999.

95. “La base mensual de cotización en esta modalidad de convenio especial será la base mínima de cotización que en cada momento se halle establecida en el Régimen General de la Seguridad Social”.

96. La interpretación de los preceptos positivos, como proclama la STS (Sala 1ª) de 14 de octubre de 1965 (Ar. 4441), debe basarse tanto en el sentido literal de la letra estricta del texto legal, como en su sentido lógico, que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley (SSTS de 26 de noviembre de 1929, de 27 de junio de 1941 (Ar. 760), de 5 de junio de 1945 (Ar. 695) y de 27 de noviembre de 1947 (Ar. 622)).

97. “Que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico”, según las STS de 14 de junio de 1944, de 25 de enero de 1945 (Ar. 29) y de 22 de noviembre de 1956 (Ar. 3454), entre otras.

98. Vid. STJCE de 27 de noviembre de 1997 (asunto C-57/96, *Meints*) [parágrafo 50] y jurisprudencia citada en el apartado 2.4 del capítulo I.

99. Exposición de Motivos, considerando primero.

emigrantes. Esta disposición se refiere precisamente a los desplazados cuando establece que “la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas española en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables al lugar de trabajo”. De manera que este precepto recoge la aplicación extraterritorial del derecho español para la protección del trabajador español destacado al extranjero, en contraste con la situación del emigrante que no obtiene esta protección.

Encontrándose un tercer elemento de distinción en la propia legislación de Seguridad Social, en este punto la más relevante, que considera a los trabajadores desplazados en situación de asimilación a la de alta, prevista en el núm. 2 del artículo 95 de la Ley General de la Seguridad Social. Se mantiene así por parte de la empresa la obligación de cotizar mientras permanezca en el país de traslado, en los términos de la Orden del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de 27 de Enero 1982¹⁰⁰, configurando por tanto un estatuto diferenciado para el trabajador desplazado respecto del emigrante, aunque el desplazamiento se prolongue considerablemente en el tiempo.

Así pues, desde una perspectiva sistemática, los criterios contenidos en las normas referidas nos permiten llegar a la conclusión de que nuestro derecho interno recoge una noción de trabajador destacado (desplazado) para la prestación transnacional de servicios que no puede asimilarse al concepto de emigrante, al que se refiere el artículo 15 de la Orden TAS/2865/2003, que regula el régimen del convenio especial de emigrantes. De modo que, aunque el trabajador desplazado de larga duración haya dejado de considerarse como tal en el Reglamento 883/2004, pasando a una situación análoga a la del emigrante comunitario, no por ello queda integrado en el concepto de “emigrante” a los efectos de la normativa española que acabamos de analizar.

A partir de la interpretación del artículo 45 TFUE llegamos a idéntico resultado. Efectivamente, en los desplazamientos de ámbito comunitario, la posibilidad de que los trabajadores españoles vieran restringida la posibilidad de acceder a la protección ofrecida por el artículo 2.1.a) de la Orden TAS/2865/2003 precisamente por haber ejercitado su derecho a la libertad de circulación, puede erigirse como un obstáculo a la libre circulación garantizado por el Tratado¹⁰¹. Así, el Tribunal de Justicia ha considerado que el conjunto de disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio comunitario, y se oponen a las medidas nacionales que puedan situar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro¹⁰². Por ello, disposiciones que impidan o disuadan a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen, por consiguiente,

100. BOE núm. 40 de 16 de febrero de 1982.

101. Vid. STJCE de 31 de marzo de 1993, (asunto C-19/1992, *Kraus*).

102. Vid. STJCE de 7 de julio de 1988, (asunto *Stanton*, 143/1987) [parágrafo 13] y STJCE de 7 de julio de 1992, (asunto *Singh*. C-370/1990), [parágrafo 16].

obstáculos a dicha libertad aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados¹⁰³.

Por otra parte, facilitar esta opción pone solución al dilema creado en la sentencia *Crespo Rey*¹⁰⁴ a la hora de identificar la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, cuando tal base de cotización corresponda a la de un convenio especial. Concretamente, en esta Sentencia se sustancia un asunto en el que Sr. Crespo Rey celebra un convenio especial del régimen especial de emigrantes recogido en la Sección 3ª (arts. 15 y ss.) de la Orden TAS/2865/2003, desde el 1 de diciembre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2013, en virtud del cual cotizó con arreglo a la base mínima de cotización. Puesto que el período de referencia para el cálculo de la pensión de jubilación del Sr. Crespo Rey era el comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2013, la suscripción por parte del Sr. Crespo Rey del convenio especial de 1 de diciembre de 2007 tuvo como consecuencia que, a efectos de calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, el INSS tomara como referencia la base mínima de cotización.

De este modo, para definir la base de cotización pertinente respecto de este período, el INSS tomó en cuenta, con arreglo al anexo XI, rúbrica «España», punto 2, del Reglamento 883/2004, las cuotas reales abonadas por el Sr. Crespo Rey durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cuota a la Seguridad Social, esto es, las cuotas mínimas que abonó con arreglo al convenio especial de 1 de diciembre de 2007.

Por lo que se refiere al período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de noviembre de 2007, durante el cual el Sr. Crespo Rey trabajó en Suiza sin haber suscrito todavía este convenio, el INSS tomó en consideración la base de cotización en España que más se aproximaba en el tiempo a los períodos de referencia. En este sentido, el INSS consideró que esta era la base de cotización del mes de diciembre de 2007, coincidente también con la base mínima de cotización con arreglo a la cual el Sr. Crespo Rey abonó sus cuotas en el marco de dicho convenio.

Por tanto, la equiparación por parte del INSS del período cubierto por el convenio especial de 1 de diciembre de 2007 a un período de trabajo realizado en España tuvo como resultado que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación del Sr. Crespo Rey, únicamente fuera tomada en consideración la base mínima de cotización con arreglo a la cual este abonó sus cuotas en el marco de dicho convenio.

Es necesario señalar a este respecto que, antes de ejercer su derecho a la libre circulación y de suscribir el convenio especial de 1 de diciembre de 2007, el Sr. Crespo Rey cotizó al régimen de Seguridad Social español con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización utilizada en el marco de dicho convenio de emigrantes. Por tanto, las cuotas abonadas por este trabajador en el marco del convenio especial que celebró no se corresponden con las que hubiera efectivamente abonado de haber continuado ejerciendo en las mismas condiciones su actividad en dicho Estado

103. Vid. asimismo STJCE de 7 de marzo de 1991 (asunto C-10/1990, *Masgio*) [parágrafos 18 y 19].

104. STJUE de 28 de junio de 2018, C-2/17, *Crespo Rey*.

miembro. También hay que tener en cuenta que la normativa española no impone tal obligación de cotizar por la base mínima a los trabajadores sedentarios que no hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación y cuya carrera profesional se desarrolla, pues, enteramente en España. En efecto, estos tienen la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

En consecuencia, al obligar a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial a satisfacer cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización, la normativa española establece una diferencia que puede suponer para los trabajadores migrantes un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores sedentarios que realicen toda su carrera profesional en España.

En contraste, el trabajador migrante que suscribe un convenio especial es objeto de una reducción nada desdeñable del importe de su pensión de jubilación, ya que, para calcular el importe teórico de esta pensión, solo se tienen en consideración las cuotas abonadas por este último en el marco de dicho convenio, esto es, cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización.

A consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Justicia declara que el Derecho de la Unión se opone a una normativa que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial a cotizar con arreglo a la base mínima de forma que, al calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, se equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo se toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio.

En este sentido, el principio de primacía del derecho comunitario y el respeto a las libertades fundamentales establecidas en el [Tratado](#), determina la imposibilidad de restringir el acceso a la protección ofrecida por el artículo 2.1.a) de la Orden TAS/2865/2003 a los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión, pues éstos deben estar protegidos frente a diferencias negativas en su régimen jurídico a resultas del ejercicio de dicha libertad fundamental. Según viene estableciéndose en la jurisprudencia del TJCE¹⁰⁵, la normativa de Seguridad Social no puede aplicarse de forma que prive a los trabajadores que ejercen su libertad de circulación de los beneficios que dicha legislación otorga al resto de trabajadores, ni tampoco puede causar una reducción de las prestaciones concedidas en virtud de la legislación nacional.¹⁰⁶ En consecuencia, cabe concluir que, en consonancia con los principios que se extraen del ordenamiento español y comunitario, resulta ajustada a derecho la aplicación del artículo 2.1.a) de la Orden TAS/2865/2003 a los supuestos de desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuados por empresas establecidas en España regulados por la Ley 45/1999 (disposición adicional 1ª) y por la Directiva 96/71/CE. Esto implica que dichos trabajadores puedan acogerse en el momento de la suscripción del convenio especial a la posibilidad de elección de las bases de cotización establecidas por el artículo 6.2.1.a) de dicho texto legal, lo

105. Sobre la vinculación de los tribunales españoles a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia *vid.* STS de 9 de febrero de 1999 (Ar. 1685) [fundamento de derecho 3º].

106. STJCE 9 de julio de 1980 (asunto 807/79, *Gravina*); STJCE de 12 de junio de 1980, (asunto 733/79, *Laterza*).

que puede arbitrarse como un instrumento especialmente adecuado para reducir los efectos adversos en las prestaciones que pueda ocasionar el desplazamiento.

En este sentido, sería necesaria una reforma legislativa de la Orden TAS/2865/2003 que se adecuase al Derecho de la Unión o bien el INSS puede hacer una aplicación, que tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, garantice la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por este¹⁰⁷.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha puesto de manifiesto en las páginas que preceden, el desplazado amparado por las disposiciones de los artículos 12 y 16 del Reglamento 883/2004 no verá fragmentada su carrera de futuro por aplicación de la *lex originis*, si bien se enfrentará en materia de prestaciones temporales a la complejidad administrativa de la aplicación simultánea de la ley de su país de origen y la del país de destino.

En contraste, el trabajador desplazado de larga duración que supere el límite temporal de los artículos 12 y 16 del Reglamento 883/2004 quedará en una situación análoga, en lo concerniente a las bases reguladoras aplicables, a los desplazados que han sido enviados a países con los que España tenga suscritos convenios bilaterales en materia de Seguridad Social.

Dicho trabajador desplazado de larga duración queda así en peor condición que los trabajadores que hayan sido desplazados a un país con el que no exista convenio internacional suscrito con España en materia de Seguridad Social. En efecto, a estos trabajadores se les aplica la Orden del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de 27 de enero 1982¹⁰⁸, que desarrolla el artículo 125.2 LGSS para los supuestos de desplazamiento al extranjero y que permite mantener la aplicación de la legislación española durante todo el desplazamiento, aunque para las empresas esto implicará probablemente la doble cotización en España y en el país de destino. En consecuencia, la inexistencia de instrumentos de coordinación en estos casos permite mantener una situación idéntica a la que se produciría si éstos no se hubieran desplazado¹⁰⁹.

En cambio, los Reglamentos comunitarios y los convenios bilaterales no consiguen ese resultado de protección del trabajador. Es cierto que las disposiciones particulares que introducen los Estados Miembros en el Anexo XI del Reglamento 883/2004 se han justificado en razón de la necesaria protección de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Pues como ha puesto de relieve el del Comité Económico y Social Europeo:

107. STJUE de 13 de julio de 2016, *Pöpperl*, C-187/15, apartado 43 y jurisprudencia citada.

108. BOE núm. 40, de 16 de febrero de 1982.

109. Esto nos evoca el argumento de la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 5 de noviembre de 1996 (Ar. 3755), a favor de la aplicación de "bases ficticias españolas en el periodo computable real" (fundamento de Derecho 3º.D)

“Una aplicación sin cortapisas del principio de asimilación de hechos, que hace imposible cualquier limitación del legislador nacional a situaciones nacionales en el ámbito de la Seguridad Social, iría acompañada de consecuencias masivas para los sistemas de Seguridad Social”¹¹⁰.

Con todo, los Tratados comunitarios determinan que el Estado español esté sujeto a obligaciones de mayor calado que las establecidas en sus relaciones extracomunitarias¹¹¹, siendo necesario traer a colación la jurisprudencia comunitaria conforme a la cual las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Unión el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio comunitario, y se oponen a las medidas nacionales que puedan situar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro¹¹².

En este sentido, la normativa de Seguridad Social no debería aplicarse de forma que prive a los trabajadores que ejercen su libertad de circulación de los beneficios que dicha legislación otorga al resto de trabajadores, ni tampoco puede causar una reducción de las prestaciones concedidas en virtud de la legislación nacional.¹¹³ Este principio se expresa en la sentencia *Petroni*¹¹⁴, cuando declara que:

“No se alcanza el objetivo de los artículos del Tratado si, como consecuencia del ejercicio de su derecho de libre circulación, los trabajadores tuvieran que perder las prestaciones de Seguridad Social que obtendrían si hubieran trabajado en un único Estado miembro. En consecuencia, la aplicación de la normativa comunitaria no puede implicar una disminución de las prestaciones que se obtendrían de esta forma en virtud de la legislación de un sólo Estado miembro”¹¹⁵.

En definitiva, cabe concluir, que las excepciones al principio de igualdad contenidas en los Reglamentos de coordinación amparan discriminaciones que perjudican la carrera de seguro de los trabajadores desplazados –precisamente por haber ejercido su libertad de circulación en el territorio de la Unión Europea– tras el velo de disposiciones de ajuste a las particularidades de las legislaciones nacionales.

110. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y se determina el contenido de su anexo XI”, COM (2006) 7 final - 2006/0008 (COD), SOC/238, Bruselas, 14 de marzo de 2007 [apartados 1.2 y 2.3.2].

111. Vid. Gonzalo González, B.: *Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1995, para un estudio conjunto de las normas de origen comunitario, los convenios bilaterales y multilaterales, y las normas internas españolas, en materia de Seguridad Social internacional.

112. Vid. STJCE de 7 de julio de 1988 (asunto *Stanton*, 143/1987), parágrafo 13 y STJCE de 7 de julio de 1992 (asunto *Singh*. C-370/1990), parágrafo 16.

113. STJCE 9 de julio de 1980 (asunto 807/79, *Gravina*); STJCE de 12 de junio de 1980 (asunto 733/79, *Laterza*).

114. STJCE de 21 de octubre de 1975 (asunto 24/75, *Petroni*).

115. STJCE de 9 de julio de 1980 (asunto 807/79, *Gravina*); STJCE de 17 de diciembre de 1970 (asunto 35/70, *Manpower*); STJCE de 7 de noviembre de 2002 (asunto C-333/00, *Maaheimo*); STJCE de 12 de junio de 1997 (asunto C-266/95, *Merino García*); STJCE de 15 de mayo de 1984 (asunto 101/83, *Brusse*).

BIBLIOGRAFÍA

- Agís Dasilva, M.: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Álvarez Cortés, J. C.: "Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea", *Actualidad Laboral*, núm. 22, 1999.
- Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.
- Camos Victoria, I.: "Determinación de la base reguladora y cálculo de la nueva prestación de jubilación con cotizaciones en distintos Estados miembros de la Unión Europea", *Aranzadi social*, núm. 5, 1998.
- Carabelli, U.: "Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, núm. 1, 2007.
- Carrascosa Bermejo, D.: "La base reguladora de la "cuantía teórica" de los trabajadores migrantes: el caso Grajera Rodríguez", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgtos CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia (1)", *Actum*, núm. 1, 2018.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social" en García-Perrote Escartín, I. (coord.): *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pp. 533-582.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Seguridad Social de trabajadores migrantes" en García Murcia, J. y Castro Argüelles, M. A. (dirs.): *Contingencias y prestaciones de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Reus, Madrid, 2021.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas", *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.
- Carrascosa Bermejo, D. y Contreras Hernández, Ó.: *Posted Workers from and to Spain: Facts and figures*, HIVA-Instituto de Investigación para el Trabajo y la Sociedad, Leuven (Bélgica), 2022.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de coordinación comunitaria: determinación de la cuantía teórica", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Migrantes y Derecho: Problemas Actuales de la Coordinación Comunitaria de las Prestaciones Sociales en España*, Laborum, Murcia, 2006.
- Casas Baamonde, M. E.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001.
- Casas Baamonde, M. E.: "Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley", en Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S. (dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002.
- Contreras Hernández, Ó.: *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- Cornelissen, R.: "Soixante ans de coordination européenne de la sécurité sociale: réalisations, controverses et défis" en Barbier, C. y Pochet, P. (eds.): *Bilan social de l'union européenne 1999-2019: une route longue et sinueuse*, European Trade Union Institute, Bruxelles, 2019.
- Coursier, P.: *Le conflit de lois en matière de contrat de travail: étude en droit international privé français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993.
- Courtine, B. y Meynot, F.: "La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail: la rémunération du salarié détache ou expatrié", *Droit Social*, núm. 11, 1991.

- Desdentado Bonete, A.: "Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de Seguridad Social", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 1997.
- Desdentado Bonete, A.: "El problema de la determinación de la base de la pensión española en los supuestos en que el cómputo comprende períodos de cotización que se han completado en otro país de la Unión Europea", en AA.VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999.
- Desdentado Bonete, A.: "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.
- Díaz Méndez, A.: "La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Grajera o la jurisprudencia imposible", *Aranzadi Social*, núm. 8, 2000.
- Fargas Fernández, J.: *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- Fernández Fernández, R.: "La protección social comunitaria de los trabajadores por cuenta propia desplazados dentro de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002.
- Gala Durán, C.: "Desplazamientos transnacionales de trabajadores por parte de sus empresas fuera de la Unión Europea: Aspectos de Seguridad Social", en Martínez-Gijón Machuca, M. A. (coord.): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, Laborum, Murcia, 2020, pp. 251-290.
- Gárate Castro, F. J.: "Desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional: análisis y propuestas en orden a la transposición al Derecho español de las modificaciones realizadas por la Directiva (UE) 2018/957 en los artículos 1 y 3", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas", *La Mutua*, núm. 3, 2000.
- Gonzalo González, B.: *Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1995.
- Guardans i Cambó, I.: *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero, de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Aranzadi, Pamplona, 1992.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B.: "Cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de prestación de servicios en distintos países comunitarios y derecho aplicable (Comentario a la STS 4ª de 16 de marzo de 1999)", *Relaciones laborales*, núm. 2, 1999, pp. 851-856.
- Herraiz Martín, M.S.: "Seguridad Social y libre circulación. Determinación de la legislación aplicable a los trabajadores interinos desplazados en otro Estado miembro. Comentario a la STJCE, de 10 febrero 2000", *Revista del Ministerio del Trabajo y de Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000.
- Herrero Coco, C.: "La protección social de los trabajadores desplazados", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 158, 1998.
- Jiménez Sánchez, J. J.: "Marcos de las relaciones laborales en las empresas multinacionales", en Jiménez Sánchez, J. J. (dir.): *Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones sociales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- López Gandía, J.: "La Directiva comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho español", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 43-44, 1988.
- López Gandía, J.: *La nueva regulación del convenio especial de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Lousada Arochena, F.: "Las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.

- Luján Alcaraz, J.: "Determinación de la base reguladora y cálculo del importe de la pensión de invalidez (y jubilación) reconocida a emigrantes retornado", *Aranzadi Social*, núm. 4, 1996.
- Maneiro Vázquez, Y. y Miranda Boto, J.M.: "La seguridad social de los trabajadores desplazados en el Reglamento (CE) nº 883/2004" en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, 2010, pp. 225-234.
- Martín-Pozuelo López, Á.: "La pensión de los migrantes europeos: un continuo foco de problemas para España", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021.
- Martín-Pozuelo López, Á.: "Retos actuales de la coordinación europea en materia de Seguridad Social: la (eterna) propuesta de reforma y el "brexit"", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 439, 2019.
- Martín-Pozuelo López, Á.: "La coordinación comunitaria de Seguridad Social: desafíos para el año 2022", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 2, 2022.
- Martín-Pozuelo López, Á.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Matorras Díaz-Caneja, A.: "La protección del trabajador desplazado en la Unión Europea", *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 49, 2000.
- Menéndez Sebastián, P.: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- Miranda Boto, J. M.: "Desplazamientos transnacionales de trabajadores: la perspectiva de Seguridad Social" en Gárate Castro, F. J. (coord.): *Desplazamientos transnacionales de trabajadores: Estudios sobre la Directiva 96/71/CE*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 267-276.
- Morgenstern, F.: *International conflicts of labour law: a survey of the law applicable to the international employment relation*, International Labour Office, Genève, 1986.
- Ojeda Avilés, A.: "El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2000.
- Pennings, F.: *European Social Security Law*, Intersentia, Antwerp (Bélgica), 2022.
- Pérez Guerrero, M. L. y Quintero Lima, M. G. (dirs.): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, Laborum, Murcia, 2020.
- Rabanal Carbajo, P. F.: "Trabajadores nacionales españoles desplazados temporalmente y legislación aplicable", *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense* núm. 1, 2003.
- Rodríguez-Piñero Royo, M.: "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 Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S. (dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002.
- Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional", *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017.
- Rojas Castro, M.: "Pérdida de derechos migrantes por desconocimiento desde abajo y por discriminación desde arriba", en AA.VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999.
- Sánchez Carrión, J. L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El derecho social comunitario. Los reglamentos comunitarios", en Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Laborum, Murcia, 2017.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La coordinación de sistemas de Seguridad Social y el derecho de libre circulación: del Reglamento 3/58 al Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.):

Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea, Laborum, Murcia, 2021.

Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021.

Valdés Dal-Ré, F.: "The European Court of Justice and the Spanish Labour and Social Security Courts: two examples", en Sciarra, S. (ed.): *Labour law in the Courts: national judges and the European Court of Justice*, Hart, Oxford-Portland, 2001.

Velázquez Fernández, M.: "Los desplazamientos transnacionales de las personas trabajadoras: novedades y desafíos de la transposición de la Directiva 2018/957/UE al ordenamiento jurídico español", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 461-462, 2021, DOI: <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2456>



Régimen de Seguridad Social aplicable a los desplazamientos fuera de la Unión y a los trabajadores extracomunitarios

SOCIAL SECURITY RULES APPLICABLE TO WORKERS POSTED OUTSIDE THE UNION AND TO NON-EU WORKERS

Juan López Gandía

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Politécnica de Valencia

jualogan@urb.upv.es 0000-0001-6962-9112

Recibido: 07.11.2022 | Aceptado: 11.12.2022

RESUMEN

Los Reglamentos comunitarios de coordinación –al fundarse en el derecho a la conservación de derechos de Seguridad Social en curso de adquisición en otro Estado– llevan la Seguridad Social más allá de la estrecha territorialidad de los regímenes nacionales. La aplicación extraterritorial de las disposiciones comunitarias en materia de seguridad social radica en la posibilidad que ofrece el Reglamento 883/2004 de totalización de periodos de seguro fuera del territorio comunitario. Por otra parte, los nacionales de terceros Estados, desplazados en el ámbito de la Unión Europea se benefician del sistema de coordinación comunitario por mor del Reglamento 1231/2010. Además, los convenios bilaterales y multilaterales han sido la vía tradicionalmente utilizada para solventar los déficits de protección de Seguridad Social resultantes de la movilidad transnacional de trabajadores en el ámbito extracomunitario a o desde España y se aplicarán siempre que constituya una norma más beneficiosa que las normas comunitarias.

ABSTRACT

The EU Coordination Regulations –by being based on the right to preserve Social Security rights in the course of acquisition in another State– take Social Security beyond the narrow territoriality of national regimes. The extraterritorial application of EU provisions on social security lies in the possibility offered by Regulation 883/2004 of totalizing periods of insurance outside EU territory. On the other hand, third-country nationals posted within the European Union benefit from the community coordination system by virtue of Regulation 1231/2010. In addition, bilateral and multilateral agreements have been the way traditionally used to solve Social Security

PALABRAS CLAVE

Seguridad Social
Desplazamiento de trabajadores
Trabajadores extracomunitarios
Convenios internacionales
Acuerdos de Asociación

KEYWORDS

Social security
Posting of workers
Non-community workers
International agreements
Association agreements

protection deficits resulting from the transnational mobility of posted workers from or to Spain. Such Agreements will be applied when they result more beneficial for the employee than EU rules.

SUMARIO

- I. RÉGIMEN COMUNITARIO DE LOS DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
 - II. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN
 - A. Trabajadores desplazados a/desde Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein
 - B. Trabajadores desplazados a/desde Turquía, Argelia, Marruecos y Túnez
 - C. Períodos de seguro cumplidos fuera del territorio comunitario con mantenimiento de la *lex originis* en virtud de la legislación nacional
 - III. EL REGLAMENTO 859/2003: EXPANSIÓN JURÍDICA Y ECONÓMICA DEL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS
 - IV. CONVENIOS MULTILATERALES Y BILATERALES APLICABLES A LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS A/DESDE ESPAÑA
 - A. Principios comunes
 - B. Inexistencia de convenio o existente, pero de protección inferior
- Bibliografía

I. RÉGIMEN COMUNITARIO DE LOS DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

77

Es conocido que uno de los cimientos sobre los que se sustenta el sistema de coordinación comunitario reside en el principio de unidad de la ley aplicable o de unicidad¹. El principio de unicidad consiste en la aplicación de un único sistema nacional a las personas sujetas a su ámbito de aplicación, lo que conlleva la prohibición de sometimiento simultáneo a la legislación de varios países. Precisamente, el Título II de Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (en adelante, el Reglamento 883/2004)², dedicado a la determinación de la legislación aplicable, se inicia con la enunciación de dicho principio cuando dispone que “las personas a las cuales sea aplicable este Reglamento estarán sometidas sólo a la legislación de un único Estado miembro”³.

En este sentido, los desplazamientos de trabajadores se verían obstaculizados si existiese una dualidad de legislaciones implicadas, o incluso, una doble cotización.

1. Sobre la aplicación de este principio puede consultarse Gutiérrez-Solar Calvo, B.: “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2000, p. 34.

2. Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Texto consolidado en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A02004R0883-20140101> [acceso: 02/05/2022].

3. Artículo 11.1 del Reglamento 883/2004.

De ahí que las disposiciones del Reglamento 883/2004 se encarguen de identificar, mediante un criterio único, la legislación nacional aplicable al trabajador desplazado. Este es uno de los objetivos, por tanto, que persigue el Reglamento 883/2004 cuando trata de resolver los conflictos de ley negativos y positivos en materia de Seguridad Social, y más concretamente el objetivo del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, cuya finalidad última es la de favorecer la libre circulación de los trabajadores y la libre prestación de servicios⁴.

Ahora bien, dado que sólo debe aplicarse una legislación, resulta necesario identificar cuál ha de ser el Estado cuya normativa deberá aplicarse: si la del país de envío o la del país de acogida. La regla general establece que corresponde aplicar la legislación del Estado donde el trabajador presta sus servicios (la *lex loci laboris*). Esta regla emana del principio de territorialidad de las leyes de Seguridad Social en razón del carácter público de las normas y del arraigo contributivo de los sistemas de protección social⁵. Este principio está contenido en el artículo 11.1 del Reglamento 883/2004 cuando declara que “La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de ese Estado”.

Sin embargo, la aplicación de la *lex loci laboris* no suele resultar favorable para los trabajadores desplazados ni para sus empresas, lo que lleva al Reglamento 883/2004 a excepcionar este principio cuando regula la situación jurídica de éstos. Con ello, trata de evitarles interrupciones en la carrera de seguro, que en muchos casos, no tienen una contrapartida en el orden prestacional⁶, así como complicaciones administrativas y costes adicionales a sus empleadores⁷.

Ciertamente, resulta más eficaz prevenir la fragmentación de la carrera de seguro que efectuar una totalización *a posteriori* de los periodos cotizados en varios países⁸. En efecto, la totalización, aunque atenúe dicho impacto, no evita todos los posibles perjuicios, teniendo en cuenta que la empresa puede desplazar al mismo trabajador a distintos países y por periodos demasiado breves como para generar derechos prestacionales “autónomos”, lo que implica una diversidad de cotizaciones y de países de difícil conjugación, a lo que debe añadirse los problemas asociados a los sistemas de cálculo de dichas pensiones totalizadas.

4. Vid. STJCE de 10 de febrero de 2000 (C-202/97, *FTS*), [parágrafo 28]; STJCE de 15 junio 2000 (asunto C-404/98, *Josef Plum*), parágrafo 19.

5. Vid. en este sentido, Álvarez Cortés, J. C.: “Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1999, pp. 437-448; y Prétot, X.: “Le travailleurs detaches et expatriés et la Sécurité sociale”, *Droit Social*, núm. 12, 1991, p. 869.

6. La sentencia *Van der Vecht* (STJCE de 5 de diciembre de 1967, asunto 19/67) es taxativa cuando declara que “el artículo 12 prohíbe a un estado miembro aplicar su legislación de Seguridad Social a tal trabajador, cuando de esa manera se produzca en un aumento de los costes soportados por trabajadores o sus empleadores, sin que se produzca una correlativa protección adicional en el ámbito de la Seguridad Social”.

7. Vid. Gutiérrez-Solar Calvo, B.: “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, ob. cit., p. 34.

8. Es decir, “integrar y no recomponer, actuar *ex ante* y no *ex post*”, en palabras de García de Cortázar y Nebreda, C.: “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas”, *La Mutua*, núm. 3, 2000, p. 10.

De esta forma, por aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 12 del Reglamento 883/2004, cuando un trabajador es desplazado por su empresa a otro país comunitario seguirá sometido a la legislación de su Estado de origen, con los subsiguientes efectos favorables, en materia prestacional, para la conservación de derechos en curso de adquisición.

El mantenimiento del vínculo laboral con la empresa en el país de origen resulta imprescindible para garantizar la continuidad de la afiliación en dicho país⁹. En consecuencia, la suspensión o extinción del contrato original y la posterior suscripción de un contrato con la empresa de destino, práctica habitual en desplazamientos efectuados por empresas pertenecientes a grupos multinacionales¹⁰, impediría la aplicación del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004. En tales supuestos, el trabajador deberá necesariamente realizar sus cotizaciones en el país de destino. Igual consecuencia cabe extraer en aquellos supuestos en los que la realidad de vínculo con la empresa del país de origen quede desvirtuada, por ausencia del elemento constitutivo de la dependencia. En definitiva, el Reglamento 883/2004 en el ámbito del desplazamiento de trabajadores sacrifica el principio de la *lex loci laboris* para garantizar el principio de continuidad jurídica, a fin de salvaguardar las *esencias* del principio de unicidad. Con ello se alcanza un triple objetivo que ya hemos adelantado: evitar la doble cotización a las empresas, evitar efectos disruptivos en la carrera de seguro a los trabajadores y evitar dificultades de gestión administrativa a los Estados¹¹.

Como contrapartida a los beneficios que se acaban de describir, es necesario reseñar que la aplicación de la *lex originis* a los trabajadores desplazados introduce una cierta complejidad administrativa en el reconocimiento y abono de prestaciones temporales a estos trabajadores a raíz, en este caso, de la aplicación simultánea de las leyes del Estado de acogida y de origen. El Reglamento 883/2004 trata, en todo caso, de coordinar la aplicación conjunta de ambas legislaciones, perfeccionando una serie de mecanismos ya desarrollados en el ámbito de los convenios multilaterales y bilaterales en materia de Seguridad Social. Realizaremos en este sentido una somera referencia al régimen general en materia de prestaciones temporales, pues tras la supresión

9. Vid. Prétot, X.: "Le travailleurs detaches et expatriés et la Sécurité sociale", ob. cit., pp. 873 y ss.

10. Sobre las prácticas empresariales que suspenden el contrato de trabajo previamente al desplazamiento vid. De Juan Juan, A.: "Expatriados europeos: la imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España", *Revista Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, pp. 167-176. Vid. también García-Perrote Escartín, I.: "Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Obligaciones impuestas a los empresarios por la Ley 45/1999, de 29 noviembre", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 17, 2005, pp. 353-404.

11. A esto precisamente se refiere la Decisión N° A2 de 12 de junio de 2009 relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente (2010/C 106/02), cuando establece que estas normas están destinadas a evitar, tanto a los trabajadores como a los empresarios y a las instituciones de la Seguridad Social, las complicaciones administrativas que resultarían de la aplicación de la norma general contenida artículo 11, apartado 3, letra a), de dicho Reglamento. Vid. Maretti, S.: "Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi", *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, núm. 221, 2000, pp. 230 y ss. Pochet P. (dir.): *Bilan social de l'union européenne 1999-2019: une route longue et sinueuse*, Institut syndical européen (ETUI) et Observatoire social européen (OSE), Bruxelles, 2020.

de artículo 22 *ter* del Reglamento 1408/71 por parte del Reglamento 631/2004¹² ya no se contenían disposiciones específicas en materia prestacional en el Reglamento 1408/71 dirigidas específicamente a los trabajadores desplazados, ni tampoco posteriormente en el Reglamento 883/2004¹³.

Para comenzar, en virtud del artículo 19 del Reglamento 883/2004, el trabajador desplazado, que no es un residente sino que por la naturaleza de su actividad se encuentra en un régimen de estancia, tendrá derecho a todas las prestaciones de asistencia sanitaria establecidas en la legislación del país de destino siempre que su estado desde un punto de vista médico así lo requiera, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia¹⁴. La asistencia sanitaria en especie le será prestada, por cuenta de la Seguridad Social de su país de origen, por los servicios sanitarios de lugar de prestación de servicios de acuerdo con la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose, sin embargo, la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado de origen. Por otra parte, las prestaciones económicas de incapacidad temporal, maternidad y de paternidad le serán abonadas directamente por la Seguridad Social de su país de origen de acuerdo con su legislación. No obstante, previo acuerdo entre ambos Estados, podrá proceder al pago de las mismas el Estado de acogida, a cargo del Estado de origen, según las disposiciones de la legislación de este último (art. 21.1 del Reglamento 883/2004).

Por lo que respecta a los subsidios familiares de carácter temporal, éstos se regularán por la legislación de su país de origen, con independencia del lugar en el que residan los miembros de su familia, de modo que si éstos también se desplazan al país de prestación de los servicios tales derechos permanecen inalterados¹⁵. En este sentido, el artículo 67 del Reglamento 883/2004 establece que estas prestaciones “serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente”.

Por último, y en cuanto a la prestación de desempleo, el trabajador desplazado podrá tener derecho a las prestaciones establecidas en la regulación de estado de origen o bien a las prestaciones del país de acogida. En este último caso, será necesario que el trabajador haya trasladado a dicho Estado su residencia, se halle en paro y se ponga a disposición de los servicios de empleo en el territorio de dicho Estado miembro. De

12. Reglamento (CE) 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, por el que se modifica Reglamento (CEE) núm. 1408/71, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y Reglamento (CEE) núm. 574/72, de 21 de marzo de 1972, que establece las modalidades de aplicación Reglamento (CEE) núm. 1408/71, en lo que se refiere a la armonización de los derechos y la simplificación de los procedimientos, D.O. nº L 100 6 de abril de 2004, p. 1.

13. El Reglamento 631/2004 realiza una labor de igualación de los derechos de las personas protegidas en materia de asistencia sanitaria, que previamente se veían sometidas a regímenes dispares, y cuya complejidad práctica era considerable. En este sentido, Vives Caballero, M.: “Seguridad social y constitución europea: presente y futuro”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 2005, p. 36.

14. Análogo procedimiento es aplicable en el caso de incapacidad temporal de origen profesional, de conformidad con la regulación contenida en el artículo 36 y siguientes del Reglamento 883/2004.

15. *Vid.* en este sentido la STJUE de 7 de noviembre de 2002 (asunto C-333/00, *Maaheimo*).

no haber trasladado su residencia, tales prestaciones le serán abonadas, en cambio, por la institución de Seguridad Social del Estado de origen cuando dicho trabajador se halle en paro parcial o total, siempre que continúe a disposición de su empresario o de los servicios de empleo en el territorio del Estado origen (arts. 64 y 65 del Reglamento 883/2004). Nótese, en este sentido, que el Reglamento 883/2004 en su artículo 65, apartado 2, se contempla posibilidad de que las personas en situación de desempleo total puedan, como medida complementaria, ponerse a disposición simultáneamente tanto de los servicios de empleo del Estado de origen y de destino, lo que posibilita su posible inserción en el mercado de trabajo de cualquiera de los dos países.

II. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN

Mientras que los regímenes nacionales de Seguridad Social tienen un carácter marcadamente territorial, los Reglamentos comunitarios de coordinación –al fundarse en el derecho a la conservación de derechos de Seguridad Social en curso de adquisición en *otro* Estado– llevan la Seguridad Social más allá de la estrecha territorialidad de los regímenes nacionales¹⁶. Con dicha finalidad, coordinan de forma directa los sistemas de Seguridad Social de treinta y un países: los veintisiete Estados Miembros de la Unión Europea, junto con Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. En este sentido, el desplazamiento transnacional de trabajadores, regulado por el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, es *per se* una situación especial de *extraterritorialidad* intracomunitaria, tal como ha sido puesto de relieve la doctrina¹⁷, pues el mantenimiento de la protección de país de origen rompe en este caso el juego de los principios tradicionales de territorialidad y de la *lex loci laboris*.

El Reglamento (CE) 883/2004 tiene por objeto asegurar la libre circulación de los trabajadores dentro de la UE, de modo que su ámbito extraterritorial “natural” concierne fundamentalmente al territorio de la Unión Europea. Sin embargo, tal extraterritorialidad interna se superpone a una extraterritorialidad *externa* al entrar en conexión con los espacios jurídicos de otros instrumentos internacionales, ya sean convenios bilaterales suscritos entre países comunitarios, normas nacionales, o acuerdos, que en el ejercicio de sus relaciones exteriores, ha concluido la Unión Europea con terceros países, que incorporen provisiones en materia de Seguridad Social¹⁸.

Por aplicación de dichos instrumentos se está produciendo un progresivo acercamiento jurídico a Estados extracomunitarios desde/a los que emigrar o desplazar trabajadores, resultando aplicables, en alguna medida, los beneficios del Reglamento

16. Sobre el ámbito territorial del Reglamento 1408/71 *vid.* Sempere Navarro, A. V.: “Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 1997, pp. 171-173.

17. *Vid.* Álvarez Cortés, J.C.: “Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea”, *ob. cit.*, p. 443.

18. Gonzalo González, B.: *Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995, p. 21, distingue tres fuentes de producción del Derecho Internacional de Seguridad Social: la del Derecho interno, la constituida por las normas internacionales pactadas, y la internacional uniforme.

(CE) 883/2004. Por otra parte, la adopción del Reglamento (CE) nº 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se ampliaron las disposiciones de los Reglamentos de coordinación a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas¹⁹ (en adelante el Reglamento 859/2003), resultó clave en el desarrollo y expansión del desplazamiento de trabajadores extracomunitarios, pues ha permitido simplificar considerablemente los trámites administrativos, evitando, por otra parte, situaciones de colisión entre ordenamientos que pudieran provocar situaciones de doble cotización. Un Reglamento que, cuando se adoptó el Reglamento 883/2004, fue sustituido por el Reglamento (UE) 1231/2010, de 24 de noviembre, que amplía la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril de 2004 y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos²⁰.

Por tanto, el análisis de todos estos instrumentos va a permitirnos identificar cada uno de los nuevos territorios *conquistados* por el Reglamento (CE) 883/2004 más allá del territorio de la Unión, permitiéndonos dibujar, como hemos dicho, un sucinto mapa geográfico y personal en el que enmarcar las normas en materia de desplazamiento de trabajadores.

A. Trabajadores desplazados a/desde Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein

Si bien a nivel subjetivo la ampliación de derechos operada por el Reglamento 859/2003 excede considerablemente de lo establecido en los Acuerdos de Asociación suscritos por la Unión con terceros países, para su aplicación se exige que la prestación de servicios se produzca en territorio comunitario. De modo que, en el caso de desplazamientos de trabajadores entre países comunitarios y tales Estados, la aplicación de los Acuerdos de Asociación pueden reportar beneficios desde un punto de aplicación territorial. Existen, sin embargo, considerables diferencias en cuanto al alcance de los mismos, pues mientras que los concluidos con los países del Espacio Económico Europeo y Suiza permitirá el establecimiento de un régimen equiparable al del Reglamento (CE) 883/2004, no así en los restantes casos, en los que los efectos jurídicos en materia de Seguridad Social resultan más limitados.

Así, es obligado comenzar este apartado realizando una primera mención al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo²¹ (en adelante el Acuerdo EEE), pues éste constituye una de las extensiones más importante de la regulación contenida en el

19. Para un estudio en profundidad de este Reglamento puede consultarse Gómez Abelleira, F. J., y Quintero Lima, M.G.: "La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2004, pp. 1115-1136.

20. DOL de 29 de diciembre de 2010, núm. 344 [p. 1].

21. Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo firmado el 2 de mayo de 1992, aunque entró en vigor el 1 de enero de 1994, (DOL núm. 1, de 3 de enero de 1994, p. 327). *Vid.* versión consolidada en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A01994A0103%2801%29-20210315> (acceso: 02/03/2022).

Reglamento (CE) 883/2004 a países no comunitarios, en este caso, a Islandia, Liechtenstein y Noruega. En efecto, el Acuerdo EEE vincula desde sus orígenes la efectividad de la libertad de circulación de los trabajadores al establecimiento de mecanismos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Dicha regulación se acompaña de las garantías necesarias para que los nacionales de los países signatarios del mismo disfruten de derechos análogos a los establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) en lo que se refiere a la libertad de circulación, incluyendo una prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, en términos parejos a la contenida en el artículo 45 TFUE²².

Lo mismo ocurre con el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza (en adelante, el Acuerdo UE- Suiza)²³, que replica el contenido y el espíritu del *acquis* de la UE en materia de libertad de circulación de trabajadores, otorgando a los ciudadanos suizos un catálogo similar de derechos a los de los nacionales comunitarios.

En consecuencia, la protección social de los trabajadores desplazados a/desde Suiza, Noruega, Islandia, Liechtenstein quedará sujeta a la aplicación extraterritorial del artículo 12.1 en el Reglamento 883/2004, en virtud de tales Acuerdos, lo que permitirá que éstos permanezcan sometidos a la legislación de su país de origen durante el periodo de desplazamiento. De otro lado, si el periodo de desplazamiento supera los dos años por aplicación de un acuerdo suscrito en virtud del artículo 16 en el Reglamento 883/2004, y el trabajador se ve obligado a cotizar en el país de destino, el Reglamento 883/2004 favorecerá la reconstrucción de su carrera de seguro, tal y como ocurre con los trabajadores migrantes. Por último, puesto que ni el Acuerdo EEE ni el Acuerdo Suiza-UE contiene referencia alguna a las disposiciones contenidas en los artículos 18 a 25 TFUE sobre la ciudadanía de Unión Europea que se reserva a los nacionales de los Estados comunitarios, los nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza no podrán acogerse a las extensiones subjetivas que en ausencia de conexiones económicas con la libre circulación puedan emanar directamente de tal estatus de ciudadanía²⁴.

B. Trabajadores desplazados a/desde Turquía, Argelia, Marruecos y Túnez

Cabe considerar el Acuerdo UE-Turquía el siguiente en importancia, aunque en modo alguno equiparable a los anteriores, pues se encuentra más cercano normativamente

22. Así, en los artículos 28, 29 y 30 del Acuerdo EEE, se reproduce el texto del artículo 45 TFUE y las disposiciones clave del derecho derivado relativo a la libre circulación de trabajadores confiriendo a los nacionales del EEE el mismo derecho a trabajar y a la igualdad de trato en la UE, que los trabajadores comunitarios. *Vid.* Álvarez Cortés, J. C.: "Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, pp. 65-92; Hedemann-Robinson, M.: "An Overview of Recent Legal Developments at Community Level in Relation to Third Country Nationals Resident Within the European Union, with Particular Reference to the Case Law of the European Court of Justice", *Common Market Law Review*, vol. 38, núm. 3, 2001, pp. 525-586.

23. Que entró en vigor el 1 de junio de 2002 (DO núm. L 114 de 30 de abril de 2002, p. 6.). *Vid.* versión consolidada en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A02002A0430%2801%29-20210101>.

24. Siendo el caso paradigmático la STJUE de C-85/96 (*Martínez Sala*, Rec. I-2691).

a los acuerdos concluidos con países del Magreb que a los concluidos con Suiza o con los países del EEE; si dejamos al margen los acuerdos de asociación concluidos con países de Europa Oriental, cuya regulación de Seguridad Social perdió virtualidad en el momento en que gran parte de dichos países se convirtieron en miembros de la UE²⁵. Así, el Protocolo Adicional del Acuerdo de Asociación con Turquía, que se anexa en el Reglamento (CEE) nº 2760/72²⁶, contiene en su Título II (artículos 36 a 40), disposiciones referidas a la libertad de circulación de trabajadores. Su puesta en práctica se estableció de forma muy gradual a lo largo de varias décadas²⁷, sin que hasta la fecha ésta se haya completado. Posteriormente, en la Decisión nº 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía²⁸, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación, se desarrollaron dichas disposiciones²⁹, (en particular en la Sección 1 del Capítulo II), aunque tampoco en esta norma ha hecho posible una realización plena de la libertad de circulación³⁰. Así, en materia de Seguridad Social, la Decisión nº 3/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía, de 19 de septiembre de 1980, relativa a la aplicación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la CE a los trabajadores turcos y a sus familias³¹ (en adelante la Decisión 3/80), recoge de

25. Actualmente, son relevantes los Acuerdos de Estabilización con los países balcánicos (Macedonia, Albania, Montenegro, Serbia, Bosnia y Herzegovina y Kosovo) y los Acuerdos de Cooperación con Moldavia, Ucrania y Rusia.

26. Reglamento (CEE) nº 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, por el que se celebra el Protocolo Adicional así como el Protocolo Financiero, firmados el 23 de noviembre de 1970, anejos al Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía y relativo a las medidas que deben adoptarse para su entrada en vigor (DO nº L 293 de 29 de diciembre de 1972, p. 1) en el que se desarrolla el Acuerdo de Asociación EEC - Turquía (1963), en lo relativo a los derechos de los migrantes turcos que se desplazan en el interior de la Comunidad firmado el 12 de Septiembre de 1963, y que entró en vigor el 1 de diciembre de 1964 (*Official Journal EEC* 1964, L 293).

27. En el artículo 36 del Acuerdo UE-Turquía se establece que “la libre circulación de los trabajadores entre los Estados miembros de la Comunidad y Turquía se realizará gradualmente, con arreglo a los principios enunciados en el artículo 12 del Acuerdo de Asociación, entre el final del décimo segundo y del vigésimo segundo años siguientes a la entrada en vigor del mencionado Acuerdo”.

28. A tenor de la STJUE de 10 de septiembre de 1996, asunto C-277/94, *Taflan-Met*, “del artículo 6, del apartado 1 del artículo 22 y del artículo 23 del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía se deduce que las Decisiones del Consejo de Asociación son actos adoptados por un órgano previsto por el Acuerdo, y al dar aplicación a los objetivos fijados por el Acuerdo, dichas Decisiones obligan a las Partes Contratantes”.

29. En ésta se recogen preceptos similares a los contenidas en los artículos 48, 49 y 50 del Tratado CE, y por ello, el Tribunal de Justicia ha considerado “indispensable aplicar, en la medida de lo posible, a los trabajadores turcos los principios admitidos en el marco de estos artículos del Tratado”, [STJUE de 6 de junio de 1995 (asunto C-434/93, *Bozkurt*), parágrafos 14, 19 y 20; y STJUE de 23 de enero de 1997 (asunto C-171/95, *Tetik*), parágrafo 20]. No obstante, esta declaración de principios, el Tribunal ha aclarado que los trabajadores turcos no tienen derecho a circular libremente dentro de la Comunidad, sino que gozan únicamente de ciertos derechos en el Estado miembro de acogida en cuyo territorio hayan entrado legalmente y donde hayan ejercido un empleo legal, [STJUE de 23 de enero de 1997 (asunto C-171/95, *Tetik*), parágrafo 29]. De este modo, la Decisión nº 1/80 no afecta la competencia de los Estados miembros para regular tanto la entrada en su territorio de los ciudadanos turcos, ni las condiciones de su primer empleo, sino que únicamente regula, en su artículo 6, la situación de los trabajadores turcos ya legalmente integrados en el mercado de trabajo de los Estados miembros, [STJUE de 16 de diciembre de 1992, (C-237/91, *Kus*), parágrafo 25].

30. Por otra parte, los derechos conferidos por el Acuerdo no resultan aplicables si el trabajador deja estar en activo, como consecuencia de un accidente laboral, por ejemplo, según dictaminó el Tribunal de Justicia en su STJUE de 6 de junio de 1995, que en su parte dispositiva declara: “La Decisión nº 1/80 no confiere al nacional turco, que haya pertenecido al mercado legal de trabajo de un Estado miembro, el derecho a permanecer en el territorio de este Estado después de haber sido víctima de un accidente de trabajo que le ha producido una incapacidad laboral permanente”, [Asunto C-434/93, *Bozkurt*, parte dispositiva de la sentencia].

31. DO nº C 110, 25 abril 1983 p. 1. Esta norma comparte la misma referencia de publicación que la Propuesta de Reglamento para la ejecución en la Comunidad Económica Europea de dicha Decisión (*Vid.* nota siguiente), por tanto,

manera simplificada el contenido originario del Reglamento 1408/71. Sin embargo, a falta de ulteriores medidas de ejecución que permita su aplicación, como es el caso de las contenidas en el Reglamento 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, las disposiciones de la Decisión nº 3/80 carecen de virtualidad. En efecto, tanto la falta de desarrollo normativo la Decisión nº 3/80, como el carácter programático de las disposiciones del Acuerdo CE-Turquía hizo que el Tribunal de Justicia negase, en la sentencia *Taflan-Met*³², la aplicabilidad de las medidas de coordinación contenidas en esta Decisión, habiendo faltado hasta el momento voluntad política en el Consejo para llevar a cabo dicho desarrollo, a pesar de la propuesta presentada por la Comisión Europea en este sentido³³.

Por ello, en la actualidad la regulación de Seguridad Social aplicable a los trabajadores desplazados a/desde Turquía se circunscribe al principio de no discriminación que se contiene en el apartado primero del artículo 3 de la Decisión nº 3/80, que sí que ha desplegado plenos efectos jurídicos. El efecto directo de esta disposición ha sido reiterado por el Tribunal en varias ocasiones³⁴, considerando que ésta no requiere de desarrollo alguno para ser aplicable, por ser un principio suficientemente preciso e incondicional, operativo para ser aplicado por un Juez nacional, y, por lo tanto, apto para regular la situación jurídica de los particulares. Esto significa que un desplazado turco en el ámbito de aplicación de la Decisión nº 3/80 debe ser tratado jurídicamente del mismo modo que los nacionales del Estado miembro de acogida; por lo que la legislación de ese Estado miembro no puede supeditar la concesión de un derecho a requisitos adicionales o más rigurosos en relación con los aplicables a sus propios nacionales, respecto de prestaciones generadas (*únicamente*) en virtud de la legislación de ese Estado.

Este principio de no discriminación también alcanza a otros nacionales desplazados extracomunitarios, y en particular, a los nacionales de países con los que la Unión Europea ha concluido acuerdos de asociación, y que incluyen disposiciones de no discriminación en materia de Seguridad Social, como los concluidos con la

publicada en la serie C (Comunicaciones e informaciones). También Álvarez Cortés, J. C., "Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes", ob. cit., refiere las dificultades de publicación de la misma aportando idéntica fecha en su nota 60, p. 81. Otros documentos que se refieren a ella también citan dicha referencia de publicación, como por ejemplo, la STJUE de 28 de abril de 2004 (asunto C-373/02, *Öztürk*), parágrafo 10, o la STJUE de 14 de marzo de 2000 (asuntos acumulados C-102/98 y C-211/98, *Kocak*) parágrafo 1. En todo caso, tanto la Decisión 1/80 de desarrollo del Acuerdo de Asociación CE - Turquía como la Decisión nº 3/80, de 19 de diciembre sobre la aplicación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la CE a los trabajadores turcos y sus familias se firmaron el 19 de septiembre y entraron en vigor el 1 de diciembre de 1980.

32. STJUE de 10 de septiembre de 1996 (asunto C-277/94, *Taflan-Met*). En este pronunciamiento, el Tribunal de Justicia describe los requisitos necesarios para que las decisiones del Consejo de Asociación EU-Turquía tengan efecto directo, sin embargo, considerando que éstos no concurren en las disposiciones de la Decisión nº 3/80 puesto que ésta "no ha sido completada y desarrollada por un acto posterior del Consejo, del mismo modo que el Reglamento 1408/71 requirió posteriormente a su promulgación de medidas de aplicación" (contenidas el Reglamento 574/72).

33. *Proposal for a Council regulation (EEC) implementing within the European Economic Community Decision no 3/80 of the EEC - Turkey association council on the application of the social security schemes of the member states of the European Communities to Turkish workers and members of their families* (COM/83/13 final - *Official Journal* C 110, 25/04/1983 p. 1).

34. STJUE de 4 de mayo de 1999 (asunto C-262/96, *Sürül*), parte dispositiva y parágrafo 74, y STJUE de 14 de marzo de 2000 (asunto *Kocak y Örs*, asuntos acumulados C-102/98 y C211/98) [parágrafos 35 y 36].

Asociación con Argelia³⁵, Marruecos³⁶, o Túnez³⁷, en todo caso referidas a prestaciones contributivas. Sin embargo, en los desplazamientos de trabajadores a/desde los países mediterráneos mencionados las empresas no podrían beneficiarse de la posibilidad ofrecida por el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 para mantener las cotizaciones en sus respectivos países de origen. Sin embargo, esta opción sí está prevista por un convenio bilateral al efecto tanto con Marruecos como con Túnez³⁸.

En el caso de Turquía, a pesar de que la Decisión nº 3/80 en su Título II remite directamente a los artículos 13.1, 13.2. a) y b), 14, 15 y 17 del Reglamento 1408/71, donde se encuentran normas relativas al desplazamiento de trabajadores, éstas no podrán ser aplicadas en relación a desplazamientos desde/a este país, mientras falte el desarrollo normativo necesario para que la Decisión nº 3/80 tenga plenos efectos. Por lo tanto, en materia de prestaciones, la aplicación del principio de no discriminación incorporado a los Acuerdos con estos países, permitirá a estos nacionales –en el Estado miembro de su residencia y en virtud únicamente de la legislación de ese Estado– acceder a prestaciones contributivas de Seguridad Social en las mismas condiciones que las establecidas para los nacionales del Estado miembro de acogida, mientras que el Reglamento 859/2003 permitirá la totalización de periodos entre Estados Miembros, es decir, el reconocimiento de los derechos adquiridos dentro del ámbito comunitario, encontrándose este derecho también previsto en los Acuerdos de Asociación con Argelia, Marruecos o Túnez³⁹.

C. Períodos de seguro cumplidos fuera del territorio comunitario con mantenimiento de la *lex originis* en virtud de la legislación nacional

86

Otro aspecto a considerar en relación a la aplicación extraterritorial de las disposiciones comunitarias en materia de Seguridad Social radica en la posibilidad que ofrece el Reglamento 883/2004 de totalización de periodos de seguro fuera del territorio comunitario. Así, a diferencia de las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación, que requieren, por lo general, que la actividades económicas concernidas se desarrollen en el territorio de la Unión Europea para que la regla de la igualdad de

35. Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra (DOL de 10 de octubre de 2005, núm. 265, p. 2).

36. Acuerdo Euromediterráneo con Marruecos firmado en Bruselas el 26 de febrero de 1996 (DOCE L nº 70, de 18 de marzo de 2000).

37. Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados y la República de Túnez firmado en Bruselas el 17 de julio de 1995 (DOCE L nº 97, de 30 de marzo de 1998).

38. El Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos se firmó el 8 de noviembre de 1979 y entró en vigor el 1 de octubre de 1982 (BOE de octubre de 1982); mientras que el Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez se firmó el 26 de febrero de 2001 y entró en vigor el 1 de enero de 2002 (BOE de 26 de diciembre de 2001).

39. *Vid.* Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular [art. 68]; Acuerdo Euromediterráneo con Marruecos firmado en Bruselas el 26 de febrero de 1996 [art. 65] y Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados y la República de Túnez firmado en Bruselas el 17 de julio de 1995 [art. 65].

trato resulte eficaz⁴⁰, en materia de Seguridad Social, el hecho de que las prestaciones de Seguridad Social consideradas deriven de periodos de seguro cumplidos fuera del territorio comunitario no comporta la inaplicación del Reglamento 883/2004 cuando éstos estén reconocidos por la leyes de un país comunitario. Esto resulta de la aplicación del artículo 2 del Reglamento 883/2004, puesto que éste se aplica a los trabajadores “que estén o hayan quedado sujetos a la legislación de uno o varios Estados miembros”⁴¹. Así, en última instancia, la decisión legislativa respecto de los requisitos territoriales, subjetivos o materiales para que una determinada actividad quede sujeta a su legislación reside en cada Estado Miembro.

La aplicabilidad del derecho comunitario no está, por tanto, determinada por el lugar de ejercicio de la actividad pues en virtud de la letra (l) del artículo 1 del Reglamento 883/2004, el término “legislación” designa, “para cada Estado miembro, las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y todas las demás medidas de aplicación que afecten a las ramas de seguridad social contempladas en el apartado 1 del artículo 3”. Esta definición se caracteriza, como ha declarado el Tribunal de Justicia, por su amplio contenido, que comprende todos los tipos de medidas legislativas, reglamentarias y administrativas adoptados por los Estados miembros y debe considerarse que se refiere al conjunto de las medidas nacionales aplicables en la materia. De modo que para determinar el alcance del término legislación el criterio esencial radica en el vínculo que une al trabajador con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro en el cual haya cubierto los períodos de seguro, sea cual sea el lugar donde desempeñe o haya desempeñado su actividad profesional⁴².

En este sentido, el régimen previsto por la Orden de 27 de enero de 1982, que regula la situación de los trabajadores desplazados por su empresa a países con los que España no tenga suscrito convenio bilateral en materia de Seguridad Social, constituye una de estas vías de la aplicación extraterritorial del Reglamento 883/2004, pudiendo computarse periodos de seguro cubiertos durante el desplazamiento a un país no comunitario en el cálculo de prestaciones al amparo del Reglamento 883/2004, puesto que nuestra legislación nacional extiende sus efectos a dichos periodos de seguro, incorporándolos a su ámbito de aplicación, sin intervención alguna de instrumentos internacionales. Esta norma no establece requisito alguno de nacionalidad,

40. En cuanto a la necesidad de que la actividad se ejerza en el territorio de la Comunidad para aplicar la libertad de circulación *Vid.* la STJUE de 12 de diciembre de 1974 (asunto *Walrave*, 36/74) [p. 1405] y STJUE de 12 de julio de 1984 (*Prodest*, 237/83) [p. 3153].

41. En relación a estas disposiciones en el nuevo Reglamento 883/2004 *vid.* García Viña, J.: “Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pp. 66 y ss.

42. *Vid.*, en este sentido, STJUE de 31 de marzo de 1977 (asunto 87/76, *Bozzone*) y STJUE de 11 de julio de 1980 (150/79, *Comisión/Bélgica*) en relación a la ley belga de 16 de junio de 1960 que coloca bajo la garantía del Estado belga los organismos de Seguridad Social de los empleados del Congo Belga y de Ruanda-Urundi y que garantiza por parte del Estado belga prestaciones de Seguridad Social aseguradas a favor de éstos; STJUE de 9 de julio 1987 (asuntos acumulados 82 y 103/86, *Laborero*) [p. 3401], que concernía la Ley belga de 17 de julio de 1963 relativa a la Seguridad Social de ultramar, en relación a un régimen facultativo de seguro para las personas que ejercen su actividad profesional en países diferentes de los Estados miembros; STJUE de 23 de octubre de 1986 (asunto *Van Roosmalen*, 300/84) que analiza la *Algemene Arbeidsongeschiktheidswet* (AAW-ley de los Países Bajos sobre la incapacidad laboral) que extiende sus efectos a las personas que ejercen o han ejercido actividades parcial o exclusivamente fuera de la Comunidad.

y considera a dichos trabajadores en situación de asimilación a la de alta prevista en el núm. 2 del art. 95 de la Ley General de la Seguridad Social⁴³ (en adelante LGSS), continuando la obligación de cotizar por parte de la empresa mientras permanezcan en el país de desplazamiento. Así, en caso de que un trabajador desplazado de larga duración cuente en su carrera de seguro con periodos en Estados comunitarios y en Estados no comunitarios con los que España no haya suscrito un convenio bilateral los periodos de seguro asimilados, conforme a la Orden de 27 de enero de 1982, se tendrían en cuenta en el cálculo de su pensión migrantil.

Nótese que los restantes trabajadores desplazados no pueden acogerse a esta posibilidad por cuanto dicha Orden, en su artículo 2, excluye expresamente a los trabajadores que hayan sido trasladados a países con los que España haya suscrito convenio bilateral, y en particular, en los supuestos de (a) traslado al territorio de un país con el que España tenga suscrito un Convenio, en virtud del cual el trabajador continúe sometido a la legislación española con obligación de cotizar a la Seguridad Social española durante el tiempo de su traslado por la Empresa; (b) traslado al territorio de un país con el que España tenga suscrito Convenio sobre Seguridad Social y en el que, de acuerdo con tal Convenio, sea obligatoria la afiliación a la Seguridad Social del país de destino y se establezca el reconocimiento de las cotizaciones realizadas en dicho país a efectos de la Seguridad Social española, sin obligación, por tanto, de cotizar a la misma.

Por lo tanto, la Orden de 27 de enero de 1982, puesta en relación con la letra (I) del artículo 1 del Reglamento 883/2004, posibilitará la totalización de periodos asimilados en todos los desplazamientos a terceros países salvo con los países con los que España tiene suscritos convenios bilaterales de Seguridad Social. Estas normas, recogen habitualmente la figura del trabajador desplazado, con variaciones respecto del periodo durante el cual se permite la continuidad de la afiliación en España y de las características del desplazamiento⁴⁴. Sin embargo, a diferencia del sistema de coordinación

43. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

44. Artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra de 9 de noviembre de 2001 (BOE de 4 de diciembre de 2002); artículo 7 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y la República Argentina de 28 de enero de 1997 (BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2004 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2007)); artículo 6 del Convenio entre España y Australia sobre Seguridad Social de 31 de enero de 2002 (BOE núm.303, de 19 diciembre 2002); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil de 16 de mayo de 1991 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1996); artículo 6 del Convenio de Seguridad Social entre España y Canadá de 10 de noviembre de 1986 (BOE de 1 de diciembre de 1987); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre la República de Chile y el Estado español de 28 de enero de 1997 (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1998); artículo 3 del Convenio General sobre Seguridad Social entre España y Ecuador de 1 de abril de 1960 (BOE de 23 de octubre de 1962); artículo 5 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América de 30 de septiembre de 1986 (BOE de 11 de octubre de 1989); artículo 6 del Convenio de Seguridad Social entre España y Filipinas de 20 de mayo de 1988 (BOE de 11 de octubre de 1989); artículo 6 del Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979 (BOE de 13 de octubre de 1982); artículo 6 del Convenio de Seguridad Social entre España y los Estados Unidos Mexicanos de 25 de abril de 1994 (BOE de 17 de marzo de 1995); artículo 8 del Convenio General sobre Seguridad Social entre España y Perú de 16 de junio de 2003 (BOE de 5 de febrero de 2005); artículo 7 del Convenio General sobre Seguridad Social entre España y Paraguay de 1 de diciembre de 1997 (BOE de 24 de febrero de 2000); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre España y Rusia y Acuerdo Administrativo de 12 de mayo de 1995 (BOE de 24 de febrero de 1996); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre España y Uruguay de 1 de diciembre de 1997 (BOE de 24 de febrero de 2000); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez de 26 de febrero de 2001 (BOE de 26

comunitario, que por su naturaleza multilateral permite tener en cuenta y adicionar en su caso los periodos de seguro de varios países comunitarios, la mecánica de los convenios bilaterales, salvo previsto expresamente, impide a un trabajador que haya estado desplazado a diferentes países con convenio bilateral un cómputo conjunto, por lo que cada instrumento deberá aplicarse separadamente, teniendo en cuenta que no podrá concederse pensiones en virtud del mismo periodo de seguro en España.

III. EL REGLAMENTO 1231/2010: EXPANSIÓN JURÍDICA Y ECONÓMICA DEL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS

Por último, es obligado referirse a la dimensión personal de la vertiente extraterritorial de la coordinación comunitaria en materia de Seguridad Social, pues, como ya se ha hecho mención, el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE se refiere únicamente al lugar de destino del trabajador desplazado⁴⁵, sin alcanzar el lugar de procedencia del mismo, siendo la “nacionalidad” (país de establecimiento) de las empresas lo que concierne a la Directiva y determina su aplicación, y no, por tanto, la nacionalidad de los trabajadores⁴⁶. De este modo, lo relevante es que el trabajador haya sido contratado por una empresa comunitaria⁴⁷, para una prestación de servicios como la que define la norma, y que su desplazamiento se vaya a producir en el marco espacial de la Unión Europea. Sin embargo, el problema hasta la aprobación del Reglamento 859/2003 radicaba en que las disposiciones comunitarias de Seguridad Social otorgaban a los trabajadores desplazados un trato diferenciado por razón de su nacionalidad, pues el artículo 2 del Reglamento 1408/71 (campo de aplicación personal) se refiere únicamente a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean nacionales de uno de los Estados miembros⁴⁸. Esta situación planteaba considerables dificultades para los desplazamientos intracomunitarios en los que las empresas se valen de trabajadores inmigrantes de terceros países; puesto que éstas no tenían posibilidad de ampararse en las disposiciones del Reglamento 1408/71 para mantener

de diciembre de 2001); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania de 7 de octubre de 1996 (BOE de 4 de abril de 1998) y Acuerdo Administrativo de 17 de enero de 2001 (BOE de 7 de abril de 2001); y artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela de 15 de mayo de 1998 (BOE de 7 de julio de 1990).

45. STJUE de 9 de agosto de 1994 (asunto C-43/93, *Vander Elst*).

46. Los convenios internacionales en materia de Seguridad Social tampoco suelen exigir expresamente como condición que el desplazado sea un nacional de las partes contratantes, aunque del ámbito de aplicación personal del propio convenio si cabe imponer en ocasiones esta limitación aplicativa por razón de la nacionalidad, *vid.* Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 285; y del mismo autor, “Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea”, *ob. cit.*, p. 443.

47. En relación a la protección de los trabajadores contratados por un empresario establecido en otro país comunitario *vid.* Gutiérrez-Solar Calvo, B.: “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, *ob. cit.*, pp. 35-37.

48. Apartado 1 del artículo 2 del Reglamento 1408/71. Para una crítica a este trato desigual *vid.* Fernández Fernández, R.: “La protección social comunitaria de los trabajadores por cuenta propia desplazados dentro de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002, pp. 93 y ss.

sus cotizaciones del país de origen; mientras que los trabajadores no podían totalizar los periodos trabajados en distintos países comunitarios a efectos de prestaciones. De modo que con el objeto, entre otras finalidades, de “promover una nueva estrategia para que los nuevos mercados europeos de trabajo sean abiertos y accesibles para todos”, la Comisión apeló a garantizar la movilidad de los nacionales de terceros países, en una Propuesta en la que se extendía el ámbito aplicativo del Reglamento 1408/71⁴⁹ y que llevó finalmente a la aprobación del Reglamento 859/2003, lo que revela la importancia económica que han asumido actualmente los trabajadores extracomunitarios en el contexto económico comunitario, y dentro de este colectivo, en particular la importancia de los desplazados extracomunitarios, pues cuando la propuesta atravesó dificultades en su tramitación la Comisión llegó a plantear, como último recurso, que dicha ampliación se limitase exclusivamente al desplazamiento de trabajadores⁵⁰.

Así, desde el 1 de junio de 2003⁵¹ los nacionales de terceros Estados, desplazados en el ámbito de la Unión Europea (y demás personas dentro en ámbito aplicativo del Reglamento 1408/71), se benefician del sistema de coordinación comunitario⁵², reduciendo significativamente las cargas administrativas y económicas de los operadores transnacionales que desplazan trabajadores extracomunitarios en el territorio de la Comunidad. El Reglamento 859/2003 fue sustituido por el Reglamento (UE) 1231/2010, de 24 de noviembre, que amplía la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril de 2004 y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos⁵³.

Sin embargo, el Reglamento 1231/2010 no se aplica a algunos nacionales de terceros países debido a la base legal utilizada para su aprobación. Así, dado que el Reglamento 1231/2010 se basa en el artículo 79 TFEU, Dinamarca no se encuentra afectada por el mismo (Preámbulo 19 del Reglamento 1231/2010⁵⁴). De manera que un nacional de un tercer país que vive durante varios años en un país comunitario y

49. Vid. Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, COM (2002) 59 final y Comunicación de la Comisión al Consejo - Nuevos mercados de trabajo europeos abiertos a todos y accesibles para todos, COM (2001) 116 final.

50. García de Cortázar y Nebreda, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, p. 56.

51. Vid. artículo 3 del Reglamento 859/2003.

52. Tal como establece, en su artículo 1, el Reglamento 859/2003: “Sin perjuicio de las disposiciones del anexo del presente Reglamento, las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del Reglamento (CEE) nº 574/72 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro”.

53. DOL de 29 de diciembre de 2010, núm. 344 [pág. 1].

54. En el Considerando 19 del Reglamento 1231/2010 se dispone que: “De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo no 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y no queda vinculada por él ni sujeta a su aplicación”.

posteriormente en Dinamarca no puede beneficiarse de las normas del Reglamento 1231/2010, ni, por ende, del Reglamento 883/2004.

Por otra parte, si bien el Reino Unido ejerció su posibilidad de adherirse (“opt in”) a la normativa contenida en el Reglamento 859/2003; posteriormente dicho país no se adhirió al Reglamento 1231/2010⁵⁵. Esto implica que el Reglamento 1231/2010, y, por ende, las normas del Reglamento 883/2004, no se aplican a los nacionales de terceros países que se desplazan de un Estado miembro al Reino Unido; quedando por lo tanto sujetas a las normas contenidas en el Reglamento 1408/71, por aplicación del Reglamento 859/2003.

Del mismo modo, ni el Reglamento 859/2003 ni el Reglamento 1231/2010 se aplican a Noruega, Islandia y Liechtenstein (los Estados EFTA) ni a Suiza, pues las normas contenidas en dichos Reglamentos no se han extendido a dichos países⁵⁶.

Nótese que, si bien el Reglamento 859/2003 aborda una de las modificaciones más importantes operadas en el campo de aplicación personal del Reglamento 1408/1971, paradójicamente el redactado de éste quedó inalterado. Ni el artículo 2 del Reglamento 1408/71⁵⁷, ni tampoco el nuevo Reglamento 883/2004⁵⁸ se han hecho eco en su texto de esta fundamental extensión de sus efectos reguladores. Así, el Reglamento 859/2003 modificó materialmente el Reglamento 1408/71, a pesar de ser un instrumento jurídico independiente de éste. La doctrina explica esta opción legislativa a partir de las diferencias en el fundamento jurídico de ambas disposiciones⁵⁹, pues la base jurídica del Reglamento 859/2003 no reside en las disposiciones en materia de Seguridad Social del artículo 41 del Tratado CE, sino en el artículo 63 del Tratado CE en materia de inmigración, introducido por el Tratado de Ámsterdam⁶⁰.

En definitiva, tras un prolongado historial de propuestas por parte de la Comisión⁶¹, se consideró conveniente disponer la aplicación de los Reglamentos de coordinación

55. En el Considerando 18 del Reglamento 1231/2010 se dispone que: “De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, el Reino Unido no participa en la adopción del presente Reglamento y no queda vinculado por él ni sujeto a su aplicación”.

56. *Vid.* a este respecto la STJUE de 18 de noviembre de 2010, C-247/09, *Xhymshiti*.

57. A tenor del artículo 2 del Reglamento 1408/71 “El presente Reglamento se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y *que sean nacionales* de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes”. Énfasis añadido.

58. Por su parte el artículo 2 del Reglamento 883/2004 establece que “El presente Reglamento se aplicará a las *personas nacionales* de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes”. Énfasis añadido.

59. *Vid.* Gómez Abelleira, F. J., y Quintero Lima, M. G.: “La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países”, *ob. cit.*, p. 1123; García de Cortázar y Nebreda, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *ob. cit.*, p. 57; Vives Caballero, M.: “Seguridad Social y constitución europea: presente y futuro”, *ob. cit.*, p. 26.

60. DO nº C 340 de 10 de noviembre de 1997, p. 173.

61. La Comisión ya sometió el 26 de junio de 1995 una propuesta al Consejo que propugnaba la extensión del ámbito de aplicación de la letra a) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento 1408/71 a los trabajadores que sean

a los nacionales no comunitarios con vistas a la ampliación de la Unión Europea⁶². También la doctrina ha puesto de manifiesto la probable influencia en este sentido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su sentencia *Gaygusuz contra Austria*, aplicó el principio de no discriminación a propósito de la concesión de prestaciones de Seguridad Social a un nacional turco, considerando que la denegación de un subsidio asistencial de desempleo por el origen nacional del asegurado no tenía justificación objetiva y razonable⁶³.

El artículo 1 del Reglamento 1231/2010, por otra parte, subraya que sus disposiciones sólo resultarán aplicables a los inmigrantes no comunitarios que se encuentren previamente en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro⁶⁴. Este requisito responde a un objetivo constante de la Comisión, que se refleja en su Comunicación relativa a una política común de inmigración ilegal⁶⁵ a fin de prevenir la

nacionales de países terceros. Con esta propuesta se pretendía abordar la cuestión más acuciante relativa a asistencia médica de carácter urgente para los trabajadores desplazados (DO n° C 242 de 19 de septiembre de 1995 p. 7). A ésta, le siguieron la propuesta de la Comisión de 12 de noviembre de 1997 (DO C 6 de 10 de enero de 1998, p. 15); y la propuesta de 6 de febrero de 2002 definitiva (DO n° C 126 E de 28 de mayo de 2002 p. 388).

62. Preámbulo del Reglamento 859/2003, apartado (9).

63. Sentencia de 16 de septiembre de 1996 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Caso Gaygusuz contra Austria*) [TEDH 1996\40]. En este pronunciamiento el Tribunal consideró que dicha discriminación constituía una violación del artículo 14 (relativo al derecho de igualdad) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (BOE de 10 de octubre de 1979). Dicho subsidio se otorgaba a los nacionales austriacos una vez expirada la duración máxima de la prestación de desempleo contributiva, a fin de garantizarles una renta mínima. *Vid.* sobre este pronunciamiento Álvarez Cortés, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, ob. cit., pp. 31-32.

64. El requisito de residencia legal se erige por tanto en estos casos como una condición previa a la aplicación de las disposiciones del Reglamento 1408/71; no obstante, por lo que concierne a las contingencias profesionales, esta condición debe ponerse en relación con las obligaciones adquiridas por parte de un gran número de países comunitarios con ocasión de la ratificación del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 19 sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925; máxime cuando el artículo 7.1.a) del Reglamento 1408/71 declara que “no resultarán afectados por el Reglamento los convenios adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, y que después de la ratificación de uno o varios Estados miembros haya entrado en vigor”. En concreto, este Convenio de la OIT ha sido ratificado por los siguientes países comunitarios: Suecia, República Checa, Reino Unido, Portugal, Polonia, Países Bajos, Luxemburgo, Irlanda, Hungría, Grecia, Francia, Finlandia, Estonia, España, Dinamarca, Bélgica, Austria y Alemania Según los datos del registro de ratificaciones de la OIT, en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>, [consulta: 10/08/2005]. A tenor del Convenio 19 de la OIT, los extranjeros han de ser tratados como nacionales frente a los accidentes de trabajo, siempre que dicho Estado hubiera ratificado el referido instrumento internacional. Igualmente, el apartado 8.3 de la Recomendación n° 151 de la OIT dispone: “Los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberán disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración y Seguridad Social”. Cabe recordar que el artículo 2 del Reglamento 1408/71 establece que éste se aplicará a los trabajadores “que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o varios de los Estados miembros”. Por tanto, aunque de manera indirecta, el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1408/71 será la suma de los ámbitos de aplicación que, en cada uno de los Estados Miembros, establezcan las respectivas legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social. Consecuentemente, cuando un Estado comunitario extiende la protección de las contingencias profesionales a los extranjeros en situación irregular a nivel nacional, transversalmente está incorporando al ámbito de protección comunitaria a dichos trabajadores. Dicha protección de los extranjeros irregulares se aplica en España a partir de los recientes pronunciamientos jurisprudenciales en este sentido: así, el Tribunal Supremo unificó doctrina en sentencia de 9 de junio de 2003 (rec. 4217/2002) en el sentido de admitir el derecho de los extranjeros en situación irregular a las prestaciones derivadas de contingencia profesional, en virtud de la normativa interna e internacional aplicable. *Vid.* también la STS de 7 de octubre de 2003 (rec. 2153/2002) y la STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 2003 (Ar. 1869).

65. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, COM (2001) 672, de 15 de noviembre de 2001.

inmigración clandestina. Con todo, la Comisión ya precisó en su Propuesta que esta condición de residencia, no se aplica en términos literales a los trabajadores desplazados, puesto que “el nacional de un tercer país no necesariamente tiene que cumplir la condición de residencia, sino que puede estar simplemente en desplazamiento, respetando la legislación nacional de entrada y residencia de ese Estado”⁶⁶. Lo cual se establece en buena lógica con la Directiva 96/71/CE y la jurisprudencia en materia de prestación de servicios contenida en la Sentencias *Rush Portuguesa y Vander Elst*⁶⁷.

Por último, es necesario tener en cuenta que las disposiciones transitorias del Reglamento 859/2003 impiden que éste pueda generar derecho alguno para periodos anteriores al 1 de junio de 2003 (art. 2). Esto no significa que los periodos de seguro cubiertos antes de dicha fecha no se tomen en consideración, sino que tales periodos se tendrán en cuenta en el cómputo de la cuantía de las prestaciones para dotarlos de efecto únicamente hacia el futuro, es decir, para generar la liquidación de pensiones a partir esa misma fecha, dotando a los Reglamentos de coordinación, por tanto, como han señalado Gómez Abelleira y Quintero Lima, de una retroactividad relativa⁶⁸. Para cubrir tales vacíos de protección es, sin embargo, posible en algunos casos a los efectos jurídicos residuales, que aún emanan de los convenios bilaterales suscritos entre países comunitarios, pese a haber sido sustituidos por el Reglamento 1408/71, conforme a lo dispuesto en sus artículos 6 y 7.2.c). En efecto, algunas disposiciones de estos convenios continúan vigentes respecto de las personas de nacionalidades no comunitarias y territorios, incluidas en su campo personal y geográfico de aplicación. Este sería el caso, por ejemplo, del Convenio en materia de Seguridad Social suscrito entre España y el Reino Unido⁶⁹, que extiende su ámbito de aplicación a trabajadores nacionales de Estados no miembros y para quienes dicho Convenio seguirá siendo aplicable; así como a los desplazados a las islas de Jersey o de Man. Igualmente, el Convenio entre España y Suiza, que resultará aplicable a trabajadores que no sean nacionales comunitarios ni suizos, estableciéndose un periodo máximo de desplazamiento de veinticuatro meses⁷⁰. Por lo tanto, en un supuesto, por ejemplo, de un trabajador cubano desplazado por cuenta de una empresa británica a España, las

66. COM (2002) 59 final, ob. cit. p. 388.

67. STJUE de 27 de marzo de 1990 (asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*), STJUE de 9 de agosto de 1994 (asunto C-43/93, *Vander Elst*).

68. Gómez Abelleira, F. J. y Quintero Lima, M. G.: “La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países”, ob. cit., p. 1130, abundando en esta cuestión consideran que “En este caso, el legislador (...) opta por emplear la técnica de la convalidación de períodos de seguro anteriores al momento de la entrada en vigor de la norma, a efecto de totalizar y prorratear prestaciones en el marco de la coordinación. Eso sí, en la medida en que la regla general del efecto inmediato sólo sufre una excepción parcial, se ha de insistir en que la disposición se ha de interpretar en el sentido de entender que se trata de períodos computables sólo para causar derechos a partir de la mencionada fecha”.

69. Convenio entre España y el Reino Unido de 13 de septiembre de 1974, ratificado por Instrumento de 31 de diciembre de 1974 y Acuerdo de Aplicación de 30 de octubre de 1974 (BOE de 31 de marzo de 1975, núm. 77, p. 6501) y Canje de Notas de 4 de noviembre de 1976 por el que se modifica el Convenio sobre Seguridad Social (BOE de 11 de mayo de 1977, núm. 112, p. 10346).

70. Convenio y Protocolo entre España y Suiza de 13 de octubre de 1969, ratificados por Instrumento de 10 de junio de 1970, que entró en vigor el 1 de septiembre de 1970 (BOE de 1 de septiembre de 1970, núm. 209, p. 14278).

disposiciones de dicho instrumento internacional le favorecerían allá donde no alcan- cen temporalmente las disposiciones transitorias del Reglamento 859/2003. Fuera de estos casos, la continuidad aplicativa de un convenio entre Estados miembros, que en su mayoría contienen disposiciones relativas al desplazamiento temporal de trabaja- dores⁷¹, resulta incompatible con el derecho comunitario, e incluso puede constituir un incumplimiento de la obligación de lealtad institucional⁷², pues sin perjuicio de la doctrina *Rönfeldt*, los convenios bilaterales suscritos con otros países comunitarios, como ya se ha dicho, han sido sustituidos por el Reglamento 883/2004, mantenién- dose sólo en vigor las disposiciones incluidas en el Anexo II del Reglamento 883/2004.

IV. CONVENIOS MULTILATERALES Y BILATERALES APLICABLES A LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS A/DESDE ESPAÑA

A. Principios comunes

Los convenios bilaterales y multilaterales han sido la vía tradicionalmente utilizada para solventar los déficits de protección de Seguridad Social resultantes de la movili- dad trasnacional de trabajadores en el ámbito extracomunitario a o desde España⁷³ y se aplicarán siempre que constituya una norma más beneficiosa que las normas comunitarias.

En el marco de los convenios bilaterales o multilaterales se distingue también en- tre emigrante y desplazado⁷⁴; siguiendo el modelo de cláusulas de la Recomendación 167 (1983) de la OIT.

Los convenios se han estipulado en el caso español tradicionalmente con países con vínculos históricos como los hispanoamericanos, Filipinas, Andorra y Brasil, pero ante las tendencias migratorias y de movilidad internacional que se han ido produ-

71. Estas disposiciones muestran una gran proximidad jurídica con el actual artículo 14.1 del Reglamento 1408/71. Así, el artículo 8 del Convenio y Acuerdo Administrativo entre España e Italia de 30 de octubre de 1979 (BOE 15 di- ciembre 1983, núm. 299, p. 33714) disponía: "Lo dispuesto en el anterior artículo 7, apartado 2, a), se aplicará tenien- do en cuenta las siguientes excepciones: a) El trabajador dependiente de una empresa que tenga su domicilio en una de las dos Partes Contratantes, que sea enviado al territorio de la otra Parte por un período de tiempo limitado, con- tinuará sometido a la legislación de la parte en la cual la empresa tuviere su domicilio, siempre que su permanencia en la otra Parte no excediere de un período de 24 meses. En el supuesto de que tal ocupación debiere prolongarse por motivos imprevisibles por un período de tiempo superior al originalmente previsto y excediere del de 24 meses, la aplicación de la legislación en vigor en la Parte del lugar de trabajo habitual podrá mantenerse excepcionalmen- te y con el consentimiento de la autoridad competente de la Parte en la que tenga lugar dicho trabajo temporal". Igualmente el artículo 7.1 del Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Finlandia de fecha 19 de diciembre de 1985 (BOE de 14 de julio de 1987, núm. 167, p. 21406) establecía: "Cuando un empresario destaque a una persona del territorio de una de las Partes a trabajar en el territorio de la otra Parte, y la duración prevista del empleo no sea superior a veinticuatro meses, continuará aplicándosele la legislación de la primera Parte como si la persona estuviera empleada y residiera en el territorio de esta Parte. Si su empleo en el territorio de la Parte a la que ha sido enviada a trabajar continuara después de dicho período de veinticuatro meses, seguirá aplicándosele la legislación de la primera Parte mientras que las autoridades competentes de las dos Partes den su consentimiento".

72. *Vid.* en este sentido, STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Matteucci*, asunto 235/87, Rec. p. 5589, parágrafo 19.

73. Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, ob. cit.

74. Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 258 y ss.

ciendo posteriormente se han extendido a otros países como Japón, Corea del Sur, Australia, Estados Unidos, Rusia, Ucrania y recientemente también a China en función de la presencia e importancia de movimientos migratorios recíprocos⁷⁵. No hay convenio bilateral con Turquía, pero se aplica a las relaciones entre España y este país en esta materia el Convenio Europeo de Seguridad Social que establece reglas similares a las de los convenios bilaterales.

En todos los convenios se recoge la figura del desplazamiento temporal, como norma particular, como excepción a la *lex loci laboris*. Las diferencias importantes de protección social entre los sistemas de Seguridad Social de los Estados firmantes hacen que en ocasiones el desplazado sea protegido mejor como desplazado que si fuera emigrante al aplicarse la ley del Estado de origen cuando su sistema de Seguridad Social sea más favorable que el del país de destino. No obstante, algún convenio (Méjico) establece el derecho de opción del trabajador por la legislación del país de origen o la del país de destino.

Se contempla, como en los Reglamentos comunitarios, una regulación especial para ciertas categorías de trabajadores (buques de la marina mercante, empresas de transporte aéreo, misiones diplomáticas, funcionarios, etc.). No obstante, en algunos convenios –en algún supuesto como el de transporte aéreo– la excepción de la aplicación de la *lex loci laboris* se condiciona a que no resida en el país de destino (USA) o no haya representación de la empresa con vocación de permanencia en el mismo (Suiza).

El concepto de desplazado es similar al del Derecho comunitario. Solo se diferencia en que en ocasiones se establecen actividades precisas y concretas que justifican el desplazamiento y sus complementarias y auxiliares, aunque lo cierto es que la lista suele ser ejemplificativa y permite una interpretación extensiva, como en el convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social de 10 de noviembre de 2007 y en los de España con Argentina, Paraguay y Uruguay.

No se contempla expresamente el concepto de grupo de empresa ni las ETT, pero cabría entenderlo aplicables dentro del concepto de desplazamiento⁷⁶.

El carácter temporal del desplazamiento es una nota esencial también en los convenios de Seguridad Social. A veces coincide con la duración fijada por el Reglamento 883/2004, de 24 meses, y prorrogables por acuerdo. El Convenio Multilateral Iberoamericano de 2007 estableció la de 12 meses prorrogables por otros 12. En este convenio cabe que esa duración sea fraccionada, no continuada.

La duración en los convenios bilaterales es de 12 meses prorrogables por otros doce (Islas Jersey y Caimán), por dos años prorrogables por uno más (Venezuela), por otros dos (Méjico, Túnez, Ucrania), o hasta cinco años en total (Andorra), o sin fijar

75. De la Casa Quesada, S.: “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España. Especial referencia a la protección por desempleo” en Correa Carrasco, M. (coord.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 73 y ss.; Ríos Salmerón, B. (cir.): *La Seguridad Social internacional: los convenios bilaterales y el Derecho Comunitario*, CDJ/CGPJ, Madrid, 1994; Sánchez Carrión, J. L.: “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003, pp. 17-48.

76. Matorras Díaz-Caneja, A. y Sánchez Cervera, J. M.: “Aspectos jurídicos-laborales” en Matorras Díaz-Caneja, A. (dir.): *La expatriación de trabajadores*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 86.

duración cierta de la prórroga (Argentina, Uruguay, Paraguay). Otros convenios establecen tres años sin más (Marruecos), o prorrogables por un año más (Cabo Verde) o por 2 años más (Brasil, Chile, Ecuador, República Dominicana) o por otros tres años más (Colombia).

Los convenios con otros países contemplan plazos más amplios para el desplazamiento: cinco años, prorrogables sin establecer límite máximo (Australia, Filipinas, Japón, Canadá, Rusia) o por un año más y seis años prorrogables sin establecer límite máximo (China). La discrecionalidad en cuanto a las prórrogas por los Estados firmantes suele ser la nota común. No obstante, en algún caso (Rusia) se condiciona a la petición del trabajador y en su interés. No siempre el plazo de duración opera de manera recíproca. Así, en el caso de Australia el plazo máximo opera para españoles desplazados a Australia, pero no para australianos desplazados a España.

No caben encadenamientos sino que entre un desplazamiento y otro del mismo trabajador deben transcurrir al menos 12 meses des que finalizó su duración inicial o prorrogada.

En cuanto al requisito de no sustitución que se vio más arriba en el ámbito comunitario se contempla también en algunos convenios bilaterales si bien solo una vez haya agotado el plazo máximo (Brasil, Filipinas, Marruecos, Méjico, Túnez, Ucrania). Se trata de evitar el encadenamiento de desplazamientos para los mismos destinos con distintos trabajadores que van sustituyendo a los anteriores. Hay doctrina que extiende este requisito también a los demás convenios pese a que nada establezcan pues en definitiva se trata de evitar supuestos el fraude de ley⁷⁷.

En algunos convenios encontramos algunas precisiones interesantes que alteran y amplían el propio concepto de desplazamiento. Bien porque incorporan expresamente un concepto amplio de empresa extendiéndola a todas las del grupo como una sola (Corea del Sur), bien porque extienden el desplazamiento a los envíos no solo al otro Estado competente, sino de éste a otro, donde la empresa tenga establecimientos (Japón). En el convenio bilateral con China la cotización por asistencia sanitaria, Incapacidad temporal, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales llevarán a cabo en el país de destino, al que las remitirá el de origen.

En cuanto a las relaciones entre los convenios bilaterales y el Derecho Comunitario dentro de su amplia problemática⁷⁸ nos vamos a detener en este momento en si los convenios bilaterales celebrados entre dos o más Estados son aplicables también a los trabajadores de terceros Estados, aunque no hayan sido parte en los mismos. A veces los propios convenios bilaterales establecen expresamente que se aplican a ciudadanos o nacionales de terceros países sujetos a las legislaciones de los Estados miembros firmantes o incluidos en su régimen de Seguridad Social (Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, USA, Perú y Uruguay, Suiza éste último solo en algunos aspectos). El resto de los convenios solo contemplan como sujetos protegidos los nacionales de las partes contratantes. En el caso de Estados

77. Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, ob. cit., p. 285.

78. Ríos Salmerón, B. (dir.): *La Seguridad Social internacional: los convenios bilaterales y el Derecho Comunitario*, ob. cit.

miembros de la Unión Europea sobre esta cuestión se pronunció en principio en sentido negativo la jurisprudencia del TJUE (caso *Grana Novoa*, C-23/92), pero posteriormente cambio de criterio en el caso *Gottardo* (C-55/00) que resolvió que cuando un Estado miembro celebre con un tercer Estado un convenio bilateral de Seguridad Social el principio de igualdad de trato obliga a los Estados miembros a conceder a los ciudadanos de los Estados miembros las mismas ventajas que disfruten los nacionales de su propio convenio a menos que pueda justificar objetivamente su denegación (apartado 34), sin que pueda alegar el Estado miembro firmante del convenio sus obligaciones derivadas del mismo, el equilibrio y la reciprocidad derivadas de un convenio bilateral⁷⁹. La cuestión es que si se protege de este modo a los nacionales de Estados miembros comunitarios también debería afectar a los ciudadanos del otro Estado miembro firmante no comunitario en relación con los Estados miembros no firmantes. Pero no parece garantizarse la reciprocidad sino solo la equiparación del ciudadano comunitario con el español, por ejemplo, en los convenios firmados por España. Lo que plantea problemas en relación con el tercer Estado firmante que ha celebrado un convenio bilateral con un Estado, no con la Unión Europea. Por esta razón la Recomendación EDL 2013/178083 de 19 de junio establece que los convenios bilaterales que celebren los Estados miembros con un tercer Estado deben incluir esta especie de advertencia: una expresa referencia al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad respecto de los nacionales de otro Estado miembro.

B. Inexistencia de convenio o existente, pero de protección inferior

En caso de desplazamientos extracomunitarios en que no exista convenio bilateral o multilateral podría producirse un doble encuadramiento y doble cotización, salvo que haya un acuerdo entre los países.

En el caso español el artículo 7 LGSS establece que “el gobierno en el marco de los sistemas de protección social pública podrá establecer medidas de protección social a favor de los españoles no residentes en España de acuerdo con las características de los países de residencia”. Y ahí se situarían los convenios bilaterales de Seguridad Social. No obstante, en caso de que no existan convenio o por cualquier causa o circunstancia estos no cubran determinadas prestaciones de Seguridad Social, se contempla que el gobierno mediante las disposiciones correspondientes extenderá su acción protectora en la materia a los emigrantes y a sus familiares (disposición adicional 2ª LGSS). La falta de convenio puede genera unos efectos perjudiciales para el trabajador, pero ello no vulnera el principio de igualdad (STC 77/1995, de 22 de mayo). Y en todo caso, como hemos visto, cabe la posibilidad de que el trabajador permanezca en situación asimilada al alta (Orden Ministerial de 27 de enero de 1982, artículo 3.1).

79. Sobre esta cuestión véase Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, ob. cit., p. 250.

Así, en el sector de la marina mercante como es frecuente que los países de abanderamiento no gocen de un sistema de Seguridad Social de cierto nivel se prevé en el caso español que los trabajadores que ejerzan su actividad a bordo de buques de bandera de conveniencia podrán quedar incluidos en la Seguridad Social española de forma voluntaria, mediante la suscripción de un convenio especial. Este convenio especial puede revestir dos modalidades: el convenio especial de emigrantes e hijos de emigrantes (Real Decreto 996/1986) o el convenio especial ordinario.

Una vez el emigrante se encuentre legalmente en el país de acogida, si bien se le aplica la Seguridad Social propia de ese país, puede optar, caso de que no le sea de aplicación la Seguridad Social del país, o sea de nivel inferior a la española, por mantener la relación con la Seguridad Social española a través de un convenio especial para sí (Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, Orden de 30 de octubre de 1985 y Orden de 14 de enero de 2000), o, incluso, para sus familiares (Orden de 28 de julio de 1987 y Real Decreto 1564/1998, de 17 de julio, para los trabajadores por cuenta propia), requisito necesario para que computen las cotizaciones especialmente cuando no haya convenio bilateral.

Y en este sentido el artículo 15.1.1 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, reguladora del convenio especial, también contempla que pueden suscribir un convenio especial los emigrantes españoles y los hijos de éstos que posean la nacionalidad española, con independencia de que con anterioridad hayan estado inscritos o no en la Seguridad Social española, e independientemente del país en el que trabajen y de que dicho país tenga o no suscrito con España acuerdo o convenio en materia de Seguridad Social". Es decir, cabe suscribir convenio especial, aunque haya convenio bilateral suscrito si éste no cubre todas las contingencias o de manera inferior a la Seguridad Social española.

Los accidentes o las enfermedades que se produzcan en el viaje de emigración asistida se consideran accidentes de trabajo "*in itinere*" y los protege la Seguridad Social española, de no hacerse cargo la extranjera (disposición adicional 2ª, 2 LGSS y Orden de 30 de mayo de 1986).

Los españoles, no necesariamente emigrantes, residentes en el exterior tienen derecho a prestaciones, pero sólo por razón de necesidad si carecen de rentas y tienen más de 65 años en caso de asistencia sanitaria, incapacidad y ancianidad (art. 19 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, y Real Decreto 8/2008 de 11 de enero).

En definitiva, por aplicación de todos estos instrumentos internacionales se está produciendo un progresivo acercamiento jurídico a Estados extracomunitarios desde o a dónde desplazar trabajadores. Por otra parte, la adopción del Reglamento (UE) 859/2003 y posteriormente, del Reglamento (UE) 1231/2010, ha resultado clave en el desarrollo y expansión del desplazamiento de trabajadores extracomunitarios, pues ha permitido simplificar considerablemente los trámites administrativos, evitando, por otra parte, situaciones de colisión entre ordenamientos que pudieran provocar situaciones de doble cotización.

V. CONCLUSIONES

El concepto de “dimensión externa” de la Seguridad Social comunitaria fue utilizada por la Comisión Europea en una comunicación de 2012 para describir los instrumentos de la UE que cubren los derechos de Seguridad Social de los nacionales de terceros países que se trasladan de un tercer país a la UE⁸⁰. Como se ha podido comprobar de lo que se ha expuesto, la dimensión exterior de la coordinación de la Seguridad Social de la UE es un mosaico de instrumentos.

Por un lado, la UE ha adoptado medidas unilaterales a través del Reglamento 1231/2010 y las Directivas en materia migratoria que contienen normas relativas a la Seguridad Social en sus disposiciones sobre igualdad de trato⁸¹. Dado que las Directivas de migración de la Unión Europea son medidas unilaterales, no se basan en la reciprocidad. En consecuencia, solo se refieren a la situación de los nacionales de terceros países en la UE y no a la situación de los ciudadanos de la Unión Europea en terceros países.

Junto a estas medidas unilaterales, la Unión Europea también ha adoptado acuerdos con terceros países que incluyen disposiciones de coordinación de la Seguridad Social. Los diferentes acuerdos se pueden clasificar en tres categorías. La primera categoría de acuerdos se refiere a los acuerdos de la Unión Europea con terceros países que se consideran Estados miembros de la UE a efectos de la coordinación de la Seguridad Social. Esa primera categoría de acuerdos sólo se refiere a los Estados del EEE y a la Confederación Suiza. De hecho, la coordinación de la Seguridad Social con esos terceros países es más una parte de la dimensión interna que de la dimensión externa.

La segunda categoría de acuerdos de la UE son los acuerdos que incluyen normas sobre coordinación de la Seguridad Social a las que se les ha otorgado efecto directo. Estos son el Acuerdo de Asociación UE-Turquía y su Decisión 3/80, y los Acuerdos Euromediterráneos con Argelia, Túnez y Marruecos. A pesar de que los Consejos de Asociación no han implementado los acuerdos, algunas de las disposiciones de los acuerdos fueron redactadas en manera precisa e incondicional, lo que ha permitido al Tribunal de Justicia concederles efecto directo.

La tercera y última categoría de acuerdos de la UE son los acuerdos que incluyen disposiciones de coordinación de la Seguridad Social que requieren la adopción de medidas adicionales, por lo que actualmente aún no conceden derechos a los ciudadanos de dichos países. Esos acuerdos de la UE se han alcanzado con el Líbano,

80. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE. COM/2012/0153 final.

81. Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

Jordania, Israel; los Acuerdos de Estabilización y Asociación con el Antigua República Yugoslava de Macedonia, Albania, Montenegro, Serbia, Bosnia y Herzegovina; el Acuerdo de Cooperación con San Marino, los Acuerdos Euromediterráneos con Egipto; así como los Acuerdos de Asociación y Cooperación con Rusia, Moldavia y Ucrania. Todos estos acuerdos establecen los elementos de coordinación de la Seguridad Social que deben incluirse en las futuras medidas que adopten los Consejos de Asociación o los Consejos de Estabilización y Asociación.

Finalmente, los convenios bilaterales y multilaterales han sido la vía tradicionalmente utilizada para solventar los déficits de protección de Seguridad Social resultantes de la movilidad transnacional a o desde España y se aplicarán siempre que constituya una norma más beneficiosa que las normas comunitarias.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- Álvarez Cortés, J. C.: "Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1999.
- Álvarez Cortés, J. C.: "Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000.
- Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.
- De Juan Juan, A.: "Expatriados europeos: la imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España", *Revista Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000.
- De la Casa Quesada, S.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España. Especial referencia a la protección por desempleo" en Correa Carrasco, M. (coord.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, MTAS, Madrid, 2005.
- Fernández Fernández, R.: "La protección social comunitaria de los trabajadores por cuenta propia desplazados dentro de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "El campo de aplicación del Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.
- García De Cortázar Y Nebreda, C.: "Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas", *La Mutua*, núm. 3, 2000.
- García-Perrote Escartín, I.: "Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Obligaciones impuestas a los empresarios por la Ley 45/1999, de 29 noviembre", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 17, 2005.
- García Viña, J.: "Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.
- Gómez Abelleira, F. J., y Quintero Lima, M. G.: "La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2004.
- Gonzalo González, B.: *Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995.

- Gutiérrez-Solar Calvo, B.: "Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2000.
- Hedemann-Robinson, M.: "An Overview of Recent Legal Developments at Community Level in Relation to Third Country Nationals Resident Within the European Union, with Particular Reference to the Case Law of the European Court of Justice", *Common Market Law Review*, vol. 38, num. 3, 2001.
- Maretti, S.: "Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi", *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, núm. 221, 2000.
- Matorras Díaz-Caneja, A. y Sánchez Cervera, J. M.: "Aspectos jurídicos-laborales" en Matorras Díaz-Caneja, A. (dir.): *La expatriación de trabajadores*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- Pochet P. (dir.): *Bilan social de l'union européenne 1999-2019: une route longue et sinueuse*, Institut syndical européen (ETUI) et Observatoire social européen (OSE), Bruxelles, 2020.
- Prétot, X.: "Le travailleurs detaches et expatriés et la Sécurité sociale", *Droit Social*, núm. 12, 1991.
- Ríos Salmerón, B. (dir.): *La Seguridad Social internacional: los convenios bilaterales y el Derecho Comunitario*, CDJ/CGPJ, Madrid, 1994.
- Sánchez Carrión, J. L.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003.
- Sempere Navarro, A. V.: "Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 1997.
- Vives Caballero, M.: "Seguridad social y constitución europea: presente y futuro", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 2005.



El alcance de la obligación preventiva durante el desplazamiento transnacional de trabajadores: riesgos específicos y accidente en misión*

THE SCOPE OF THE PREVENTIVE OBLIGATION DURING THE TRANSNATIONAL POSTING OF WORKERS: SPECIFIC RISKS AND ACCIDENTS ON MISSION

Carlos García Gallego

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Politécnica de Valencia

cargarga@urb.upv.es  0000-0002-1637-7318

Recibido: 12.06.2022 | Aceptado: 10.11.2022

RESUMEN

Los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional afrontan riesgos específicos que han de ser tenidos en cuenta para dotar de protección a los trabajadores afectados. Aunque no se trate de riesgos directamente vinculados con el trabajo a realizar por el trabajador desplazado, son riesgos relacionados con las circunstancias y el entorno del país de destino, donde el trabajador se enfrenta a un nuevo contexto, en unas condiciones sanitarias, de seguridad vial, sociales y meteorológicas distintas a las que tenía en el país de origen. A estas condiciones habría que sumar los riesgos de carácter psicosocial debidos en buena medida a las diferencias de cultura preventiva entre los países de origen y destino y la barrera cultural y lingüística. Además, el tiempo en el que el trabajador se encuentra desplazado en los términos del artículo 2.1 de la Ley 45/1999 debe considerarse un envío en misión en términos preventivos. En consecuencia, en caso de accidente se amplía la presunción de que se trata de tiempo y lugar de trabajo, sin que el accidente tenga que reunir los requisitos del accidente in itinere. La relevancia de considerar un accidente como accidente en misión, no se agota con la determinación de la contingencia como profesional, y por tanto de la correspondiente prestación a cargo del sistema de Seguridad Social; pues a partir de dicho concepto se determina el propio contenido de la obligación preventiva de la empresa, que desplaza trabajadores a otro país para la prestación de un determinado servicio.

PALABRAS CLAVE

Desplazamiento de trabajadores
Salud laboral
Accidente en misión
Riesgos laborales
Obligación preventiva

* Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación DER2017-83040-C4-2-R, "El desplazamiento transnacional de trabajadores", del Ministerio de Ciencia e Innovación.

ABSTRACT

Posted workers in the framework of a transnational provision of services face specific risks that must be taken into account to provide protection to the affected workers. Although they are not risks directly linked to the work to be carried out by the posted worker, they are risks related to the circumstances and environment of the country of destination, where the worker faces a new context, in health conditions, road safety, social and meteorological conditions different from those in the country of origin. To these conditions should be added the risks of a psychosocial nature due largely to the differences in preventive culture between the countries of origin and destination and the cultural and linguistic barrier. In addition, the time in which the worker is posted under the terms of article 2.1 of Law 45/1999 must be considered a mission assignment in preventive terms. Consequently, in the event of an accident, the presumption that it involves time and place of work is extended, without the accident having to meet the requirements of an accident on the way to and from work. The relevance of considering an accident as an accident on mission is not exhausted with the determination of the contingency as a professional, and therefore of the corresponding provision by the Social Security system; since from this concept the content of the company's preventive obligation is determined, which sends workers to another country to provide a certain service.

KEYWORDS

Posting of workers
Occupational health
Accident on mission
Occupational risks
Preventive obligation

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES: RIESGOS ESPECÍFICOS
 - A. Riesgos derivados del entorno del país de destino
 1. *Riesgos derivados de la exposición a agentes biológicos*
 2. *Riesgos derivados de posibles situaciones de conflicto en el país de destino*
 3. *Riesgos relacionados con la seguridad vial*
 4. *Riesgos derivados de fenómenos naturales extremos en el país de destino*
 5. *actuación empresarial frente a los riesgos laborales asociados a las condiciones del país de destino*
 - B. Riesgos psicosociales derivados del desplazamiento
 1. *Características y clasificación de los riesgos psicosociales asociados al desplazamiento*
 2. *Medidas preventivas frente a los riesgos psicosociales*
 - III. EL DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL ES UN ENVÍO EN MISIÓN
 - IV. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Con la llegada del tercer milenio la sociedad industrial ha dado paso a una nueva sociedad de los servicios y del conocimiento surgida de una revolución económica y tecnológica en la que los vínculos entre la integración económica internacional y la desintegración vertical de la producción son cada día más estrechos. El tránsito de la producción en masa a la terciarización y a la especialización flexible de la economía ha marcado así la transición del Estado redistributivo keynesiano al Estado competitivo. El comercio

de mercancías cede frente a los frenéticos intercambios de información y de servicios, que avanzan a través de pujantes intercambios comerciales y de factores productivos –capital y trabajo– que en el contexto de una producción fragmentada se convierten en un poderoso aglutinante del proceso de integración económica mundial.

La tendencia es creciente tanto en la externalización de actividades en el sector servicios como en la industria¹, pese a no estar confirmado sus efectos en una mayor eficiencia empresarial. En efecto, Pérez García ha establecido una relación negativa entre la tasa de variación de externalización y la correspondiente de crecimiento de la productividad del trabajo². De ahí que la doctrina haya cuestionado si el entusiasmo por la externalización de muchas actividades se encuentra realmente justificado, pues en muchos casos a las empresas “puede convenirles más hacer que comprar en el mercado”³.

En este contexto dual de integración económica y desintegración productiva, la posición del capital se ha visto reforzada, y su movilidad favorecida, tanto por las nuevas tecnologías como por el avance del proceso de liberalización, que se traduce en un mejor tratamiento legal, a nivel comunitario e internacional (fundamentalmente en el ámbito de la OMC) de tales operadores transnacionales. Tal como puso de relieve Kahn-Freund, las relaciones laborales son, en esencia, relaciones de poder⁴, de modo que el doble raudal de integración económica/desintegración productiva ha venido a alterar la posición de los factores de producción en cuanto a su capacidad de negociar la distribución de las rentas generadas por el crecimiento económico⁵. En este sentido, la descentralización se ha relacionado con la devaluación de la autonomía de las relaciones trabajo-capital, con el menoscabo tanto de la eficacia del Derecho laboral como de la competitividad y el crecimiento, y, por último, con la extensión de la precariedad y los riesgos laborales⁶.

Desde la óptica de la Unión, sin embargo, la externalización de servicios se considera un fenómeno favorecedor de la competitividad⁷. La descentralización de los servicios ha pasado así a ocupar un lugar relevante en la construcción del mercado interior, destacando particularmente la Directiva 96/71/CE como instrumento clave en el

1. Pérez García, F. (dir.): *Productividad e internacionalización. El crecimiento español ante los nuevos cambios estructurales*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, p. 201.

2. Para los analistas, este hecho no es sorprendente “teniendo en cuenta que, para un nivel de producción total dado, la externalización reduce el valor añadido, es decir, el numerador de la productividad del trabajo, máxime en un periodo en el que la externalización se intensifica y la productividad del trabajo progresa muy poco. El signo negativo de esta relación no es inevitable, porque el ahorro de trabajo podría compensar la reducción de valor añadido”, Pérez García, F., *Productividad e internacionalización*, ob. cit., p. 235.

3. Rubery, J. y Grimshaw, D.: “Las nuevas tecnologías y el problema de la calidad del trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 120, núm. 2, 2001, p. 204.

4. Kahn-Freund, O.: “Uses and misuses of Comparative Law”, *The Modern Law Review*, vol. 37, núm. 1, 1974, p. 5.

5. Como ponen de relieve Rubery, J. y Grimshaw, D.: “Las nuevas tecnologías y el problema de la calidad del trabajo”, ob. cit., p. 220.

6. OIT: *La relación de trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, Informe V (1), Oficina Internacional del Trabajo, 2006, p. 19.

7. Comité Económico y Social Europeo (CESE), Dictamen de iniciativa, “Las interacciones entre los servicios y la industria manufacturera europea y su impacto en el empleo, la competitividad y la productividad”, de 13 de septiembre de 2006, CCMI/035, p. 18, párrafo II.6.

fomento comunitario de la movilidad transnacional de trabajadores. En efecto, fruto del desarrollo de las libertades comunitarias que hacen posible que una empresa se desplace a otro país con “el conjunto de su personal”⁸, la movilidad intracomunitaria de personal de servicios se encuentra en expansión. Esta posibilidad de movilizar mano de obra de un país a otro, sustraída de la libertad de circulación de trabajadores, constituye un poderoso impulso de la descentralización de prestaciones de servicios a nivel transnacional, que debe ponerse en relación con el enorme potencial de beneficios vinculado a la prestación de servicios a través de la movilización transnacional de mano de obra. En este sentido, los analistas económicos han estimado que, si el desplazamiento de trabajadores alcanzase una proporción equivalente al 3% de la fuerza de trabajo actual en los países de la OCDE, los beneficios económicos globales que podrían lograrse serían mayores que los que se derivarían de la completa liberalización del comercio de mercancías⁹.

La doctrina científica que ha estudiado este fenómeno, considera que el *dumping social* constituye la variable de viabilidad económica de esta forma de movilidad laboral. Estos autores coinciden en que el recurso a este tipo de movilidad surge fundamentalmente por la posibilidad de aprovechar los costes de la mano de obra de los países de origen. Una relación causal que ha sido descrita por Winters en los siguientes términos: “Los beneficios reales del comercio, tanto en el caso de las mercancías como de los factores de producción, se derivan de explotar las *diferencias*. Así pues, son los flujos de a mano de obra desplazada no cualificada (o estrictamente menos cualificada) de los países en desarrollo hacia los países industrializados lo que permite anticipar mayores retornos (beneficios) económicos. No sólo la proporción en la tasa de productividad entre países receptores de mano de obra y países “exportadores” es muy amplia en este caso, sino también el número de personas dispuestas a desplazarse a otro país”¹⁰. En la misma línea, los estudios de Chaudhuri, Mattoo y Self revelan que la diferencia de trato respecto de los trabajadores locales está en el origen de la ventaja económica asociada a este tipo de movilidad¹¹. La Sentencia *Finalarte*¹² ofrece una descripción clara de un contexto de subcontratación transnacional basado en costes sociales, que poco tiene que ver con la alegada mayor eficacia

8. STJCE de 27 de marzo de 1990, (asunto *Rush Portuguesa*, C-113 /89), [fallo].

9. Hoekman, B.: “Trade in Services, Trade Agreements and Economic Development: A Survey of the Literature”, *Centre For Economic Policy Research Discussion Paper Series* n. DP5760, 2006, p. 28; Blouin C.: “Liberalizing the Movement of Services Suppliers: Lessons from the Canadian Experience With Temporary Worker”, *Journal of World Trade*, vol. 39, num. 5, 2005, pp. 883-884, concreta que tales beneficios alcanzarían los 150 billones de dólares al año. En el mismo sentido, Chaudhuri, S.; Mattoo, A. y Self, R.: “Moving people to deliver services: how can the WTO help?”, *Journal of World Trade*, Vol. 38, num. 3, 2004, p. 363. Estos resultados se fundan en los estudios desarrollados por Terrie Walmsley y Alain Winters en diversas publicaciones, entre ellas, Walmsley, T. y Winters, A.: “Relaxing the Restrictions on the Temporary Movement of Natural Persons: A Simulation Analysis”, *Journal of Economic Integration* vol. 20, num. 4, 2005, pp. 688-736, y Winters, A.: “The economic implications of liberalising mode 4 trade”, en Mattoo, A. y Carzaniga, A. (eds.): *Moving people to deliver services*, Oxford University Press/World Bank, Washington D.C., 2003, p. 84.

10. Winters, A.: “The economic implications of liberalising mode 4 trade”, ob. cit., pp. 68-69.

11. Chaudhuri, S.; Mattoo, A. y Self, R.: “Moving people to deliver services: how can the WTO help?”, ob. cit., pp. 365-366.

12. STJCE de 25 de octubre de 2001 (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*), parágrafo 19.

y mayor especialización funcional de los procesos descentralizadores, pues sólo en caso de equiparación de las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados es posible asegurar que el recurso a la descentralización no está dirigido a evadir las normas que resultarían de aplicación si la prestación de servicios se realizara mediante trabajadores de la propia plantilla.

Así pues, las fórmulas habituales de descentralización productiva¹³, esto es, (a) el arrendamiento de servicios a otra empresa¹⁴, (b) la descentralización de actividades hacia otra empresa del grupo empresarial en el país de destino¹⁵ y (c) la cesión de personal a través de puestas a disposición por una empresa de trabajo temporal¹⁶, se asocian en la Directiva 96/71/CE a la movilidad intracomunitaria a fin de “invitar a un número cada vez mayor de empresas a desplazar a sus trabajadores temporalmente” (Considerando 3º del Preámbulo de la Directiva 96/71/CE)¹⁷.

La finalidad descentralizadora de la Directiva 96/71/CE exige, por tanto, un análisis de las garantías estatales dirigidas a la protección de la salud de los trabajadores desplazados, lo cual será objeto de estudio particularizado en este trabajo. Ciertamente, el elemento transnacional sitúa a los trabajadores desplazados a nivel transnacional en una situación de mayor vulnerabilidad que los trabajadores cuya prestación de servicios se desarrolla en el ámbito de un solo Estado.

II. DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES: RIESGOS ESPECÍFICOS

Cuando el trabajador es desplazado para prestar servicios en otra empresa, situada en un país diferente, se enfrenta a un contexto de trabajo distinto. Así, además de los riesgos propios de la actividad y del puesto de trabajo que deba desempeñar, el empleado desplazado se halla expuesto a diferentes riesgos derivados, por un lado, de las características del entorno del país en que se presta el servicio y, por otro, a riesgos de carácter psicosocial fruto de los cambios que implica el desplazamiento a otro país.

Estos riesgos específicos requieren ser tenidos en cuenta tanto en el momento de la preceptiva evaluación de los riesgos laborales como en la adopción de las correspondientes medidas de protección. Dichas acciones deben ejecutarse no sólo en el Estado de destino, una vez producido el desplazamiento, sino también en el Estado de origen, con carácter previo.

En este sentido, la empresa deberá conocer previamente el lugar donde habrá de desarrollarse la actividad del trabajador para saber así si debe prever las medidas por

13. Según se describen por Falguera Baró, M. Á.: “La disgregación de la empresa fondista y su tratamiento por el Derecho del Trabajo: contratas, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresas (primera parte)”, *Jurisdicción Social*, núm. 49, 2006.

14. Apartado a) del artículo 1.3 de la Directiva 96/71/CE.

15. Apartado b) del artículo 1.3 de la Directiva 96/71/CE.

16. Apartado c) del artículo 1.3 de la Directiva 96/71/CE.

17. También la Ley 45/1999 que traspuso la Directiva 96/71/CE en España señala la “necesidad de promover la prestación transnacional de servicios, lo que requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores”, Considerando 2º, 4º párrafo.

sí misma o ha de hacerlo con carácter coordinado con otras empresas que presten servicio en el mismo lugar o compartiendo centro de trabajo¹⁸.

En cualquier caso, conviene tener presente que, según el país de destino, los riesgos variarán de modo que en la correspondiente evaluación de riesgos habrá de tenerse en cuenta sumarse los riesgos propios de dicho país¹⁹.

Así, no podrá ignorarse el hecho de que el trabajador puede estar expuesto a riesgos de enfermedad producida por agentes biológicos propios del país de destino. Del mismo modo, habrá de contemplarse la exposición a riesgos derivados de las condiciones climáticas del lugar en el que se prestarán los servicios, en especial cuando se trate de países en los que habitualmente se producen fenómenos naturales extremos tales como terremotos, inundaciones, huracanes, etc.

Además de lo anterior, forma parte de la obligación preventiva de la empresa tener en cuenta el contexto socio-político del Estado de destino, en particular cuando en el país de destino surjan situaciones de crisis o inestabilidad política. Junto con esto, habrá de contemplarse el contexto económico en el que se va a desarrollar la actividad laboral, con especial atención a las situaciones de crisis económicas, que pueden desencadenar inestabilidad social o inseguridad.

Por otro lado, habrá que añadir a los riesgos anteriores, propios del entorno en el que se ejecuta la prestación de servicios, los de carácter psicosocial a los que puede estar expuesto el trabajador desplazado ya que se ha de insertar, en una nueva organización empresarial, en un país en el que puede regir una cultura preventiva diferente, con procedimientos y protocolos distintos.

A. Riesgos derivados del entorno del país de destino

1. Riesgos derivados de la exposición a agentes biológicos

Los agentes biológicos con capacidad infecciosa pueden ser diversos (virus, bacterias, parásitos, hongos o esporas, toxinas, endotoxinas, cultivos celulares, etc.) y debe existir una vía de transmisión que permita que el agente entre en contacto con el órgano o sistema dónde puede causar daño, si bien influye notablemente la susceptibilidad individual del receptor (en función de su inmunización previa, vacunaciones u otras características personales)²⁰.

Resulta evidente que, en el transcurso de un desplazamiento temporal a otros países, los trabajadores pueden quedar expuestos a agentes biológicos, que pueden su-

18. López Cumbre, L.: "Prevención laboral y protección social de los trabajadores expatriados", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138, 2018, pp. 335-364.

19. CEOE-CEPYME Cantabria, *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas establecidas en España*, Oficina Técnica de Foment del Treball, Barcelona, 2012, 41 páginas.

20. Vicente Herrero M.; Torres Alberich, J. I.; Capdevilla García, L.; Ramírez, M. V.; Terradillos, M.J.; Muñoz Ruipérez, C. y López González, A.: "El accidente de trabajo in misión: legislación jurisprudencia española". *Revista CES Derecho*, vol. 6, núm. 1, 2015, pp. 18-30.

poner el contagio de enfermedades. En particular, en aquellos casos en los que, por sus condiciones climáticas o de higiene puedan ser endémicas en los países de destino.

En relación con los riesgos derivados de agentes biológicos interesa señalar, que la normativa española sobre prevención de riesgos contempla dicho factor de riesgo en una norma específica: el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo²¹. Además, conviene recordar que también resultan de aplicación cuantas medidas preventivas sean necesarias para evitar daños a la salud aplicando los principios de la acción preventiva del artículo 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales.

En este sentido, el artículo 8.3 del citado Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, establece que “cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación”

De este modo, la vacunación de los trabajadores que vayan a desplazarse a países en los que exista el riesgo de contraer alguna enfermedad se configura como la principal medida de protección frente a los riesgos derivados de agentes biológicos.

De hecho, determinadas vacunas son un requisito indispensable para la entrada en muchos países, exigiéndose un Certificado Internacional de Vacunación. Es obligación del empresario consultar las vacunas obligatorias y recomendadas para el país de destino entre 4 y 8 semanas antes del desplazamiento²², debido a que algunas vacunas requieren de un periodo largo para garantizar una protección efectiva plena.

2. Riesgos derivados de posibles situaciones de conflicto en el país de destino

La actividad profesional del trabajador desplazado se desenvolverá en un nuevo entorno donde las situaciones de violencia en el país de destino, derivadas del entorno socio-político del país de acogida (existencia de conflictos armados, inseguridad ciudadana y niveles elevados de criminalidad, etc.), aunque no se considere propiamente un riesgo asociado al trabajo, sí que puede serlo al estar conectado con el nuevo entorno en el que debe desenvolverse el trabajador, y puede suponer un riesgo para su integridad física y su salud emocional.

Por ello, en la preceptiva evaluación de riesgos deberá identificarse y valorarse el riesgo de agresión, poniéndose los medios oportunos de prevención para tratar minimizarlos y prevenirlos.

En este sentido, conviene tener presente que no sólo se produce un riesgo físico de agresión al trabajador, también hay que tener en cuenta la posibilidad de que se

21. Lo dispuesto en esta normativa viene complementado con la Guía Técnica del Instituto de Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) relativa a la evaluación y prevención de riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2014.

22. Las empresas pueden informarse de las vacunas obligatorias y recomendadas en el país de destino del trabajador desplazado en la página web del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, y en la web del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y de Cooperación.

produzcan daños psíquicos o emocionales, como por ejemplo una desconfianza general frente a personas extrañas, ataques de pánico y ansiedad, conectados al miedo de que la situación violenta pueda volver a producirse. Como consecuencia, se suele producir una sintomatología física asociada al estrés, que puede afectar tanto a su vida profesional como personal²³.

3. *Riesgos relacionados con la seguridad vial*

Otro de los riesgos que debe ser valorado en relación con el entorno en el que se van a prestar los servicios es el relacionado con la seguridad vial. Los riesgos de accidente de tráfico en el país de destino se agravarán según cual sea la calidad de la red de carreteras, de los vehículos utilizados y de las costumbres locales en materia vial en dicho país²⁴.

En el caso de que el trabajador tuviera que conducir un vehículo, el empresario deberá comprobar con carácter previo la validez del permiso de conducir en el país de destino, proporcionando al trabajador la información y la formación adecuadas y suficientes para que pueda realizarlo, de acuerdo con el grado del riesgo detectado, en las mejores condiciones posibles.

4. *Riesgos derivados de fenómenos naturales extremos en el país de destino*

Los fenómenos naturales extremos, tampoco se consideran en sentido estricto riesgos derivados del trabajo, no obstante, tienen trascendencia en la evaluación de riesgos del trabajador desplazado puesto que representan un peligro para su integridad física.

Los fenómenos meteorológicos característicos de determinados países de destino pueden incrementar los riesgos del trabajador expatriado. Este último deberá conocer cómo actuar en caso de terremotos, tornados, inundaciones, fenómenos naturales, todos ellos extremos que pueden incrementar sus riesgos vitales. Las recomendaciones generales y locales deberán ser conocidas por el trabajador para aplicarlas en caso de emergencia.

5. *Actuación empresarial frente a los riesgos laborales asociados a las condiciones del país de destino*

La empresa de origen de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional tendrá que detectar y valorar, a través de sus servicios de

23. Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, Secretaría de salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, Madrid, 2019, p. 61

24. Según el Informe sobre la situación mundial de la Seguridad Vial de la OMS de 2015, los países con mayor número absoluto de víctimas mortales en accidente de tráfico son: China, India, Nigeria, Estados Unidos, Pakistán, Indonesia, Federación de Rusia, Brasil, Egipto y Etiopía.

prevención, y con carácter previo al desplazamiento, los riesgos asociados a las condiciones propias del país de destino, que difieren de los del país de origen.

Los servicios de prevención deberán, por tanto, identificar y analizar con el mayor detalle posible los riesgos derivados de esas situaciones que, sin ser propias de la empresa, sí que afectan a la salud y seguridad de los empleados desplazados. Finalmente, deberán elaborar los correspondientes protocolos de actuación frente a tales riesgos²⁵.

La información recopilada por el empresario en relación con los riesgos de exposición a agentes biológicos propios del país de acogida debería incluirse en el correspondiente protocolo sanitario que la empresa debe elaborar para guiar al trabajador desplazado en la evitación de enfermedades y las medidas preventivas a adoptar frente a las mismas, debiendo asegurarse el empresario de origen de que se cumplen los requisitos exigidos con anterioridad al desplazamiento.

Por otro lado, en relación con los riesgos derivados de zonas en conflicto debido al contexto social o económico, la empresa deberá elaborar y aplicar protocolos de seguridad para que los trabajadores desplazados puedan adoptar las medidas oportunas que les permitan evitar los riesgos más relevantes en el país de destino.

Toda esta información se deberá comunicar al trabajador, y en el correspondiente Plan de Prevención desarrollado por la empresa de origen se incluirá una Guía Sanitaria y de Seguridad²⁶.

B. Riesgos psicosociales derivados del desplazamiento

1. Características y clasificación de los riesgos psicosociales asociados al desplazamiento

Junto con los riesgos asociados al entorno en el que el trabajador desplazado ejerce su actividad laboral, la empresa no puede obviar la presencia de una serie de riesgos de carácter psicosocial debidos a los cambios que implica el desplazamiento temporal a otro país.

Los riesgos de carácter psicosocial se definen como aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas

25. Véase al respecto Sierra Hernáiz, E.: "Aspectos prácticos de la gestión de la movilidad internacional de trabajadores españoles desplazados desde un punto de vista preventivo", en Rodríguez Sáenz de Galdeano, B. (coord.): *Prevención de riesgos laborales y protección social de trabajadores expatriados*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 144-149.

26. Fernández Avilés, J.A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, ob. cit., pp. 61-62. La Guía Sanitaria contenida en el plan de prevención de riesgos laborales debería indicar al menos: información sobre las condiciones higiénico-sanitarias existentes y sobre las enfermedades endémicas, recomendaciones sanitarias generales para evitar infecciones y problemas de salud, vacunaciones necesarias, teléfonos y direcciones de interés en el caso de que se requiera asistencia sanitaria. Por su parte, la Guía de Seguridad del plan de prevención debería recoger la siguiente información: identificación de las posibles situaciones de violencia, de los fenómenos meteorológicos extremos y de los riesgos viales, pautas de comportamiento y zonas a evitar, para minimizar la posibilidad de verse involucrado en disturbios o ser víctima de agresiones, precauciones a seguir en caso de terremotos, temporales, etc., consejos para la conducción y de seguridad vial, incluyendo información sobre los requisitos legales para conducir vehículos en el destino (permiso de conducción necesario, seguros, etc.), teléfono y direcciones de interés (policía, organismos de protección civil, embajada y consulados de España, etc.).

con la organización, el contenido del trabajo y la realización de la tarea, y que tienen capacidad para afectar tanto al bienestar o a la salud (física, psíquica o social) del trabajador como al desarrollo del trabajo²⁷.

En definitiva, se trata de riesgos para la salud y calidad de vida de los trabajadores desplazados que proceden de la organización del trabajo y las relaciones con los compañeros de trabajo, que pueden manifestarse, en forma de acoso discriminatorio, de trastornos ansiosos y depresivos, de estrés o de "burnout" (o síndrome del quemado)²⁸. Estos riesgos de carácter psicosocial proceden de factores que subyacen del desplazamiento al país de destino para la prestación del servicio correspondiente.

En este sentido, la diferencia de cultura laboral y preventiva entre los países de origen y de procedencia puede condicionar la motivación y actitud en relación a las actividades preventivas. En particular, destacan la falta de aceptación de órdenes de trabajadoras superiores, por el simple hecho de su condición de mujer. Estos factores pueden desembocar en episodios de estrés o incluso de *burnout*.

El desconocimiento del idioma del país de destino, además de ser considerado un problema para la asimilación de la información y la formación, así como de las órdenes e instrucciones empresariales en materia preventiva, desde el punto de vista del riesgo psicosocial puede ser causa de discriminación o marginación del trabajador desplazado.

Junto con estos factores, propios de la organización empresarial y el ambiente laboral, se suelen presentar otros que pueden calificarse como externos a la organización empresarial, pero que también inciden en la salud y el bienestar del trabajador desplazado. En especial, hay que resaltar el factor de alejamiento de la familia y seres queridos lo que puede dar lugar trastornos ansiosos y/o depresivos.

2. Medidas preventivas frente a los riesgos psicosociales

Frente a los riesgos de carácter psicosocial, la acción protectora debe ponerse en marcha no solo en el Estado miembro de destino, una vez que se ha producido el desplazamiento, sino también en el Estado miembro de origen, con carácter previo.

En el Estado miembro de origen, el servicio de prevención deberá proporcionar al trabajador toda la información necesaria sobre las costumbres sociales y laborales del Estado de destino para proporcionar al trabajador una adecuada preparación psicológica y una mejor aclimatación al nuevo contexto de trabajo.

En definitiva, los trabajadores deben tener una preparación especializada, consistente en una formación teórica y práctica para facilitar una adaptación al país de destino, teniendo en cuenta el choque cultural al que se van a exponer. Esta formación debería ser al mismo tiempo un criterio que puede ser útil determinar y seleccionar a los trabajadores más idóneos para ser desplazados.

27. NTP 443, *Factores psicosociales: metodología de evaluación*, INSHT, 1995.

28. Moreno Jiménez, B. y Báez León, C.: *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, INSHT; Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2010, pp. 22-56.

El servicio de prevención deberá elaborar un programa personalizado de vigilancia de la salud del trabajador, con carácter previo a su desplazamiento, para verificar su compatibilidad con las nuevas condiciones laborales que debe afrontar atendiendo a los riesgos inherentes al trabajo, tanto físico como psicológico, es un aspecto preventivo clave.

En relación con la selección de los trabajadores que van a ser destinados al extranjero para la prestación de los servicios contratados, el servicio de prevención deberá tener en cuenta una serie de características personales, que dependerán del país de destino y de los potenciales riesgos asociados al mismo.

Así, en primer lugar, cabe señalar que la predisposición del trabajador a cambiar su lugar de trabajo es crucial en lo que respecta al control de los riesgos de carácter psicosocial, que pueden derivarse de los desplazamientos. De modo que un trabajador predispuesto al cambio es menos vulnerable que el que sea reacio al mismo.

En relación con esto, hay que tener en cuenta la situación familiar del trabajador en caso de desplazamiento de media o larga duración, ya que si el desplazamiento se realiza en compañía de la familia directa se reducirán previsiblemente la probabilidad de aparición de riesgos psicosociales. Igualmente, otro factor a tener en consideración es la edad del trabajador, por cuanto en la mayoría de casos se aprecia una mayor adaptación de los trabajadores más jóvenes frente a los de mayor edad. Finalmente, hay que tener en cuenta la experiencia del trabajador en entornos internacionales, puesto que le dota de unas aptitudes que facilitan su capacidad de adaptación.

En definitiva, la empresa de origen debe realizar todas las acciones necesarias para procurar una selección cualificada del personal y que deberá reunir unas determinadas condiciones de edad, predisposición, voluntad, experiencia, situación personal o familiar, conocimiento del país de destino, etc., como factores facilitadores tanto de la estancia como del desempeño de la actividad laboral.

En cuanto a las medidas preventivas aplicables sobre los riesgos psicosociales que es conveniente adoptar en la empresa de destino, deben tender a favorecer en la medida de lo posible la integración laboral del trabajador desplazado. En particular, procede el cumplimiento del deber de coordinación de la actividad preventiva, y en especial la empresa debe promover y llevar a cabo políticas tendentes a evitar cualquier tipo de discriminación de estos trabajadores y que favorezcan su acogida e integración en la organización empresarial.

III. EL DESPLAZAMIENTO TRASNACIONAL ES UN ENVÍO EN MISIÓN

Un accidente de trabajo en misión es el que sufre la persona trabajadora durante la realización normal de su trabajo, cuando éste se desarrolla fuera de su centro habitual²⁹. En este sentido, cabe considerar como un envío en misión el tiempo en el que el trabajador se encuentra desplazado en los términos del artículo 2.1 de la

29. STS 4-5-98, rcud. 932/97.

Ley 45/1999, de 29 noviembre, de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (en adelante, la Ley 45/1999).

En concreto, el artículo 2.1 de la Ley 45/1999 contempla el desplazamiento a España de una persona trabajadora, cualquiera que sea su nacionalidad, durante un período limitado de tiempo, siempre que exista una relación laboral entre tales empresas y dicha persona durante el período de desplazamiento, en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) El desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España.
- b) El desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte.
- c) El desplazamiento de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria que esté establecida o que ejerza su actividad en España.

Durante el desplazamiento se desarrolla el cumplimiento normal de la prestación laboral y, por tanto, durante el mismo se produce un envío en misión. En consecuencia, en caso de accidente se amplía la presunción de que se trata de tiempo y lugar de trabajo, sin que el accidente tenga que reunir los requisitos del accidente *in itinere*.

La doctrina del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de accidente en misión a partir de un análisis del artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; que en su apartado primero define el accidente de trabajo, al establecer que "Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena" (art. 156.1 LGSS).

Igualmente, en su apartado tercero también establece una presunción legal de accidente de trabajo, al afirmar que "Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo" (art. 156.3 LGSS). Dicho concepto se ha venido construyendo a partir del concepto de accidente de trabajo³⁰ y supone, asimismo, una ampliación del concepto de accidente "*in itinere*"³¹.

A partir de estos preceptos el accidente en misión de una persona desplazada, definida por el artículo 2.1 de la Ley 45/1999, constituye una modalidad de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa, en la que deben concurrir dos elementos, por un lado, la existencia de un desplazamiento para cumplir la misión y por otro la realización del trabajo en que consiste dicha misión³².

30. Por todos, Tascón López, R.: *El accidente de trabajo en misión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

31. Toscani Giménez, D.: "Las ampliaciones legales del concepto de accidente de trabajo", *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 161, 2014, pp. 59-80.

32. Por todas, STS, Sala de lo Social, de 1 de diciembre de 2017 (RJ 2017\6172).

A diferencia de lo que sucede en el caso de los accidentes *in itinere*, en el accidente en misión de un trabajador desplazado la presunción de laboralidad del apartado 3 del artículo 156 LGSS, se amplía a todo el tiempo en que la persona trabajadora, en consideración a la prestación de sus servicios, aparece sometido a las decisiones de la empresa, lo que abarcaría todo el desarrollo del desplazamiento y de la concreta prestación de los servicios³³. De este modo, el Tribunal Supremo mantuvo en un primer momento que el deber de seguridad y, por ende, la responsabilidad del empresario, abarcaba todo el periodo del desplazamiento ampliándose el concepto de lugar de trabajo³⁴; considerando que todo el tiempo del desplazamiento como “tiempo de trabajo efectivo sin restricción o reserva al horario ordinario o normal de actividad”, y también es lugar de trabajo cualquier “lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual”³⁵.

Sin embargo, el accidente en misión es una figura que se ha ido conformando a través de la jurisprudencia como modalidad específica de accidente de trabajo, evolucionando desde un criterio más amplio hasta el concepto jurídico más restringido. En efecto, en pronunciamientos posteriores se ha considerado que no todo lo que sucede durante la misión –y, por ende, durante el desplazamiento– tiene una conexión necesaria con el trabajo, siendo preciso que se constate alguna circunstancia que pueda evidenciar una relación entre el trabajo realizado y la lesión padecida³⁶. En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido a puntualizar que la presunción no alcanza a todo el tiempo y lugar del trabajo en misión, sino la obligación preventiva se extiende únicamente al tiempo y lugar que tengan “conexión necesaria con el trabajo”³⁷.

Siguiendo en esta línea, la doctrina jurisprudencial ha elaborado los criterios aplicables para determinar y modular la exigencia de la correspondiente relación de causalidad entre la actividad laboral y la lesión padecida por el trabajador a efectos de considerar la existencia o no del accidente de trabajo. En este sentido, conviene tener en cuenta las dos opciones que el artículo 156.1 LGSS otorga en cuanto a interpretar de un modo estricto o laxo la existencia de esa relación de causalidad. De este modo, puede considerarse existente dicha relación de una manera estricta, entendiéndola como la “lesión corporal producida... *por consecuencia*... del trabajo... por cuenta ajena”, o bien de una forma más amplia, a partir de la definición de accidente de trabajo como la “lesión corporal producida... *con ocasión*... del trabajo... por cuenta ajena”. Así, ha venido interpretándose que el accidente de trabajo puede entenderse existente incluso si el trabajo no es causa inmediata de la lesión. En otras palabras, el Tribunal Supremo ha considerado que en el accidente en misión puede darse la necesaria

33. STS, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9727) y STS, Sala de lo Social, de 11 de julio de 2000 (RJ 2000\7409).

34. Véanse, entre otras, STS de 16 de septiembre de 2013 (RJ 2013\7306), STS de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014\1626) y STS de 24 de febrero de 2014 (RJ 2014\2771).

35. STS, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9727) y STS, Sala de lo Social, de 11 de julio de 2000 (RJ 2000\7409).

36. STS, Sala de lo Social, de 10 de febrero de 1983 (RJ 1983\580), STS, Sala de lo Social, de 17 de marzo de 1986 (RJ 1986\1490) y STS, Sala de lo Social, de 19 de julio de 1986 (RJ 1986\4262).

37. STS, Sala de lo Social, de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007\1867).

relación de causalidad, tanto si existe una causalidad directa (“por consecuencia”) o una causalidad indirecta o amplia (“con ocasión”). Por tanto, ya no se requiere que la exposición que provoca el daño se produzca con estricta ocasión del trabajo, siendo suficiente que se derive de la actividad normal de la vida de trabajo, de forma que quede constatado que, si no hubiera habido exposición a dichos agentes y factores lesivos determinantes de la misma, no se hubiera producido.

No obstante, ha de tratarse de una “ocasionalidad relevante”, es decir, es imprescindible que o bien el trabajo, o bien las actividades normales de la vida de trabajo, hayan sido condición sin la que no se hubiese producido los daños o la lesión corporal³⁸. De este modo, quedaría excluida como constitutiva del accidente de trabajo la ocasionalidad pura³⁹, entendiéndose por tal los hechos en los cuales el trabajador rompe la dependencia y dispone de su tiempo y de su actuación⁴⁰. En consecuencia, la presunción de laboralidad no se extiende a los accidentes que el trabajador enviado en misión pueda sufrir durante su tiempo de descanso⁴¹.

Por último, conviene tener en cuenta que la relevancia de considerar un accidente como accidente en misión, no se agota con la determinación de la contingencia como profesional, y por tanto de la correspondiente prestación a cargo del sistema de Seguridad Social. Por el contrario, a partir de dicho concepto se determina el propio contenido de la obligación preventiva de la empresa, que desplaza trabajadores a otro país para la prestación de un determinado servicio.

IV. CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar, los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional afrontan riesgos adicionales que han de ser tenidos en cuenta para dotar de protección a los trabajadores afectados. Aunque no se trate de riesgos directamente vinculados con el trabajo a realizar por el trabajador desplazado, son riesgos relacionados con las circunstancias y el entorno del país de

38. Al respecto, merece la pena destacar la STS, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2015 (RJ 2015/5533) en la que se considera accidente de trabajo el fallecimiento de un empleado desplazado a Tailandia para ejercer por cuenta de su empresa la actividad profesional de montador de mobiliario industrial, y que falleció como consecuencia de una infección por *legionella*, no relacionada directamente con su trabajo, pero que contrajo durante ese desplazamiento a dicho país.

39. En este sentido, la STS, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 2001 (RJ 595/02) “(...) es cierto que el nexo entre el daño soportado y la situación laboral puede romperse (...) pero tal ruptura no depende de que las propias tareas profesionales hayan concluido (dado que esa conclusión no reintegra al trabajador a su vida personal, familiar, privada y de la que dispone), sino porque se produzcan hechos que, en efecto, se apartan de la situación que es laboral por extensión. O sea, cuando el trabajador rompe la dependencia y dispone de su tiempo y de su actuación.”

40. Puede consultarse la STS, sala de lo Social, de 22 de julio de 2010 (RJ 2010/7283) en virtud de la cual “por el juego de la presunción, al demandante le incumbe la prueba del hecho básico o del indicio de que la lesión se ocasionó en el lugar y en tiempo de trabajo; con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo. La presunción sólo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices físicos y psíquicos que lo rodean y el siniestro”.

41. STS de 7 de febrero de 2017, núm. de rec. 536/2015; STS de 11 de febrero de 2014, núm. de rec. 42/2013.

destino, donde el trabajador se enfrenta a un nuevo contexto, en unas condiciones sanitarias, de seguridad vial, sociales y meteorológicas distintas a las que tenía en el país de origen. A estas condiciones habría que sumar los riesgos de carácter psicosocial debidos en buena medida a las diferencias de cultura preventiva entre los países de origen y destino y la barrera cultural y lingüística.

En lo referente a la prevención de los riesgos de carácter psicosocial, la empresa de origen debe realizar todas las acciones necesarias para procurar una selección cualificada del personal y que deberá reunir unas determinadas condiciones de edad, predisposición, voluntad, experiencia, situación personal o familiar, conocimiento del país de destino, etc., como factores facilitadores tanto de la estancia como del desempeño de la actividad laboral. En cuanto a las medidas preventivas aplicables sobre los riesgos psicosociales que es conveniente adoptar en la empresa de destino, deben tender a favorecer en la medida de lo posible la integración laboral del trabajador desplazado.

En este sentido, la mayoría de la doctrina pone de manifiesto que, pese a que la normativa de seguridad y salud es bastante homogénea en el ámbito de la Unión Europea, es necesaria una armonización de las infracciones y sanciones en el orden social y la articulación de instrumentos de eficacia coercitiva transfronteriza de las distintas normativas nacionales de seguridad y salud.

Ciertamente, la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión, “incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por los Tratados como la libre prestación de servicios”⁴²; particularmente a la hora de garantizar el derecho de todo trabajador, recogido en el artículo 31.1 CDFU, a “trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”, estando esta disposición basada en la Directiva Marco 89/391/CEE, a tenor de las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales⁴³.

Como es conocido, la interpretación jurisprudencial del artículo 153 TFUE⁴⁴ –que establece la competencia compartida por la Unión y los Estados miembros para la mejora del entorno de trabajo y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores– ha venido desarrollándose por el Tribunal de Justicia desde la óptica de la protección de los derechos fundamentales “tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios

42. STJUE de 14 de octubre de 2004 (*Omega*, C-36/02), parágrafo 35.

43. Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (D.O. nº C 303 de 14.12.2007, [p. 26]), las cuales fueron “elaboradas para guiar la interpretación de la presente Carta serán debidamente tenidas en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados Miembros” (apartado 7º del artículo 25 CDFU).

44. Esta disposición debe ponerse en relación con el artículo 9 TFUE, en cuya virtud, “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”.

generales del Derecho de la Unión⁴⁵. De modo que resulta relevante a este respecto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya incorporado la dimensión de la salud laboral en el ámbito del artículo 2 CEDH relativo al derecho a la vida⁴⁶; habiéndose establecido, por otra parte, esta relación también en la doctrina. Así, en palabras de Alonso Olea y Casas Baamonde, el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo constituye una derivación del derecho a la vida e integridad física⁴⁷.

La protección comunitaria del derecho del trabajador a la protección y prevención de su salud, que garantiza el artículo 31.1 CDFU, se apoya tanto los tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos de los que son signatarios los Estados miembros –en concreto en el artículo 3 de la Carta Social Europea⁴⁸, en el punto 19 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores⁴⁹ y en el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada⁵⁰– así como en las reglas comunes a los derechos nacionales que conforman principios generales del orden jurídico de la Unión⁵¹. En relación a estos últimos, la CDFU proporciona una valiosa fuente del común denominador de los valores jurídicos primordiales en los Estados miembros, de donde emanan, a su vez, los principios generales del derecho de la Unión⁵². Como se recordará, en la Sentencia *Omega*⁵³ el TJUE declara que el ordenamiento jurídico de la Unión “trata innegablemente de garantizar” el respeto de la dignidad humana como principio general de derecho; tanto si a nivel nacional dicho principio sea un derecho fundamental autónomo, como si no. En efecto, el respeto a la dignidad humana como principio fundamental de la Unión se ha recogido en el primer artículo de la CDFU, proyectándose al ámbito laboral en el artículo 31.1 CDFU, que recoge el derecho a “trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”.

Ciertamente, si en la sentencia *Omega* se llegó a considerar que la explotación comercial de juegos de entretenimiento de “jugar a matar” menoscaba un valor fundamental consagrado por la constitución alemana y en el ordenamiento de la Unión, como es la dignidad humana, es obligado concluir que los riesgos laborales –cuyo resultado es la muerte y daños físicos de los trabajadores (en este caso no ficticios)– atentan directamente contra el derecho fundamental a la salud, seguridad y dignidad en el trabajo.

45. Apartado 2 del artículo F del Tratado UE.

46. *Vid.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), Caso Pereira Henriques contra Luxemburgo, Sentencia de 9 mayo 2006 [JUR 2006\157008].

47. Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 243.

48. Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988 (BOE de 26 de junio de 1980, núm. 153, pág. 14533) y Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988, ratificado por Instrumento de 7 de enero de 2000 (BOE de 25 de abril de 2000, núm. 99, pág. 16074).

49. Resolución del Consejo sobre la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales (D.O. nº C 323 de 27.12.1989, p. 44).

50. Aprobada en Estrasburgo por el Consejo de Europa de 3 de mayo de 1996, habiendo entrado en vigor el 1 de julio de 1999, España ha firmado la Carta Social Europea revisada, pero aún no la ha ratificado.

51. Por todas, STJUE de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra Consejo).

52. *Vid.* Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo al asunto C303/05 presentadas el 12 de septiembre de 2006, parágrafo 59.

53. STJUE de 14 de octubre de 2004 (*Omega*, C-36/02), párrafos 31, 32 y 37.

Este derecho está formulado con carácter incondicional en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFU), correspondiendo la modalidad de protección de este derecho fundamental en el ordenamiento español a un legítimo margen de apreciación por parte del legislador nacional. Así, una de las proyecciones constitucionales del derecho del trabajador a la protección y prevención de su salud se encuentra en el artículo 15 CE que garantiza la “incolumidad corporal” frente a injerencias o agresiones de terceros y, en particular, frente a los riesgos del trabajo⁵⁴, lo que entronca directamente con el artículo 3.1 CDFU, apartado 1º. En efecto, la finalidad preventiva se reconoce sin reserva alguna en la CDFU⁵⁵, estableciéndose una relación interna de conexión entre el derecho a la salud laboral garantizado en el artículo 31.1 CDFU y la protección del derecho a la dignidad humana, a la vida y a la integridad física, reconocidos en los tres primeros artículos de la Carta. Lo que impide, tal como tiene declarado el Tribunal de Justicia⁵⁶, que la mejora de la seguridad, la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en tanto que objetivo legislativo pueda subordinarse a consideraciones de carácter económico.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.
- Blouin C.: “Liberalizing the Movement of Services Suppliers: Lessons from the Canadian Experience With Temporary Worker”, *Journal of World Trade*, vol. 39, num. 5, 2005, pp. 881-894, DOI: <https://doi.org/10.54648/trad2005050>.
- Chaudhuri, S.; Mattoo, A. y Self, R.: “Moving people to deliver services: how can the WTO help?”, *Journal of World Trade*, vol. 38, num. 3, 2004, pp. 363-393, DOI: <https://doi.org/10.54648/trad2004015>.
- Falguera Baró, M. Á.: “La disgregación de la empresa fordista y su tratamiento por el Derecho del Trabajo: contratos, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresas (primera parte)”, *Jurisdicción Social*, núm. 49, 2006.
- Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, Madrid, 2019.
- Hoekman, B.: “Trade in Services, Trade Agreements and Economic Development: A Survey of the Literature”, *Centre For Economic Policy Research Discussion Paper Series n. DP5760*, 2006.
- Kahn-Freund, O.: “Uses and misuses of Comparative Law”, *The Modern Law Review*, Vol. 37, núm. 1, 1974, pp. 1-27.
- López Cumbre L.: “Prevención laboral y protección social de los trabajadores expatriados”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138, 2018, pp. 335-364.
- Moreno Jiménez, B. y Báez León, C.: *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, INSHT; Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2010.
- O’Leary, S.: *Employment Law and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2002.
- Pérez García, F. (dir.): *Productividad e internacionalización. El crecimiento español ante los nuevos cambios estructurales*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006.

54. Vid. Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia núm. 160/2007 de 2 julio, [F. J. 2º] y Tribunal Constitucional (Sala Primera), sentencia núm. 62/2007 de 27 marzo [F. J. 3º].

55. Sobre el tratamiento de la salud laboral como excepción a las libertades comunitarias vid. O’Leary, S.: *Employment Law and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2002, pp. 115 y ss.

56. STJUE de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra Consejo), parágrafo 28.

- Rubery, J. y Grimshaw, D.: "Las nuevas tecnologías y el problema de la calidad del trabajo", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 120, núm. 2, 2001, pp. 199-230, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1564-913X.2001.tb00031.x>.
- Sierra Hernáiz, E.: "Aspectos prácticos de la gestión de la movilidad internacional de trabajadores españoles desplazados desde un punto de vista preventivo", en Rodríguez Sáenz De Galdeano, B. (coord.): *Prevención de riesgos laborales y protección social de trabajadores expatriados*, Thompson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 129-154.
- Tascón López, R.: *El accidente de trabajo en misión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Toscani Giménez, D.: "Las ampliaciones legales del concepto de accidente de trabajo", *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 161, 2014, pp. 59-80.
- Vicente Herrero M.; Torres Alberich, J. I.; Capdevilla García, L.; Ramírez, M. V.; Terradillos, M. J.; Muñoz Ruipérez, C.; López González, A.: "El accidente de trabajo en misión: legislación jurisprudencia española". *Revista CES Derecho*, vol. 6, núm. 1, 2015, pp. 18-30.
- Walmsley, T. y Winters, A.: "Relaxing the Restrictions on the Temporary Movement of Natural Persons: A Simulation Analysis", *Journal of Economic Integration*, vol. 20, num. 4, 2005, pp. 688-736.
- Winters, A.: "The economic implications of liberalising mode 4 trade", en Matoo, A. y Carzaniga, A. (eds.): *Moving people to deliver services*, Oxford University Press/World Bank, Washington D.C., 2003, pp. 59-92.



La subcontratación como factor de riesgo específico en el desplazamiento transnacional de trabajadores*

SUBCONTRACTING AS A SPECIFIC RISK FACTOR IN THE TRANSNATIONAL POSTING OF WORKERS

Carlos García Gallego

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Valencia
cargarga@urb.upv.e  0000-0002-1637-7318

Recibido: 11.06.2022 | Aceptado: 10.11.2022

RESUMEN

Existe una probada vinculación entre el incremento de la siniestralidad y el exceso en las cadenas de subcontratación. Una forma de organización de la producción que, en el ámbito internacional, ha originado nuevos factores de riesgo. De ahí que la regulación que limita la subcontratación, como factor de riesgo específico, constituya una medida muy eficaz de prevención de riesgos laborales; existiendo medidas de control ajustadas a las particularidades del sector de la construcción. Igualmente, la consideración de los trabajadores desplazados que prestan servicios transnacionales, como los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, merece una atención especial a la hora de garantizar a estos trabajadores el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

ABSTRACT

There is a proven link between the increase in the accident rates and the excess in subcontracting chains. A form of organization of production that, in the international arena, has given rise to new risk factors. Hence, the regulation that limits subcontracting, as a specific risk factor, constitutes a very effective measure for the prevention of occupational risks; including control measures adjusted to the particularities of the construction sector. Likewise, the consideration of posted workers that provide transnational services, as workers who are especially sensitive to labor risks, deserves special attention when guaranteeing these workers, the right to effective protection in terms of health and safety.

PALABRAS CLAVE

Subcontratación transnacional
Salud laboral
Construcción
desplazamiento de trabajadores
Siniestralidad

KEYWORDS

Transnational subcontracting
Occupational health
Construction
Posting of workers
Accident rate

* Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación DER2017-83040-C4-2-R, "El desplazamiento transnacional de trabajadores", del Ministerio de Ciencia e Innovación.

SUMARIO

- I. LA SUBCONTRATACIÓN COMO FACTOR DE RIESGO ESPECÍFICO
 - II. ¿SE PUEDEN ESTABLECER LÍMITES A LAS CADENAS DE SUBCONTRATACIÓN A FIN DE PROTEGER LA SALUD DE LOS TRABAJADORES?
 - III. UNA MIRADA SECTORIAL: LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN
 - IV. CONSIDERACIÓN DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS COMO LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A LOS RIESGOS DERIVADOS DEL TRABAJO
 - A. Trabajadores especialmente sensibles de manera individual
 - B. Los trabajadores desplazados como colectivo diferenciado
 - C. Negación de la condición de trabajador especialmente sensible
 - V. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. LA SUBCONTRATACIÓN COMO FACTOR DE RIESGO ESPECÍFICO

Pese a que las nuevas formas de organización de la producción están introduciendo en el medio de trabajo nuevos factores de riesgo, se multiplican las dificultades a la hora de fraguar normas laborales modernizadoras. Son especialmente sonados, en este sentido, los fracasos de proyectos codificadores de estándares laborales internacionales dirigidos a la subcontratación. Así lo pone de relieve el *Estudio del Consejo General del Poder Judicial en materia de siniestralidad laboral en los procesos de subcontratación*, en el que se señala que: “[...] el hecho de que hasta hoy la OIT no se haya podido adoptar un convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación pone de manifiesto los grandes intereses que concluyen en el mantenimiento de este modelo de producción, al que únicamente son de aplicación las normas internas de cada país”¹.

El actual proceso de declive del Derecho del Trabajo ha dejado al descubierto la falta de adecuación de los actuales instrumentos jurídico-laborales, de corte fordista, a las necesidades de los trabajadores de las economías terciarias del siglo XXI². En el ámbito de la salud laboral, la estrecha vinculación entre el incremento de la siniestralidad y el exceso en las cadenas de subcontratación ya se señaló con total contundencia en la Comunicación de la Comisión relativa a la Estrategia de Salud y Seguridad en el trabajo de la UE. En ellas se abordaba una rigurosa descripción de los “nuevos” riesgos en materia de salud y seguridad y, concretamente, de los derivados de “las nuevas tendencias en el empleo, incluido el desarrollo del trabajo por cuenta propia, la subcontratación y el aumento del empleo en las PYME”, instándose a los Estados

1. Consejo General del Poder Judicial, Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial, Siniestralidad Laboral: Análisis de la Respuesta Jurisdiccional. Estudio del Consejo General del Poder Judicial, elevado al Pleno el 17/01/07, p. 38.

2. Vid. Gorelli Hernández, J.: “La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral”, *Tribuna Social*, núm. 198, 2007, pp. 36-37 y doctrina allí citada; Rivero Lamas, J.: “La descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Zaragoza, 2000, pp. 76 y ss.

miembros a adaptar su marco jurídico a la evolución del mundo del trabajo³ a fin de superar “la existencia de grandes dificultades en la aplicación de la legislación sobre salud y seguridad en situaciones de subcontratación, en las que cada empresario tiende a limitar sus acciones preventivas a sus propios trabajadores”⁴.

En la doctrina, López Gandía y Blasco Lahoz han analizado el modo en que estas nuevas formas de organización de la producción han originado nuevos factores de riesgo, cuya generalización merecen una particular atención⁵; en línea con la perspectiva de la Estrategia Global en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, adoptada por la OIT⁶, en la que se apunta que “la salud laboral se ve afectada por las mismas fuerzas de cambio que prevalecen en el contexto socioeconómico nacional y mundial”, destacando las alteraciones “en el empleo y en la organización del trabajo [y en] el tamaño, la estructura y el ciclo de vida de las empresas”⁷. De forma particular, Hortal Ibarra⁸ ha considerado que en la valoración de los riesgos laborales derivados del exceso de cadenas de subcontratación debe tenerse en cuenta varios factores:

- Estos trabajadores realizan sus actividades en un centro que no conocen.
- La concurrencia de varias empresas añade, a los riesgos de la propia empresa los de las otras que se desarrollan su actividad simultáneamente.
- La ausencia de vínculo laboral con el empresario principal fomenta que éste no se responsabilice de tales trabajadores.
- La subcontratación desincentiva, a su vez, la inversión en prevención y favoreciendo la proliferación de empresas pequeñas con poca capacidad para garantizar los medios necesarios de protección.
- Por último, a que el hecho de que las contrataciones tengan una duración temporal fomenta el recurso a la contratación de trabajadores temporales, siendo la temporalidad uno de los factores de riesgo que más incide en la siniestralidad.

En el ámbito internacional, un importante estudio realizado en el Reino Unido revela cuáles son los problemas de seguridad y salud en el trabajo a los que se enfrentan los lugares de trabajo de la construcción multinacionales, donde parte de la mano de obra procede de otros países de la UE⁹. Los hallazgos en distintas empresas indican

3. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 21 febrero 2007 - Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), COM (2007) 62 final, p. 7.

4. COM (2007) 62 final, ob. cit., p. 1.

5. Vid. López Gandía, J. y Blasco Lahoz, J.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 17 y ss.

6. Estrategia Global en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, adoptada por la OIT en 2003, Conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 91.ª reunión, pp. 2-3.

7. La Comisión ha insistido en la necesidad de poner en práctica la Estrategia Global en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo de la OIT. Vid. COM (2007) 62 final, ob.cit., p. 15 y 16.

8. Hortal Ibarra, J. C.: “Subcontratación, cesión legal de trabajadores y responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales”, *Tribuna Social*, núm. 175, 2005, pp. 23 y 25.

9. Danaj, S.: “Health and Safety Implications of Posted Work: The Example of British Engineering Construction”, en Rogelja, N. y Toplak, K. (eds.): *POOSH -Occupational Safety and Health of Posted Workers, International Conference. Programme and Book of Proceedings*, ZRC Publishing House, Ljubljana, pp. 11-14.

que la comunicación en diferentes idiomas presenta un desafío en términos de salud y seguridad ocupacional. Además, al trabajar en un lugar de trabajo transnacional, se plantearon problemas de desajuste de habilidades y asignación inadecuada de tareas a los trabajadores desplazados desde otros países, con implicaciones directas para la salud y la seguridad en el lugar de trabajo. En efecto, debido a las diferencias en la formación, a veces se contrata a ciertos trabajadores para realizar tareas para las que no están realmente capacitados; lo que combinado con las diferentes prácticas laborales entre el país de acogida y el país de origen puede aumentar los riesgos para la salud y la seguridad.

También reviste interés el Informe de la Comisión de Asuntos Europeos del Senado francés sobre las normas europeas en materia de prestación de servicios transnacional. En el mismo se pone de manifiesto la existencia de una importante variedad de fraude como consecuencia, en buena medida, de la ausencia de un procedimiento de control realmente eficaz. Muchas veces, esto es debido a la falta de una cooperación ordenada entre los Estados miembros, lo que contribuye al mismo tiempo a la banalización del fraude. De un lado, se identifican fraudes que consisten en una violación de los principios de la Directiva 96/71/CE de desplazamiento de trabajadores y, en particular, de su núcleo duro. Ello se traduce en la falta de declaración del desplazamiento, falta de certificado de afiliación al sistema de seguridad social, impago de salarios y horas extraordinarias, excesos en la jornada máxima de trabajo. De otro lado, se abordan fraudes complejos, en los que suelen intervenir varias cadenas de subcontratación, que muchas veces terminan en trabajo ilegal, ausencia de declaración de accidentes de trabajo, abuso de la vulnerabilidad a través de condiciones laborales incompatibles con la dignidad humana, como la esclavitud moderna y la trata de personas.

La Comisión de Asuntos Europeos del Senado francés pone de manifiesto que esa falta de control afecta no sólo a los derechos económicos de los trabajadores desplazados, sino también a los relativos a la protección de su seguridad y salud. En general, se sostiene que cuanto más complejo es el entramado empresarial al que está adscrito el trabajador desplazado, menor es su coste y mayores son las dificultades para hacer cumplir la normativa social del país de acogida¹⁰. En este sentido, es particularmente elocuente el caso de Atlanco, seleccionado por el grupo Bouygues para ejecutar parte del reactor nuclear EPR en Flamanville¹¹. En el Informe del Senado se describe como esta empresa irlandesa de trabajo temporal, con sede en Chipre, contrató a trabajadores polacos remunerados de acuerdo con las condiciones de su país, sin tener en cuenta el número de horas realizadas y sin que la empresa hubiera notificado 38 accidentes laborales.

10. Rapport d'information au nom de la comisión de affaires européennes du sénat sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs, ponente Senador Eric Boquet, registrado ante la presidencia del senado el 18 de abril de 2013, p. 20.

11. Maville. Réacteur EPR de Flamanville: Bouygues doit 2,1 millions d'euros à l'État. Mercredi 27 octobre 2021, en https://nantes.maville.com/actu/actudet_reacteur-epr-de-flamanville-bouygues-doit-2-1-millions-d-euros-a-l-etat-_54135-4899545_actu.Htm (acceso: 02/05/2022).

Igualmente, en relación con el abuso de la subcontratación, el informe desvela la existencia de fraudes organizados que a menudo resultan en una cascada de subcontratistas y empresas “fantasma” dentro del país de envío. De modo que, cuanto más larga sea la cadena de subcontratación, mayor será la ventaja de complicar los controles, quedando sin responsabilidad el empresario principal. Dicho fraude suele llevarse a cabo por empresas que no tienen una actividad real en el país donde están afiliadas (donde las cotizaciones sociales son bajas) y son utilizadas por una empresa de otro país donde las cotizaciones sociales son mayores¹².

II. ¿SE PUEDEN ESTABLECER LÍMITES A LAS CADENAS DE SUBCONTRATACIÓN A FIN DE PROTEGER LA SALUD DE LOS TRABAJADORES?

Para la doctrina, una regulación que limite la subcontratación, como factor de riesgo específico, constituye una medida de prevención de riesgos laborales, aunque también repercute en otras condiciones de trabajo¹³. Abundando en esta cuestión, debe traerse a colación el reconocimiento que la Sentencia *Reino Unido contra Consejo (C-84/94)* realiza del vínculo existente entre la mejora de las condiciones laborales y la mejora de la salud laboral. Tal influencia positiva, según los términos de la mencionada Sentencia, se proyecta en el *medio de trabajo* y responde a un *objetivo* de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en un sentido amplio. Conceptos ambos cuyo alcance se precisa por el TJUE, apoyándose en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que define la salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente como un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna, amparando como medidas de protección de la salud también las medidas dirigidas a la mejora general de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena y su protección general¹⁴. López Gandía, Romero Rodenas y Toscani Giménez destacan la insuficiencia de la exigencia obligacional de coordinación y a la necesidad de actuar en “el factor previo de riesgo que es la propia subcontratación”¹⁵, advirtiendo que “la prevención de riesgos laborales en este sector no es una mera cuestión técnica [ni] un problema formal de coordinación”, como pone de manifiesto el alto nivel de siniestralidad existente¹⁶.

12. Rapport d’information au nom de la comisión de affaires européennes du sénat, op. cit. p. 22.

13. López Gandía, J. y Blasco Lahoz, J.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, ob. cit., p. 17 y ss.; González Ortega, S.: “Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en Mercader Uguina, J. R. (dir.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 46, 50-52 y 60, realiza un análisis extenso de tales fines preventivos en su interpretación del artículo 4 y 2.a) de la Ley 32/2006. En el mismo sentido, Fernández Urrutia, A. B.: “Un intento de freno a la siniestralidad y la precariedad laboral en las obras de construcción”, *Documentación Laboral*, núm. 80, 2007, pp. 51-128.

14. STJUE de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra Consejo), parágrafo 26.

15. López Gandía, J.; Romero Rodenas, M. J. y Toscani Giménez, D.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 18-19; Calvo Gallego, F. J.: “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *Temas Laborales*, núm. 87, 2006, pp. 28 y ss.

16. López Gandía, J.; Romero Rodenas, M. J. y Toscani Giménez, D.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, ob. cit., p. 25.

Con todo, la finalidad preventiva de las normas comunitarias deben ponerse en relación con el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, reconocidos, a nivel nacional, por la libertad de empresa garantizada por el artículo 38 de la Constitución¹⁷, y a nivel de la UE, por la libertad comunitaria de prestación de servicios garantizada en el artículo 56 TFUE, cuyas disposiciones realizan una concreción en el ámbito de los servicios, de la libertad de empresa de ámbito transnacional. En efecto, en virtud de esta disposición del Tratado, los Estados miembros deberán abstenerse de imponer obligaciones a los operadores transnacionales que obstaculicen su acceso al mercado nacional, lo que incluye el derecho de tales empresas a determinar libremente su oferta de servicios.

A la hora de imponer límites a las libertades de circulación hay que tener los nuevos retos en materia de salud laboral, entre los que se destaca la existencia de ciertas categorías de empresas particularmente vulnerables, precisamente porque cuentan con menos recursos para dotarse de sistemas complejos de protección de los trabajadores, de modo que tienden a verse más afectadas por el impacto negativo de los problemas de salud y de seguridad¹⁸.

Posiblemente la aportación más novedosa en este sentido vino de la mano de la Ley 32/2006 a la prevención de accidentes laborales en el sector de la construcción. Esta norma impone ciertos límites a la facultad empresarial de organización productiva, al exigir en su artículo quinto que la intervención de subcontratistas a partir del tercer nivel de subcontratación responda a causas objetivas. Con ello se pretende establecer una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. De esta suerte, la Ley 32/2006 impone limitaciones tanto a la libertad de empresa en su vertiente organizativa a nivel interno, como a la dimensión transnacional de dicha libertad, que se encuentra incorporada en el derecho a la libre prestación de servicios.

En este sentido, también es necesario señalar que el artículo quinto de la Ley 32/2006 no impone restricciones a la subcontratación *per se*, limitándose a intervenir respecto de usos abusivos de esta forma de organización productiva que guardan una vinculación objetiva con situaciones de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Por otra parte, ésta desarrolla una labor de saneamiento del mercado, particularmente de los efectos de la subcontratación como forma de inversión especulativa, en la que sucesivos intermediarios, sin organización productiva, asumen parte de la obra para su posterior venta a un tercero¹⁹. En efecto, el juego de fuerzas

17. Vid. STC 225/1993 [fundamento jurídico 3º, B)] y STC 83/1984 [fundamento jurídico 3º in fine].

18. Vid. sobre este particular, Toscani Giménez, D. y Alegre Nueno, M.: "Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto", *Aranzadi Social*, núm. 15, 2007, pp. 1921-1941.

19. Según la jurisprudencia del TJUE, puede admitirse "que una normativa nacional que incluye esta obligación, que persigue evitar la adquisición de terrenos agrícolas por razones puramente especulativas y que, de este modo, intenta facilitar la adquisición de estos terrenos con prioridad por parte de las personas que deseen cultivarlos, responde a un objetivo de interés general, en un Estado miembro en el que es un hecho indiscutido que los terrenos agrícolas constituyen un recurso natural limitado", STJUE de 25 enero 2007 (*Festersen*, C-370/05, párrafo 33).

de la oferta y la demanda, sin sujeción a límite alguno, conduce a que los empresarios que en el último eslabón de la cadena, que finalmente ejecutan la mayor parte de la obra, sean aquellos que aceptan asumirla por el margen más estrecho de beneficio, lo que incide directamente en las condiciones laborales y de seguridad que éstos pueden ofrecer a sus trabajadores resultando, consecuentemente, en unos índices de accidentes más altos²⁰. Este escueto beneficio no es otro que el precio remanente de la obra inicialmente contratada, una vez cubiertos los márgenes de la cadena de intermediarios, cuya intervención en sistema de producción a menudo comporta un escaso compromiso de prestación de servicios, en ocasiones reducido a un mero movimiento de capitales, lo que permite poner en cuestión que tal actividad pueda encontrarse amparada por el artículo 56 TFUE, si la intervención en la cadena prácticamente no comporta prestación de servicio alguno.

Lo mismo debe concluirse por lo que respecta a la libertad de empresa. Como pone de relieve Pérez de los Cobos, la consideración de la contratación y subcontratación de servicios como una forma de ejercicio de este derecho fundamental, impide amparar bajo esta fórmula a aquellos que no asumen el riesgo inherente a la misma, ni ejercen el poder de dirección²¹, de modo que desde los parámetros constitucionales del artículo 38 CE también cobran sentido los requisitos impuestos por la Ley 32/2006 que tienen como objetivo evidenciar, “la autenticidad empresarial, la solvencia organizativa y la consistencia productiva y patrimonial de las empresas que intervienen como los contratistas o subcontratistas en el sector de la construcción”²².

En consecuencia, la naturaleza contractual y significación jurídico-privada de la seguridad laboral hacen de ésta una condición de trabajo, integrante, por tanto, del contenido del contrato. A este respecto cabe apuntar que la Ley 32/2006 realiza una labor de identificación y objetivización de los elementos organizativos que impiden el cumplimiento de la prestación de seguridad laboral exigida al empresario. Se desarrolla así la óptica preventiva de la LPRL y de la Directiva Marco 89/391/CEE en relación al factor de riesgo organizativo, adelantándose por tanto la norma al incumplimiento a fin de evitar éste y, por ende, sus consecuencias dañosas. De modo que, la intervención jurídico-pública en el espacio del artículo 56 TFUE se circunscribe, en definitiva, a garantizar que el operador que participe en un sector especialmente caracterizado por sus altas tasas de siniestralidad esté en condiciones de dar cumplimiento al deber de seguridad ínsito a la prestación empresarial²³.

También hay que tener en cuenta que la imposición al empresario de un gravamen en materia de seguridad e higiene también tiene un componente contractual, independiente de la obligación de derecho público impuesta por el legislador. Como

20. *Vid.* Preámbulo de la Ley 32/2006, parágrafo 5.

21. Pérez de los Cobos Orihuel, F.: “Descentralización productiva y libertad de empresa”, *ob. cit.*, pp. 190-191.

22. González Ortega, S.: “Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, *ob. cit.*, 46 ss. y 57 ss.

23. Siendo precisamente dicho incumplimiento en donde cabe situar el origen de la siniestralidad en este sector, López Gandía, J.; Romero Rodenas, M. J. y Toscani Giménez, D.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, *ob. cit.*, p. 18.

pone de relieve Fernández Marcos, “el trabajador que arrienda su trabajo no puede separarse del objeto arrendado; entra, al mismo tiempo, como sujeto y objeto de la relación arrendataria, por lo que la relación de trabajo [...] no se agota con las prestaciones patrimoniales básicas (salario y servicios) sino que se integra y enriquece con otras prestaciones [...]. Muy especialmente, la “buena fe” que debe informar las relaciones contractuales en general, como consecuencia del carácter especialísimo de la prestación laboral, es el criterio que preside con especial relieve cuantas medidas posibles hayan de adoptarse para garantizar la vida y salud del trabajador, introduciendo un factor de equidad insoslayable”²⁴.

III. UNA MIRADA SECTORIAL: LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

La necesidad de instrumentos jurídicos que hagan efectivo el principio de coordinación de actividades empresariales en régimen de subcontratación tiene, además, una proyección sectorial de carácter específicamente transnacional, según se desprende de Dictamen del Comité Económico y Social Europeo relativo al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: “El Comité señala que los interlocutores económicos y sociales del sector de la construcción siguen con especial atención la aplicación de la Directiva 96/71/CE, tanto debido al dumping social como a las distorsiones de la competencia que resultan de este, habida cuenta de las condiciones específicas en las que se desplaza a la mano de obra de este sector, sobre todo en el desplazamiento transfronterizo. A este respecto, es esencial que haya medidas de control ajustadas a las particularidades del sector de la construcción, a fin de proteger tanto a los trabajadores del lugar como a los trabajadores desplazados que se ven afectados. Teniendo esto en cuenta, los planes de la Comisión no deberían inducir a que se debiliten los mecanismos de control de los Estados miembros que a lo largo del tiempo han demostrado que son positivos. La Comisión estaría en contradicción con su intención declarada de no cuestionar los diferentes modelos sociales implantados en los Estados miembros”²⁵.

Esto explica que el sector de la construcción hubiera recibido una particular atención por parte de la Directiva 96/71/CE en su redacción original al establecer, de modo incondicionado, la obligatoriedad de las condiciones de trabajo y empleo contempladas en su artículo 3, apartado 1º, según estén establecidas en los convenios colectivos de aplicación general en relación a “todas las actividades en el ámbito de la construcción relacionadas con la realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación

24. Fernández Marcos, L.: *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975, pp. 77 y ss.

25. Comité Económico y Social Europeo (CESE), Dictamen sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores”, COM (2007) 304 final, de 29 de mayo de 2008, CESE 995/2008, parágrafo 1.11.

o la eliminación de construcciones”²⁶. También los procedimientos en materia de desplazamiento de trabajadores que han llegado hasta el Tribunal de Justicia en su gran mayoría vienen referidos a este sector²⁷, cuyas particularidades a nivel transnacional ha descrito la doctrina²⁸; siendo de especial trascendencia las medidas estatales dirigidas a asegurar su seguridad y salud laboral. En palabras de Smith y Villiers, “los medios que tiene el empresario para garantizar la protección del trabajador desplazado en materia de salud laboral desde el país de origen son o bien extremadamente costosos en términos económicos o en todo punto «irrealistas»”²⁹. En el mismo sentido, Camas Roda y Martínez Aso han puesto el énfasis en la necesidad de desarrollo de medidas estatales, particularmente en materia preventiva, dirigidas a la protección de los trabajadores desplazados procedentes de otros Estados miembros los cuales, según el criterio de estos autores, aúnan tres factores de riesgo: una elevada tasa de ocupación en el sector de la construcción, los propios riesgos asociados a las cadenas de subcontratación y los vacíos de protección en relación a la cesión de ilegal y al desplazamiento de falsos autónomos a nivel comunitario³⁰.

En este contexto, necesitado de instrumentos normativos innovadores, se abre paso la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción (a la que ya hemos hecho mención como la “Ley 32/2006”). Sin duda, un instrumento innovador en sus medios, y trascendente en sus fines, al estar dirigido a la protección de la vida y la integridad física de los trabajadores en un sector marcado por muy elevadas tasas de siniestralidad. Los instrumentos elegidos por la Ley 32/2006 encaminados a dicha finalidad constituyen, por tanto, una importante contribución a la superación del mencionado desfase del que adolecen las instituciones laborales, tan largamente denunciado por la doctrina.

La Ley 32/2006 ha asumido la difícil tarea de frenar la siniestralidad en las obras de la construcción, mediante una proyección horizontal del principio comunitario de coordinación recogido en el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo³¹ (en adelante la “Directiva Marco 89/391/CEE”). La Ley 32/2006 permite así hacer efectivo el principio de coordinación en el sector de la construcción, cuya relevancia llevó a la aprobación de

26. Vid. artículo 3, apartado 1º en relación con el artículo 3, apartado 8º y Anexo I de la redacción original [O] L 18, 21.1.1997, p. 1-6].

27. STJUE de 3 de febrero 1982 (asuntos 62 y 63/81, Seco y Desquenne) STJUE de 27 de marzo de 1990, (asunto *Rush Portuguesa*, C-113/89) en ambos casos referidos a la Construcción infraestructuras de ferrocarril; STJUE de 9 agosto 1994 (asunto *Vander Elst*, C-43/93) en relación a la construcción y la demolición especializada; y STJUE de 28 marzo 1996 (asunto *Guiot*, C-272/94), STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) relativos al sector de la construcción en general.

28. Vid. Cremers, J.: “Free movement of services and equal treatment of workers: the case of construction”, *Transfer*, vol. 12, num. 2, 2006, pp. 172 y ss., sobre las particularidades normativas de este sector.

29. Smith, R. y Villiers, C.: “Protecting internationally posted workers”, *The Juridical Review*, num. 3, 1996, p. 169.

30. Camas Roda, F. y Martínez Aso, M.: “El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009, pp. 107-108.

31. D.O. nº L 183 de 29.6.1989, p. 1/8.

la octava Directiva específica que desarrolla las disposiciones de la Directiva Marco 89/391/CEE, en concreto, de la Directiva 92/57/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles (en adelante, la “Directiva 92/57/CEE”)³².

En el Preámbulo de dicha norma se motiva la necesidad de una actuación específica en este sector atendiendo a los riesgos particularmente elevados para los trabajadores derivados de la participación simultánea o sucesiva de empresas diferentes en una misma obra de construcción temporal o móvil, lo cual es especialmente relevante en caso de subcontratas transnacionales que operen en nuestro país. De forma que la falta de coordinación debida durante la ejecución de la obra puede dar lugar a un número elevado de accidentes de trabajo, realizando una particular mención a los trabajadores autónomos y a los empresarios pues “cuando ellos mismos ejercen una actividad profesional en una obra de construcción temporal o móvil [...] pueden poner en peligro, por dichas actividades, la seguridad y la salud de los trabajadores”³³.

La proyección horizontal del principio de protección de la salud y del principio de coordinación de las actividades empresariales, en tanto que principio instrumental del primero, se pone de manifiesto en la estructura de la Ley, que resulta plenamente aplicable a los operadores externos. De una parte, el cumplimiento de determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas, establecido en el artículo 5 de la Ley 32/2006, concreta los principios de eliminación de riesgos evitables y de actuación en el origen de los mismos, contenidos en el artículo 6, apartado 2º, letras a) y c) de la Directiva Marco 89/391/CEE³⁴.

De otra parte, la exigencia de una serie de requisitos de autenticidad empresarial, solvencia organizativa y preventiva, incorporadas en el artículo 4, parten de un segundo principio general de prevención contenido en artículo 6, apartado 2º, letra g), de la Directiva Marco que exige “planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo”, introduciendo para ello, como reza el Preámbulo de la Ley 32/2006, “los adecuados mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra”³⁵.

En este sentido, además de los requisitos directamente relacionados con la actividad preventiva contenidos en los artículos 4.2, 5.4 y 10 de la Ley 32/2006, las

32. D.O. nº L 245 de 26.8.1992, p. 6/22. Vid. Goerlich Peset, J. M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1997, pp. 125-156.

33. Considerandos 5º, 7º y 10º.

34. De conformidad también con el artículo 3, apartado 3º, del Convenio núm. 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006), a cuya ratificación se insta en la Comunicación de la Comisión relativa a la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo COM (2007) 62 final, ob. cit., p. 15 y 16, y a la que procedió España el 5 de mayo de 2009.

35. Preámbulo de la Ley 32/2006 [parágrafo 8].

exigencias de solvencia empresarial, capacidad organizativa y autenticidad empresarial “permiten distinguir aquellas empresas con capacidad para asegurar un cumplimiento riguroso de la normativa preventiva”³⁶. Por otro lado, como ha señalado la doctrina repetidamente, la dicción del artículo 4 de la Ley 32/2006 es una construcción *sensu contrario* de los elementos contenidos en el artículo 43.3 ET y de la jurisprudencia en materia de cesión ilegal. En ambos casos se persigue expulsar del tráfico jurídico, y por tanto del mercado, la cesión de mano de obra realizada tanto por empresas ficticias, interpuestas o aparentes, como por ejemplo empresas reales establecidas en otro Estado miembro que no ejercen sus funciones organizativas y de dirección “inherentes a su condición de empresario”. Es decir, de aquellas empresas que no ponen esa organización al servicio de la contrata o subcontrata, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, el Alto Tribunal, para establecer la frontera entre las contratas de obras y los fenómenos de cesión ilegal de trabajadores, ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, o de estructura productiva)³⁷ positivizados en el actual apartado 2 del artículo 43 ET³⁸.

Todo ello ha permitido a la doctrina hacer un balance positivo en cuanto a la proporcionalidad y adecuación de la Ley 32/2006 al derecho de la Unión, pues en éste área material el ordenamiento comunitario y el ordenamiento español comparten una misma perspectiva constitucional: “Cabe afirmar que el artículo quinto de la Ley 32/2006 restringe la libertad de empresa desde la perspectiva de acordar el modo de organizar el proceso productivo; pero se trata de un límite relativo, no de una privación total de la facultad, justificado; no arbitrario, sino basado en los resultados a que ha conducido la situación precedente; proporcionado, en función de los objetivos marcados y de las reglas impuestas; razonable [pues] las prohibiciones admiten excepciones; ponderado [ya que] la *vacatio legis* es respetable, la vigencia de alguna regla es progresiva; idóneo [puesto que] se limita sólo el alcance de las facultades lesivas para los derechos de los trabajadores; e indispensable, [ya que] sólo con la prohibición puede evitarse la excesiva subcontratación”³⁹.

36. González Ortega, S.: “Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, ob. cit., pp. 51-52.

37. STS de 12 de septiembre de 1988 (Ar. 6877), STS de 16 de febrero de 1989 (Ar. 874), STS de 17 de enero de 1991 (Ar. 58) y STS de 19 de enero de 1994 (Ar. 352).

38. Con todo, López Gandía, J.; Romero Rodenas, M. J. y Toscani Giménez, D.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, ob. cit., p. 20, han puesto de relieve que cuando la Ley 32/2006 admite la intervención de subcontratistas cuya organización productiva en la obra consista básicamente en la aportación de mano de obra, “pese a que éstas no aportan ningún valor añadido, viene a legalizar una cierta cesión de mano de obra que se produce habitualmente en el sector”.

39. Sempere Navarro, A. V.: “Libertad de empresa y limitaciones a la subcontratación constructiva”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2006, pp. 293-306 [BIB 2006\2766]. (Se han eliminado los paréntesis del texto original).

Ésta es la evaluación que realiza Sempere Navarro de la Ley 32/2006, que es la que mejor describe la intervención del legislador español en el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de empresa, y que en el ámbito del mercado interior de servicios se concreta en la libertad fundamental a la libre prestación de servicios. Ciertamente, si en la Sentencia *Omega* se llegó a considerar que la explotación comercial de juegos de entretenimiento de “jugar a matar” menoscaba un valor fundamental consagrado por la constitución alemana y en el ordenamiento comunitario, como es la dignidad humana; es obligado concluir que los riesgos laborales vinculados al abuso de la subcontratación –cuyo resultado es la muerte y daños físicos de los trabajadores (en este caso no ficticios)– atentan directamente contra el derecho fundamental a la salud, seguridad y dignidad en el trabajo.

Así, el Tribunal de Justicia ha admitido de forma expresa que la protección social de los trabajadores del sector de la construcción constituye una de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción a la libre prestación de servicios, así como las medidas de control necesarias para garantizar su observancia. Concretamente, en *Guiot* y en *Arblade* se otorgará reconocimiento a este objetivo legislativo, al introducirse la perspectiva sectorial referida al interés general “vinculado a la protección social de los trabajadores del sector de la construcción, a causa de circunstancias específicas de este sector”⁴⁰.

IV. CONSIDERACIÓN DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS COMO LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A LOS RIESGOS DERIVADOS DEL TRABAJO

131

El desplazamiento de trabajadores entre los Estados miembros de la Unión Europea se encuentra regulado en la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios que ha sido modificada por las Directivas 2014/67/UE y 2018/957/UE. A grandes rasgos, y de acuerdo con esta normativa durante el período de la prestación de los servicios en dicho marco, serán de aplicación las disposiciones legales del país de acogida sobre las condiciones relativas a la seguridad y salud laborales. No obstante, deberán respetarse las normas del país de origen que, en dicha materia, resulten más favorables para el trabajador que las del país de destino, de este modo, la empresa además de cumplir las normas del país de destino, deberá cumplir también la propia.

En este sentido, la doctrina ha puesto sobre la mesa la posibilidad de incluir a dichos trabajadores dentro de la categoría de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Para ello, se parte del artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE que se refiere a “grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles” que deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. La

40. STJUE de 28 marzo 1996 (asunto C-272/94, *Guiot*) [parágrafo 16]; STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [parágrafo 51].

Comisión Europea ha manifestado la necesidad de prestar atención específica a ciertos grupos que se consideran vulnerables. En especial, se trata de los trabajadores de mayor edad, los jóvenes, las mujeres y los trabajadores migrantes, entre otros⁴¹. Sin embargo, los trabajadores desplazados no han sido considerados de manera expresa como trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales, ni en las Directivas específicas derivadas de la Directiva 89/391/CEE, ni *a posteriori* en otros documentos elaborados a nivel de la UE.

Por lo tanto, al igual que ocurre con el resto de trabajadores, la Directiva 89/391/CEE y la LPRL constituyen la legislación aplicable a los trabajadores desplazados desde el punto de vista de la PRL; aunque ni dicha Directiva ni la citada ley se refieren de manera expresa a los trabajadores desplazados. En la normativa española sobre prevención de riesgos laborales, los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales vienen referidos en el artículo 25.1 de la LPRL, según el cual "(...) el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias *características personales o estado biológico conocido*, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo".

Junto con esta disposición, en el artículo 26 LPRL se recogen medidas específicas para las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente. En el artículo 27 LPRL se contemplan otras dirigidas a los menores. Y en el artículo 28 LPRL se contempla como colectivo especialmente sensible a los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como a los contratados por empresas de trabajo temporal.

A partir de estos preceptos, parte de la doctrina se posiciona para calificar como especialmente sensibles a los riesgos laborales a los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación de servicios transnacional. Estas posturas se dividen a su vez en dos líneas argumentales distintas:

Por un lado, ciertos autores ven posible y necesario considerar a estos trabajadores como especialmente sensibles a los riesgos laborales en base a una interpretación amplia del artículo 25 LPRL. En tal caso, la especial sensibilidad del trabajador derivaría del impacto que el desplazamiento tiene en las características personales del trabajador desplazado.

En segundo lugar, ciertos autores sostienen la posibilidad de considerarlos como un colectivo merecedor de una tutela específica, es decir, mantienen que el desplazamiento en sí mismo representa un riesgo laboral susceptible de especial protección desde un punto de vista objetivo. Por último, hay parte de la doctrina que no considera necesaria la inclusión de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional, en ninguno de los dos supuestos anteriores.

41. Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones "Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)", 21 de febrero de 2007.

A. Trabajadores especialmente sensibles de manera individual

La definición general del artículo 25 LPRL se refiere solo a las “características personales” o al “estado biológico conocido”, por lo que los trabajadores desplazados no podrían ser considerados especialmente sensibles a los riesgos laborales de manera objetiva en función del tipo de trabajo que realizan en el país del destino. Según la definición del artículo 25 LPRL, la especial sensibilidad es una circunstancia que se encuentra en el propio del trabajador y no en el tipo de trabajo que realiza⁴².

Conviene aclarar además que los riesgos a los que se refiere la especial sensibilidad no son especiales, sino que se trata de los riesgos generales que derivan de cualquier tipo de trabajo, pero que repercuten de manera especial sobre determinados colectivos más vulnerables⁴³. En este sentido, la especial sensibilidad no es una característica que el trabajador posea en abstracto, sino respecto a riesgo concreto⁴⁴.

Además, interesa señalar que dicho artículo ha sido interpretado en sentido amplio de modo que dentro del concepto de “estado biológico conocido” cabe incluir no solo a los trabajadores especialmente sensibles a riesgos físicos, químicos o biológicos, sino también a los de carácter psicosocial⁴⁵. Por ello, el concepto de estado biológico conocido, entendido en sentido amplio, incluye cualquier enfermedad o síntoma de ésta, así como cualquier estado fisiológico que padezca el trabajador. En otras palabras, su ámbito de aplicación se extiende a la protección de la salud en general y no solo a la ausencia de accidentes o enfermedades⁴⁶.

Resulta importante tener en cuenta que, tratándose de un concepto subjetivo, para poder ser considerado trabajador especialmente sensible y acceder a las tutelas que derivan de dicha calificación, el empresario tiene que conocer el estado biológico del trabajador o las condiciones personales que dan lugar al nacimiento de la especial sensibilidad⁴⁷. En otras palabras, la valoración de la especial sensibilidad del trabajador deberá hacerse en un momento posterior, pues la consideración como trabajador especialmente sensible no dependerá de la interacción entre el desplazamiento y las características personales, y no del simple desplazamiento o del trabajo a desempeñar.

42. Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, Secretaría de salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, Madrid, 2019, p. 82.

43. López Ahumada, J.dE.: *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 30.

44. Quintero Lima, G.: “La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remedios institucionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. IV, núm.1, 2012, p. 193

45. Cos Egea, M.: “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 3, núm. 12, 2010, p. 3.

46. Recuérdese en este sentido que el concepto de salud debe entenderse en un sentido amplio, tal y como lo define la Organización Mundial de la Salud (OMS), según la cual se trata de un “estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente como un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna, amparando como medidas de protección de la salud también las medidas dirigidas a la mejora general de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena y su protección general”.

47. Cos Egea, M.: “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, ob. cit., p. 4.

Por otro lado, el concepto de “características personales” también se interpreta en sentido amplio, por lo que se entiende que no solo comprende circunstancias de carácter físico, sino que también quedan incluidas las de otro tipo, en este caso, las derivadas del desplazamiento transnacional⁴⁸. En este sentido, formarían parte de las características personales del empleado, su lugar de origen, y que en ocasiones los trabajadores desplazados no tengan la misma escala de valores ni perciban los riesgos laborales de la misma forma que los trabajadores del país de destino. También habría que considerar como características personales la nacionalidad del trabajador o el desconocimiento del idioma del lugar de trabajo. En definitiva, la doctrina ha considerado que el artículo 25 LPRL contempla un supuesto genérico y de aplicación expansiva⁴⁹.

La calificación como trabajadores especialmente sensibles tiene trascendencia a efectos prácticos puesto que la empresa deberá tener en cuenta esta circunstancia tanto en la evaluación de riesgos como en la adopción de las correspondientes medidas de protección, en particular, en lo que se refiere a la adaptación del puesto de trabajo. No obstante, el hecho de quedar encuadrado como trabajador especialmente sensible no significa necesariamente que haya de adoptarse medidas de protección nuevas o diferentes, sino que las tradicionales adquirirán un carácter específico y una mayor intensidad⁵⁰. Incluso, puede darse el caso de que un trabajador especialmente sensible pueda realizar las mismas tareas que sus compañeros sin necesidad de que se pongan en marcha medidas de protección específicas debido a que la valoración de la especial sensibilidad del trabajador debe hacerse en un momento posterior puesto que no depende del trabajo encomendado sino de las condiciones subjetivas del trabajador. Así, lo que se pretende con la calificación como trabajador especialmente sensible es la aplicación de unas medidas específicas, que, a partir de la evaluación de riesgos y las acciones de vigilancia de la salud, permitan controlar el impacto de los riesgos laborales en la salud del trabajador⁵¹.

B. Los trabajadores desplazados como colectivo diferenciado

Junto con la calificación de los trabajadores desplazados como trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales de carácter individual, parte de la doctrina científica defiende que dichos trabajadores deben ser considerados como un colectivo específico al que habría que proteger de manera especial. De este modo, el hecho de pertenecer a este grupo ya les haría merecedores de esa protección específica como trabajadores especialmente sensibles.

48. Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, ob. cit., p. 81.

49. Moreno Solana, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 40.

50. Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, ob. cit., p. 84.

51. Moreno Solana, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, ob. cit., p. 49.

Conviene recordar que la Directiva 89/391/CEE, hace referencia a “grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles” que deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. Por lo tanto, la cuestión que se plantea es si los trabajadores desplazados tienen una serie de características comunes que determinan que puedan ser considerados como un grupo a efectos del artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE. Para ello, resulta necesario que los sujetos que lo conforman compartan características comunes bien definidas⁵².

Al respecto, interesa señalar que, siendo cierto que ni la Directiva Marco ni la LPRL incluyen expresamente a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional entre los grupos que merecen una especial protección, tampoco recogen una lista cerrada de cuáles son los grupos que tienen que ser considerados especialmente sensibles a los riesgos laborales, por lo que nada impediría que los trabajadores desplazados pudiesen constituir un grupo nuevo de trabajadores especialmente sensibles desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. En consecuencia, los trabajadores desplazados podrían constituir un colectivo especial en función de la normativa específica a la que están sometidos⁵³.

Este argumento encuentra apoyo en la Resolución del Consejo de 25 de junio de 2007 sobre una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012) que instó a los Estados miembros a que “presten especial atención a las nuevas tendencias del empleo, como el aumento del trabajo por cuenta propia, la externalización, la subcontratación, los trabajadores migrantes y los trabajadores desplazados”.

De esta manera, puede entenderse que el Consejo considere el desplazamiento de trabajadores como una situación que debe de ser tenida en cuenta de manera específica por parte de los Estados miembros desde el punto de vista de su protección en materia de salud y seguridad laboral⁵⁴.

Un segundo argumento a favor de esta tesis se apoya en el hecho de que los trabajadores prestan servicios de manera temporal en un país diverso de aquel en el que firmaron el contrato de trabajo, y en el que tienen fijada su residencia. En consecuencia, podrían estar expuestos a riesgos laborales nuevos y diferentes respecto a aquellos a los que lo estaban en su país de origen⁵⁵. En este sentido, podría decirse que los trabajadores desplazados están expuestos a riesgos similares a los que soportan los trabajadores temporales o puestos a disposición mediante una empresa de trabajo temporal, debido a que componente de temporalidad, que de acuerdo con el artículo 28 de la LPRL, es merecedor de una especial protección, es la nota común en todos estos casos.

52. Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, ob. cit., p. 92.

53. *Ibid.*, p. 93.

54. Camas Roda, F. y Martínez Aso, M.: “El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, ob. cit., p. 108.

55. Camas Roda, F. y Martínez Aso, M.: “El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, ob. cit., p. 94.

Del mismo modo, los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional tienen notas características comunes a los trabajadores migrantes, de modo que comparten los riesgos laborales derivados de la realización de actividades profesionales en un contexto diferente.

En consecuencia, a partir de los argumentos apuntados, parte de la doctrina considera que puede considerarse a los trabajadores desplazados como un colectivo especial, que merecen, por tanto, una tutela preventiva específica en base a los particulares riesgos laborales que afectan a dicho colectivo⁵⁶.

Frente a esta postura, otros autores sostienen que el colectivo de los trabajadores desplazados temporalmente no puede considerarse especialmente sensible en general, como categoría. En otras palabras, no se considera que el desplazamiento temporal convierta al trabajador desplazado, en abstracto y *a priori*, en más sensible a los riesgos laborales en los términos exigidos por el artículo 25 LPRL⁵⁷. En consonancia con esto, el mero hecho de ser un trabajador desplazado no daría lugar al reconocimiento de la condición de especial vulnerabilidad a los riesgos laborales de manera automática.

C. Negación de la condición de trabajador especialmente sensible

Frente a quienes consideran que el desplazamiento temporal para prestar servicios en un país extranjero está sujeto a unos riesgos de suficiente entidad como para considerar la posibilidad de agruparlos dentro de la categoría de trabajadores especialmente sensibles a dichos riesgos, bien de forma individual o bien como pertenecientes a un colectivo específico, una parte de la doctrina apunta que el desplazamiento por sí mismo no afectaría a un sujeto de un modo tan relevante como para considerar que dicho desplazamiento es una causa general de especial sensibilidad.

En este sentido, consideran que los trabajadores desplazados no constituyen una nueva categoría de trabajadores especialmente sensibles, pero, aun así, son sujetos que necesitan de una tutela especial desde el punto de vista de la PRL, en concreto, a través de la adaptación de la protección del trabajador desplazado a sus características personales ex artículo 15.1.d) LPRL⁵⁸.

Conviene recordar que este artículo recoge uno de los principios de la acción preventiva, y como tal resulta aplicable a cualquier trabajador con carácter general. En el citado precepto se articula el principio ergonómico-personalista al enunciar el deber de "(...) adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud".

56. *Ibid.*, p. 96.

57. Quintero Lima, G.: "La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remedios institucionales", *ob. cit.*, p. 193.

58. *Ibid.*, p.194.

En definitiva, este principio general obliga a realizar modificaciones en las condiciones de trabajo para adaptarlas a la persona ante riesgos laborales que no superan un nivel que puede considerarse estándar. Cuando este estándar se supera es cuando estaremos ante un supuesto de especial sensibilidad a los riesgos laborales, y la adaptación de las condiciones laborales se realizaría por la vía del artículo 25 LPRL, y no del artículo 15 LPRL. En el caso de los trabajadores desplazados, este derecho general con el que cuentan todos los trabajadores podría expandirse para los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, por lo que las obligaciones del empresario se intensificarían.

V. CONCLUSIONES

La protección de la seguridad y salud de los trabajadores entronca directamente con el derecho fundamental a la vida y la integridad física de las personas y viene garantizada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFU), que en su artículo 31.1 establece que “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad”. Esta disposición encuentra, a su vez, fundamento en el artículo 3 de la Carta Social Europea, en el punto 19 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y, en lo que respecta al derecho a la dignidad en el trabajo, en el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada, sin olvidar las reglas comunes a los derechos nacionales que conforman principios generales del orden jurídico de la Unión.

La aplicación y desarrollo de la protección de la salud de los trabajadores en los países miembros de la Unión Europea parte de la Directiva Marco 89/391/CEE, de la que derivan numerosas directivas de carácter específico⁵⁹ en materia de prevención de riesgos laborales y otras relativas a determinados riesgos laborales⁶⁰ o a ciertos colectivos merecedores de una protección específica⁶¹. De modo que una vez que

59. Directiva 89/654/CEE, del 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo; Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE; Directiva 89/656/CEE del Consejo, del 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual.

60. Directiva 90/269/CEE, del 29 de mayo de 1990, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores; Directiva 98/24/CE del Consejo, del 7 de abril de 1998, relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo; Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización; Directiva 90/679/CEE del Consejo, de 26 de noviembre de 1990, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; Directiva 2002/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de junio de 2002, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (vibraciones); Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de febrero de 2003, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido).

61. Directiva 94/33/CE del Consejo, del 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

se considera que los trabajadores desplazados son un colectivo merecedor de una tutela específica en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, parece razonable incluirlos en la categoría de trabajadores “especialmente sensibles”. De este modo, la obligación preventiva de la empresa debería intensificarse para adaptarse a la situación específica de los trabajadores desplazados, reforzando aún más la atención específica para la prevención de riesgos en estas situaciones.

En efecto, la prestación de servicios transnacional no puede implicar un déficit en la protección de los trabajadores desplazados puesto que tienen garantizada la aplicación la normativa del país de destino, que está armonizada en el marco de la Unión Europea mediante la Directiva Marco y las directivas específicas.

Por otro lado, si el desplazamiento tuviera como destino un país no perteneciente a la Unión Europea, habrá de recurrir a los convenios internacionales vigentes. Más concretamente, será necesario acudir a las normas bilaterales de aplicación o a los Convenios de la OIT, en particular a los Convenios núm.155 y núm.187 sobre seguridad y salud de los trabajadores⁶². En todo caso, el hecho de prestar servicios en un país diferente al de origen no impide que resulte de aplicación el deber general de protección y el resto de obligaciones que de este se derivan, previsto en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales [Ley 31/1995, 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)]. Dicho artículo reconoce a los trabajadores el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, lo que supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. En cumplimiento de este deber, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, adoptando cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y dispondrá lo necesario para la adaptación de estas medidas a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo (art. 14.2 LPRL).

BIBLIOGRAFÍA

- Calvo Gallego, F. J.: “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *Temas laborales*, núm. 87, 2006, pp. 13-82.
- Camas Roda, F. y Martínez Aso, M.: “El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009, pp. 105-132.
- Cos Egea, M.: “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 12, 2010, pp. 79-106.
- Cremers, J.: “Free movement of services and equal treatment of workers: the case of construction”, *Transfer*, Vol. 12, num. 2, 2006, pp. 167-181, DOI: <https://doi.org/10.1177/102425890601200205>.
- Danaj, S.: “Health and Safety Implications of Posted Work: The Example of British Engineering Construction”, en Rogelja, N. y Toplak, K. (eds.): *POOSH -Occupational Safety and Health of Posted Wor-*

62. Gil y Gil, J. L.: “Los trabajadores migrantes y la OIT”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009, pp. 241 y ss.

- kers, *International Confernece. Programme and Book of Proceedings*, ZRC Publishing House, Ljubljana, 2017, pp. 11-14.
- Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, Secretaría de salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, Madrid, 2019.
- Fernández Marcos, L.: *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975.
- Fernández Urrutia, A. B.: "Un intento de freno a la siniestralidad y la precariedad laboral en las obras de construcción", *Documentación Laboral*, núm. 80, 2007, pp. 51-128.
- Gil y Gil, J. L.: "Los trabajadores migrantes y la OIT", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009, pp. 241-264.
- Goerlich Peset, J. M.: "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1997, pp. 125-156.
- González Ortega, S.: "Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción", en Mercader Uguina, J. R. (dir.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 46-75.
- Gorelli Hernández, J.: "La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral", *Tribuna Social*, núm. 198, 2007, pp. 36-48.
- Hortal Ibarra, J. C.: "Subcontratación, cesión legal de trabajadores y responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales", *Tribuna Social*, núm. 175, 2005, pp. 22-28.
- López Ahumada, J. E.: *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- López Gandía, J. y Blasco Lahoz, J.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- López Gandía, J.; Romero Rodenas, M. J. y Toscani Giménez, D.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- Moreno Solana, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "Descentralización productiva y libertad de empresa", en Pérez de los Cobos Orihuel, F. (coord.): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 181-220.
- Quintero Lima, G.: "La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remedios institucionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. IV, núm.1, 2012, pp. 180-221.
- Rivero Lamas, J.: "La descentralización productiva", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Zaragoza, 2000, pp. 17-94.
- Sempere Navarro, A. V.: "Libertad de empresa y limitaciones a la subcontratación constructiva", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2006, pp. 293-306.
- Smith, R. y Villiers, C.: "Protecting internationally posted workers", *The Juridical Review*, num. 3, 1996, pp. 167-187.
- Toscani Giménez, D. y Alegre Bueno, M.: "Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto", *Aranzadi Social*, núm. 15, 2007, pp. 1921-1941.



El teletrabajo y el desplazamiento de trabajadores a través de plataformas digitales

TELEWORKING AND POSTING OF WORKERS THROUGH DIGITAL PLATFORMS

Carmen Tatay Puchades

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia

Carmen.Tatay@uv.es 0000-0002-9686-6380

Recibido: 07.11.2022 | Aceptado: 11.12.2022

RESUMEN

La digitalización de la economía, especialmente en el contexto de la pandemia provocada por la crisis del COVID-19, abre un nuevo escenario de análisis sobre distintas alternativas para regular el teletrabajo. Se requiere, pues, un nuevo enfoque y una evaluación completa y profunda de los problemas de interpretación y aplicación respecto del lugar de prestación de servicios de los teletrabajadores internacionales, a fin de determinar las condiciones de trabajo aplicables y la legislación aplicable en materia de Seguridad Social. Por otra parte, en la actualidad son muchas las empresas que ofrecen los servicios de trabajadores desplazados a través de plataformas digitales. En mayor o menor medida, las plataformas pueden establecer los términos en los que los “trabajadores desplazados proveedores de servicios” suministran su trabajo y, por lo tanto, la relación entre los proveedores de servicios y las plataformas puede exhibir algunas de las características asociadas con las relaciones laborales, lo que podría resultar en un falso trabajo por cuenta propia. Esto presenta un desafío sustancial para el derecho laboral.

ABSTRACT

The digitization of the economy, especially in the context of the pandemic caused by the COVID-19 crisis, opens a new scenario of analysis on different alternatives for regulating telework. It is thus required a new approach and a complete and in-depth assessment of the problems of interpretation and application with respect to the place of provision of services of international teleworkers, in order to determine the applicable working conditions and the applicable law on Social Security. On the other hand, there are currently many companies that offer the services of posted workers through digital platforms. To a greater or lesser extent, platforms may set the terms on which “service provider posted workers” supply their work, and thus the relationship between service providers and platforms may exhibit some of the characteristics associated with labor relations, which could result in bogus self-employment. This presents a substantial challenge for labor law.

PALABRAS CLAVE

Teletrabajo internacional
Servicios digitales
Covid-19
Desplazamiento de trabajadores
Plataforma de trabajo

KEYWORDS

International telework
Digital services
Covid-19
Posting of workers
Platform work

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. REGULACIÓN LEGAL EN ESPAÑA
 - A. La situación y la regulación pre COVID-19
 - B. Medidas normativas adoptadas con urgencia durante la COVID-19
 - C. Regulación sobre el teletrabajo con vocación de estabilidad
- III. EL TELETRABAJO EN EUROPA: LOS TELETRABAJADORES TRASNACIONALES
 - A. Criterios generales de determinación de la ley aplicable a un contrato internacional
 - B. ¿Aplicación de la ley del lugar habitual del trabajo de los teletrabajadores?
 - C. El lugar de contratación del teletrabajador internacional
 - D. La cláusula de escape (art. 8.4 RR) conforme a la doctrina *Schlecker*
- IV. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TELETRABAJADORES INTERNACIONALES
- V. EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES
 - A. El falso trabajo autónomo de trabajadores desplazados
 - B. El expansivo “test de la subordinación” en el caso *Danosa*
 - C. Concepto de “trabajador” en el trabajo de plataforma: el caso *Yodel*
- VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS CLAVES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Junto al teletrabajo que podría considerarse como “clásico” por proceder de la revolución tecnológica que surgió a partir de la década de los años setenta del pasado siglo, y por consistir en la prestación de servicios a través de la red durante un largo plazo y para un único empleador, han aparecido otras nuevas formas de empleo. Ciertamente, de la mano de la *gig economy* ha llegado el *crowdworking*, en el que los trabajadores realizan actividades de corta o muy corta duración para múltiples y cambiantes destinatarios a través de plataformas informáticas. En ese sentido, resulta útil la definición de “servicio de la sociedad de la información” que propone la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000¹. A saber: “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”. Entendiéndose, a efectos de esa definición: que “a distancia” supone un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente; y que “por vía electrónica” significa que el servicio se envía desde la fuente y se recibe por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos, que se transmiten, canalizan y reciben enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético.

Se produce una digitalización de la economía que abre retos a los que deben responder las regulaciones nacionales e internacionales que se ocupan de ordenar las relaciones laborales y el derecho a la Seguridad Social. De ahí que esta investigación aborda, en primer lugar, las normas españolas que buscan adaptar el marco jurídico actual a los nuevos desafíos que plantea esa sustancial transformación del mercado laboral y, más en par-

1. Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y, en particular, al comercio electrónico en el mercado interior.

titular, las que se destinan a regular el trabajo por cuenta ajena que se presta a distancia y en virtud de medios telemáticos, sean fijos o móviles. Se trata de una solución nacional que no es ajena a las propuestas negociadas por los representantes sindicales y patronales en el ámbito supranacional o europeo. Así, desde el viejo Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (2002), hasta ulteriores Declaraciones conjuntas, tales como: la relativa al teletrabajo de los interlocutores sociales europeos del sector seguros completada con otra sobre los efectos sociales de la digitalización en el mismo sector; la más tardía sobre el impacto de la digitalización en el empleo en el sector bancario; o en fin, la previa sobre teletrabajo entre la Plataforma Patronal del Consejo de Municipios y Regiones de Europa y la Federación Sindical Europea de Servicios Públicos de Europa.

En segundo lugar, y con mayor detenimiento, este estudio profundiza en el marco jurídico aplicable a los teletrabajadores en el ámbito europeo, intentando determinar cuál ha de ser la ley aplicable a quien teletrabaja para empresas situadas en otro Estado miembro de la Unión Europea. En este sentido, se advierte que en muchos aspectos la regulación comunitaria ya no resulta adecuada para abordar los desafíos de la economía digital. Se requiere un nuevo enfoque y una evaluación compleja de los problemas de interpretación y aplicación con respecto al lugar de prestación de servicios de los teletrabajadores internacionales, a fin de poder determinar sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social.

En fin, ambas cuestiones han cobrado aún mayor relevancia en el contexto de la pandemia causada por la crisis sanitaria derivada de la COVID-19. Efectivamente, se ha abierto un nuevo escenario que ha acelerado los cambios tecnológicos del mercado laboral, llevando a millones de personas a teletrabajar, afianzándose este modo de prestar servicios, al menos temporalmente, como una forma común de trabajar en una nueva normalidad.

II. REGULACIÓN LEGAL EN ESPAÑA

A. La situación y la regulación pre COVID-19

Cuando la Organización Mundial de la Salud declaró la situación de pandemia internacional causada por el virus SARS-CoV-2, en España se decretó un estado de alarma –ahora considerado inapropiado por el Tribunal Constitucional– para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la enfermedad COVID-19, en términos que fueron prorrogándose² hasta el inicio de una llamada “nueva normalidad”³. Sin embargo, el incremento de los

2. Por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (14 de marzo de 2020), en términos que modificó el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo (BOE de 18 de marzo de 2020). Inicialmente se determinó que dicha alarma abarcaría 15 días naturales hasta el 28 marzo de 2020, pero después fue sucesivamente prorrogándose por períodos quinquenales hasta las 00:00 h del 21 de junio de 2020 (así mediante los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril, 492/2020, de 24 de abril, 514/2020, de 8 de mayo, 537/2020, de 22 de mayo y, en fin, Real Decreto 555/2020, de 5 de junio).

3. Así en virtud del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 10/06/20).

brotos y la transmisión descontrolada de la enfermedad llevó a un segundo estado de alarma que, tras ser prorrogado, finalizó el pasado 9 de mayo de 2021⁴.

Hasta ese momento, un acercamiento a los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística español y, más concretamente, a las respuestas dadas a la pregunta sobre “Uso de internet para trabajar desde casa”, permitía deducir la escasa utilización de este modo de trabajar, así como el hecho de que, paradójicamente, las mujeres recurrirían menos que los hombres, a pesar de que para las mujeres con hijos, uno de los mayores valores del trabajo era que admitiera medidas de conciliación (teletrabajo, flexibilidad en el horario, en las vacaciones...)⁵. Mientras que, a nivel internacional, se concluía que se advertía una oscilación en su uso desde el 2% al 40%, dependiendo del país, profesión, sector o frecuencia de utilización, aunque, con alcance general se advertía que: era mayor el porcentaje de personas que recurrían al teletrabajo de forma ocasional que regular; devenía más común entre los profesionales y los directivos, resultando también significativo en tareas administrativas y en ventas; y que si bien era “más probable que sean los hombres los que realicen T/TICM”, no obstante, las mujeres –debido a roles de género– optaban más por el “teletrabajo en casa”⁶.

Durante ese tiempo el entonces artículo 13 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET, en adelante)⁷ –que actualmente remite a la Ley 10/2021, de trabajo a distancia⁸– se ocupaba, con notables deficiencias e insuficiencias, de regular el trabajo a distancia, concebido como una modalidad de trabajo en la que “la prestación de la actividad laboral” se realiza “de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”. Dicho precepto, además de no referirse al empleo de las tecnologías de la información o comunicación, expulsaba, entre otros, a quienes no eligieran el lugar de trabajo, o a quienes trabajaran fuera del trabajo de forma no predominante. Además, sus escasas previsiones apenas reparaban en las necesarias especificaciones que requería el teletrabajo, limitándose a formular una reiteración genérica y sin matizaciones sobre la aplicación de los derechos laborales a los trabajadores a distancia: retribución, formación, promoción profesional, ejercicio de derechos de representación colectiva (apartados 3 y 5, del anterior artículo 13 ET), así como una declaración genérica del derecho a “una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación..., la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL, en lo sucesivo), y su normativa

4. Mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, se declaró un nuevo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, hasta las 00:00 h del 9 de noviembre de 2020 (BOE de 25 de octubre de 2020), en términos que se prorrogaron hasta las 00:00 h del 9 de mayo de 2021 por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre (BOE de 4 de noviembre de 2020).

5. Series del INE de abril de 2019, sobre Ocupación e Ingresos. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/tabla.do?type=pcaxis&path=/t20/p317/a2018/def/p01/e01/l0/&file=04008.px>.

6. Así en OIT-Eurofound: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union-International Labour Office, Luxembourg-Geneve, 2017. Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf.

7. 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 (BOE de 24 de octubre de 2015).

8. Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE de 10 de julio de 2021).

de desarrollo” (anterior art 13.4 ET). Y, en fin, se dejaban sin solución relevantes cuestiones tales como, entre otras: ¿quién debía poner los medios o asumir los costes que originaba el trabajo a distancia?; ¿cuándo y cómo se producía la reversión al trabajo presencial? o ¿qué régimen de jornada y descansos debía aplicar?

Que el anterior artículo 13 ET no regulara muchas formas de teletrabajo o no concretara importantes aspectos para quienes trabajaban por cuenta ajena en lugares distintos del centro de trabajo y en virtud de TICs o T/TICM (equipos informáticos, “*tablets*”, teléfonos inteligentes...), no impedía que otras fuentes normativas ordenaran el teletrabajo. De otro modo no sólo cabía la autonomía de la voluntad o el acuerdo de empresario-trabajador, sino que algunos convenios colectivos sectoriales, adoptados de conformidad con el ya citado Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (2002) o atendiendo a posteriores acuerdos europeos sectoriales (banca, seguros...), ordenaban la utilización de esta forma de trabajar. Concurriendo una mayor concreción en el ámbito de los convenios o acuerdos de empresas, donde realmente se ha teletrabajado (Grupo Telefónica, Orange, BBVA, Repsol...). A ello se sumaba una normativa experimental para el personal de la Administración General del Estado y abundante normativa para administraciones autonómicas que, en la práctica, resultaba inoperativa.

Es más, con posterioridad, se aprobaron algunas previsiones que afectaban a los trabajadores a distancia. Así, se reguló su derecho a “la desconexión digital” en los términos establecidos en la legislación sobre protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (art. 20 bis ET, introducido por la disposición final 13ª de la Ley Orgánica 3/2018, 5 de diciembre, para adaptar la normativa española al Reglamento 2016/679, del Parlamento y el Consejo) y que, más en particular se predicaba de “los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia” (art. 88.3 de la Ley Orgánica 3/2018). E igualmente se reconoció el derecho a solicitar adaptaciones en la duración y distribución de la jornada, así como en “la forma de prestación” del trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida familiar y laboral, “incluida la prestación... a distancia” (art. 34.8 ET, tras el Real Decreto-ley 6/2019, 1 de marzo), inspirándose en el proyecto de la actual Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo. Y, en fin, también para los trabajadores a distancia operaría el “registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora” (art. 34.9 ET, añadido por el artículo 10. Dos del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo).

B. Medidas normativas adoptadas con urgencia durante la COVID-19

De forma similar a otros países europeos⁹, nada más decretarse el estado de alarma en España se declaró la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, para impartirla “a través de las modalidades a distancia y “*on line*”,

9. Eurofound: *Living, working and COVID-19*. Véase en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef20058en.pdf.

siempre que resultara posible”¹⁰. E igualmente, en el ámbito laboral y mediante un instrumento normativo de urgencia, se apostó por el carácter “preferente” del “trabajo a distancia” con el objetivo de “garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria”, debiendo mientras tanto las empresas establecer “sistemas de organización que permitan mantener la actividad [...], por medio del trabajo a distancia [...], si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado”, como mecanismo prioritario “frente a la cesación temporal o reducción de la actividad” (art. 5 del Real Decreto-ley 8/2020)¹¹. Esto es, frente a los Expedientes Temporales de Regulación de Empleo que se regularon para hacer frente al cierre o disminución de la actividad de numerosas empresas como consecuencia de la crisis sanitaria originada por la Covid-19 (arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, prorrogados, por ahora, hasta 30 de septiembre de 2021). Anunciándose que, precisamente para apoyar a las empresas a implementar las formas organizativas de trabajo no presencial “se pondrá en marcha un programa de financiación del material correspondiente mediante la activación de ayudas y créditos para PYMEs dentro del programa ACELERA PYME de la empresa pública RED.ES” (Exposición de Motivos y disposición adicional 8ª del Real Decreto-ley 8/2020) y previéndose una dotación de los fondos europeos percibidos para destinar al Plan España digital 2025.

Y a fin de “facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en las que no estuviera prevista” con anterioridad a la situación de emergencia ocasionada por la pandemia derivada de la Covid-19, se dispuso que “se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos” en los términos que exige el artículo 16 LPRL, mediante la mera “autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora” (art. 5 del Real Decreto-ley 8/2020).

La vigencia de la apuntada preferencia por el trabajo a distancia realizado bajo esas mínimas condiciones de seguridad y salud en el trabajo y sin mayores matizaciones, inicialmente alcanzaba hasta 3 meses después de la finalización del primer estado de alarma, pero admitiéndose su prórroga atendiendo a la situación epidemiológica. Prórroga que después se ha producido en los términos que señaló la disposición transitoria 3ª del Real Decreto-ley 28/2020, de trabajo a distancia¹², o posterior disposición transitoria 3ª de la Ley 10/2021, de igual nombre.

Por otra parte, se reforzó el derecho a la adaptación y/o reducción de la jornada, de concurrir circunstancias excepcionales relacionadas con la Covid-19 para quienes “acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado” (art. 6.1 del Real Decreto-ley 8/2020, modificado por art. 15 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril). Se trataba del “Plan MECUIDA” vigente hasta 30 de septiembre de 2021 (Real

10. De este modo se dispuso por el artículo 9.2 del ya citado Real Decreto 463/2020 por el que se decretó inicialmente en España el estado de alarma como consecuencia de la Covid-19.

11. Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 18 de marzo de 2020).

12. Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE de 23 de septiembre de 2020).

Decreto-ley 11/2021), que permite un “cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia” (art. 6.2 del Real Decreto-ley 8/2020). Teóricamente, dicho derecho se concibe como un derecho individual de cada progenitor o cuidador, basado en “el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles”.

C. Regulación sobre el teletrabajo con vocación de estabilidad

Ya avanzada la pandemia, en España se aprobó con carácter de urgencia el citado Real Decreto-ley 28/2020, de trabajo a distancia. En el mismo, se establecía el concepto de teletrabajo como “forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral que se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular” (art. 2 del Real Decreto-ley 28/2020); siendo regular el trabajo a distancia que represente un mínimo del 30% de la jornada en un periodo de referencia de tres meses (art. 1 RDL 28/2020), salvo que se trate de menores o de personas que formalicen contratos para la formación y el aprendizaje (art. 3 del Real Decreto-ley 28/2020) y admitiéndose que los convenios o acuerdos colectivos dispongan un porcentaje inferior de trabajo a distancia (disposición adicional 2ª del Real Decreto-ley 28/2020). Igual definición se reitera en la posterior Ley 10/2021 por la que se modifica parcialmente y se desplaza el apuntado Real Decreto-ley 28/2020.

Fundadamente se criticó la aprobación de esa regulación excepcional por parte del ejecutivo, porque la justificación de su urgencia decaía a la vista de las disposiciones adicionales y transitorias que limitaban su aplicación o entrada en vigor. Y aunque ese instrumento normativo se tramitó como proyecto de ley, dando lugar a la actual Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, esta norma aprobada en sede parlamentaria reitera las mismas exclusiones de su ámbito de aplicación. Así, no afecta al trabajo a distancia del “personal laboral al servicio de las Administraciones públicas” que se regirán por su normativa específica (disposición adicional 1ª de la Ley 10/2021 y Real Decreto-ley 29/2020¹³). También se excluye de su regulación a aquel trabajo a distancia o teletrabajo que viniera regulándose por convenios o acuerdos colectivos hasta que finalice su vigencia y, de no establecerse duración, se mantendrá un año, salvo que las partes acuerden un período superior que no excederá de 3 años (disposición transitoria 1ª de la Ley 10/2021). Y tampoco se aplicará al trabajo a distancia implantado al amparo del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, o como consecuencia de la Covid-19, que se regirá por la normativa laboral ordinaria, aunque las empresas deberán dotar de medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como su mantenimiento, remitiéndose, en su caso, a la negociación colectiva para establecer la forma de compensación de

13. Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones públicas, que introduce el art. 47 bis.5 en el Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), como precepto a desarrollar y completar por la negociación colectiva.

los gastos derivados de esta forma de trabajo, si no hubieran sido ya compensados (disposición transitoria 3ª de la Ley 10/2021)¹⁴.

El problema de esa última exclusión, y de otros muchos aspectos de la regulación contenida en la Ley 10/2021, consiste en que la abundante remisión a los convenios o acuerdos colectivos puede no verse completada por la inexistencia o el silencio de estos últimos. Así, entre otros ejemplos, se deja en manos de la negociación colectiva la determinación de la “prioridad” o preferencias para acceder al trabajo a distancia, atendiendo a circunstancias tales como las relacionadas con la formación, o la promoción y estabilidad de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares. Pero de tal forma que al diseñar estas preferencias se “deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género”, fomentándose “la corresponsabilidad entre mujeres y hombres”, debiendo, en su caso, ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad (art. 8.3 de la Ley 10/2021).

En cambio, adquiere un papel especialmente relevante, el Acuerdo voluntario de trabajo a distancia a formalizar por escrito y en el que han de materializarse numerosos extremos (art. 7 de la Ley 10/2021), tales como:

14. Vid. en la doctrina española, AA.VV.: *Teletrabajo y negociación colectiva. XXXIII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022; AA.VV.: *Libro Blanco Teletrabajo internacional*, FEEX, Madrid, 2021; Alemán Páez, F.: “El trabajo a distancia en la post-pandemia”, *Jurisdicción Social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 230, 2022, pp. 8-35; Alfonso Mellado, C. L. (coord.): *Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*, Cinca, Madrid, 2022; Carrascosa Bermejo, M. D.: “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 2, 2022; De la Torre García, C.: “Futura Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes y el teletrabajo internacional”, *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 371, 2022; Fernández Collados, M. B. (coord.): *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022; del mismo autor, “¿Es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, 2022; Melián China, L. M.: “Teletrabajo y negociación colectiva: una perspectiva de género”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 16, 2022; OIT: *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación de mundo del trabajo*, 2021; Sala Franco, T. (coord.): *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; Sanguineti Raymond, W.: “Intimidación del teletrabajador y control del empresario”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 85, 2022; Sierra Benítez, E. M.: “El avatar del trabajador como “identidad virtual” del contrato de trabajo”, *Noticias CIELO*, núm. 2, 2022; y de la misma autora, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2011; “¿Se mantiene el carácter preferente del trabajo a distancia en su nueva regulación?”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 2, 2020, pp. 8-10; “Breve referencia a la negociación colectiva en la regulación del trabajo a distancia en el RD-ley 28/2020”, *Noticias CIELO*, núm. 8, 2020; “Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 29, 2017, pp. 56-74; “La nueva regulación del trabajo a distancia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, 2013; “La regulación del teletrabajo en las reformas laborales de Brasil (2017) y España (2012)” en Zavarella, F. y Rocha, M. O. (coords.): *O primeiro ano de vigência da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) - reflexões e aspectos práticos*, LTr, São Paulo, 2018, pp. 143-147; “Trabajo a distancia y relación individual: aspectos críticos (I)”, en Mella Méndez, L. (dir.): *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017, pp. 83-139; “The regulation of telework in Spain’s autonomous communities: an overall evaluation”, en Mella Méndez, L. (coord.): *Work-life balance and the economic crisis: some insights from the perspective of comparative law*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2016, vol. 2, pp. 208-227; “Valoración general de la normativa autonómica sobre el teletrabajo”, en Mella Méndez, L. (coord.): *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta, Madrid, 2015, pp. 501-520.

- a) Inventario de medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia, incluidos los consumibles.
- b) Enumeración de los gastos por prestar servicios a distancia y la forma de cuantificar la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa, así como momento y forma para realizarla, según negociación colectiva.
- c) Horario de trabajo y, en su caso, reglas de disponibilidad.
- d) Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia.
- e) Centro de trabajo al que se adscribe quien trabaja a distancia y donde, en su caso, desarrollará la jornada de trabajo presencial.
- f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora
- g) Plazos de preaviso para el ejercicio de la reversibilidad.
- h) Medios de control empresarial de la actividad, así como instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de los representantes de los trabajadores, en materia de protección de datos y sobre seguridad de la información.
- i) Procedimiento a seguir si concurren dificultades técnicas que impidan el desarrollo del trabajo a distancia.
- j) Duración del acuerdo de trabajo a distancia.

La Ley 10/2021 también destina referencias específicas a la prevención de riesgos laborales, determinándose que en la evaluación de riesgos se preste atención a “factores psicosociales, ergonómicos y organizativos”, sin que la evaluación se extienda a zonas no habilitadas para trabajar a distancia. De considerarse necesario para recabar información, y previo permiso del trabajador/a, cabrá visitar el espacio donde se desarrolla el trabajo a distancia, entregándose informe escrito que justifique esa necesidad a la persona trabajadora y a delegad@s de prevención.

Se trata de una previsión que probablemente resulte insuficiente para resolver los problemas de salud que se han puesto en evidencia durante la pandemia, en los términos que desde antiguo se apuntaban al hilo de los teletrabajadores. En efecto, numerosos estudios ya alertaban sobre los riesgos físicos y psíquicos de quienes teletrabajaban, detectándose problemas de visión, cefaleas, así como “tecnoansiedad, tecnofatiga, tecnoadicción o tecnofobia”¹⁵. Asimismo algunos análisis empíricos evidenciaban que dichos trabajadores acusaban alargamiento de las “jornadas de trabajo entre un 10% y 20%», «aislamiento social» o «estancamiento profesional”¹⁶. Aunque otros estudios insistían en la relevancia del “perfil psicológico” de los individuos, ya a efectos de sufrir las apuntadas afecciones o ya, diversamente, al objeto de mejorar

15. En ese sentido, Mella Méndez, L.: “La seguridad y salud en el teletrabajo”, en Villalba Sánchez, A. (coord.): *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 187 y ss., así como, de la misma autora, con posterioridad, “Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español”, en Mella Méndez L. (dir.): *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017, pp. 66-82. En Latinoamérica, entre otros: Gareca, M. et al.: “Salud Ocupacional y Teletrabajo”, *Ciencia & Trabajo*, núm. 25, 2007, pp. 85-88;

16. Sobre tales análisis, Dando cuenta de diversos estudios empíricos que han destacado esos factores, Sierra Castellanos, Y.; Escobar Sánchez, S. y Merlo Santana, A.: “Trabajo en casa y calidad de vida: una aproximación conceptual”, *Cuadernos Hispanoamericanos de Psicología*, vol. 14, núm. 1, 2014, p. 62.

“su calidad de vida tanto personal como profesional si hicieran el tránsito hacia el teletrabajo”¹⁷.

Asimismo, será difícil obviar los problemas concernientes a la delimitación de los accidentes de trabajo cuando se trabaja a distancia y, en particular, desde casa. E igualmente seguirán planteándose dudas al hilo de las suspensiones del contrato de trabajo durante las situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural protegidas por las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, o situaciones y prestaciones de incapacidad temporal.

Es más, aunque el trabajo a distancia se concibe como “fundamental para favorecer el asentamiento y la fijación de población en el medio rural”, según las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico (Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2019), debiendo servir su regulación para “revertir la despoblación, de... territorios que sufren el declive demográfico, como zonas rurales y remotas, o pequeños municipios” (Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 28/2020); no puede obviarse que el éxito de esa pretensión dependerá de factores tales como la conectividad o la existencia de servicios suficientes en ese ámbito rural o local.

Y, en fin, decepcionantemente no se aborda el trabajo transnacional. Y es que si, en una economía globalizada las empresas pueden tender a la “deslocalización” para aumentar su competitividad¹⁸, qué duda cabe de que en una economía digitalizada el “teletrabajo transfronterizo” o transnacional, permite acceder a otros mercados sin crear filiales ni desplazar a trabajadores, permitiendo un dumping social capaz de encubrir “libérrimas condiciones de trabajo” en terceros países¹⁹. De hecho, ni es infrecuente que desde lugares como, por ejemplo, Colombia, se ofrezca “soporte a usuarios de algún producto o servicio que estén en España”²⁰, ni resulta extraño que desde este último país se teletrabaje para empresas ubicadas en el extranjero²¹, bas-

17. Incidiendo en ese aspecto, Franco Jaramillo, A. y Restrepo Bustamante, F.: “El perfil del teletrabajador y su incidencia en el éxito laboral”, *Revista virtual. Universidad Católica del Norte*, núm. 33, 2011, pp. 1-7.

18. Más ampliamente, Pérez de los Cobos y Orihuel, F.: “Problemas laborales de la deslocalización de empresas”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2006, pp. 242-264.

19. Así lo indican Pérez de los Cobos y Orihuel, F. y Thibault Aranda, J.: *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 108-112; Sanguineti Raymond, W.: *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 14 y ss.; y Martín-Pozuelo López, Á.: “El teletrabajo y el derecho internacional privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional”, en Sala Franco, T. (coord.): *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 109; y de la misma autora: “El Real Decreto-Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional: ¿algo nuevo bajo el sol”, en Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (coords.): *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 473-511; “Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo” en Sala Franco, T. (coord.): *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 17-38; “El teletrabajo transnacional en la Unión Europea: los problemas de adaptación de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I”, en Marín Alonso, I. y Igartua Miró, M. T. (dirs.) y Solís Prieto, C. (coord.): *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum, Murcia, 2020, pp. 261-276.

20. Son palabras de Sierra Castellanos, Y.; Escobar Sánchez, S. y Merlo Santana, A.: “Trabajo en casa y calidad de vida: una aproximación conceptual”, ob. cit., p. 60.

21. Resulta significativa la existencia de una amplia gama de portales web que brindan la posibilidad de trabajar de forma remota desde España para empresas ubicadas en otros países, en tareas propias de marketing, diseño, creación de páginas web, fotografía, asistencia virtual, consultoría, traducción, ingeniería, servicios técnicos, etc., tales como: Flexjobs, Weworkremotely, Careerbuilder, Angel.co, Infojobs, Workingnomads, Remote.Co, Skipthedrive, Remote, Jobspresso, Virtual vocations, Europoremotely, Remoteok o *WFH*, entre otros. Véase <https://trabajarporel-mundo.org/>.

tando con disponer de una buena conexión a internet y de tecnologías de la información y la comunicación –móviles o no–, aunque encubriendo, en no pocas ocasiones, a trabajadores realmente dependientes que figuran como “freelance” o por cuenta propia o que se mueven en la economía sumergida.

III. EL TELETRABAJO EN EUROPA: LOS TELETRABAJADORES TRASNACIONALES

Para identificar la ley aplicable en el caso de un contrato de trabajo con elementos internacionales, la Unión Europea (UE) ha establecido factores de conexión especiales que complementan el principio de libre elección de las partes, que se aplica a los contratos en general. Uno de los principales factores de conexión es el “lugar de trabajo habitual” que representa el criterio central para conocer tanto la ley aplicable al contrato laboral como de la Seguridad Social.

Pues bien, por lo que respecta a los trabajadores que prestan servicios de la sociedad de la información (que llamaremos “teletrabajadores”), el problema que se plantea es, en primer lugar, comprender si la noción de “lugar de trabajo habitual”, aceptada por la legislación en materia de legislación y jurisdicción aplicables, ofrece respuestas adecuadas; o si, en cambio, el criterio requiere una mayor interpretación mediante el recurso a otras reglas o principios ya presentes en el sistema; o, finalmente, si no queda más remedio que pedir la intervención del legislador de la UE, pues la falta de previsiones comunitarias ante un fenómeno tan en auge plantea innumerables problemas prácticos, que trataremos de abordar en este estudio a partir del análisis de las normas que regulan el contrato internacional de trabajo.

En efecto, tanto las normas sobre ley aplicable como las normas sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social sitúan la ley aplicable allá donde el teletrabajador desarrolle físicamente su trabajo. Sin embargo, la pregunta es si tal principio sigue siendo válido en el caso de formas de trabajo muy flexibles, como por ejemplo en el trabajo a distancia y en plataformas.

A. Criterios generales de determinación de la ley aplicable a un contrato internacional

Conviene recordar que el Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), (en adelante, “el Reglamento 593/2008” o “RR”)²² apuesta, como regla general, por la libertad de elección de las partes contratantes²³, desde luego, con independencia de

22. Vigente desde el 17 de diciembre de 2009 en los términos de su artículo 29, sustituyendo al CR (salvo en los territorios a los que se hace referencia en su artículo 24).

23. En cuanto a la forma de la elección, debe ser “expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”, de modo que puede derivarse de la inserción en el contrato de una cláusula expresa o asimismo de otros elementos del contexto contractual, debiendo el juez comprobar, a partir del análisis del texto,

su nacionalidad. Sin embargo, dicha libertad de elección se sujeta a ciertas condiciones, puesto que la elección de la ley aplicable por las partes, según el artículo 8.1 *in fine* RR, “no puede tener como resultado privar al trabajador de la protección que le garantizan las normas imperativas de la ley que regiría el contrato a falta de elección”. Siendo en el artículo 8.2 RR donde se establece la ley aplicable a falta elección: esta ley será la del lugar “en el cual, o en su defecto, a partir del cual” presta habitualmente sus servicios el trabajador, o subsidiariamente, si dicho lugar no puede determinarse, el lugar del establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador (art. 8.3 RR). Como se verá, esta fórmula para determinar la *lex loci executionis* debe interpretarse en sentido amplio, lo cual lleva a restringir considerablemente la utilización, como criterio de conexión, del lugar de contratación, al que se atribuye un carácter muy residual.

El “lugar de prestación habitual” de servicios se convierte, de esta forma, en un centro fundamental de imputación jurídica, sin perjuicio en ningún caso, de la “cláusula de escape” contenida en el último apartado. Pues si del conjunto de circunstancias resulta que el contrato de trabajo presenta “vínculos más estrechos” con un país distinto del que señalan los artículos 8.2 y 8.3 RR, el juez deberá aplicar la ley de dicho país (art. 8.4 RR). Los criterios de conexión de los artículos 8.2 y 8.3 RR se despliegan así, a modo de presunciones en la identificación de la ley más vinculada. Pero, conforme a la jurisprudencia contenida en la Sentencia *Schlecker*²⁴ del Tribunal Europeo de Justicia, estas son susceptibles de ser destruidas, a través de la cláusula de escape contenida en el artículo 8.4 RR. La cual, permite al juez tener en cuenta otras circunstancias, que pongan de relieve la existencia de vínculos más estrechos con otro país.

Por último, como es bien conocido, los criterios de determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo, contenidos en el artículo 8 del Reglamento 593/2008, tienen carácter *erga omnes*. El Reglamento 593/2008 es una norma universal de conflicto, en la medida en que su artículo 2 establece que: “La Ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”. En consecuencia, esta norma se aplica indistintamente respecto de la legislación de países miembros y de países no miembros de la Unión Europea (UE). Por lo tanto, desde los parámetros del Reglamento 593/2008, la legislación española puede resultar aplicable a un contrato de trabajo internacional de trabajo, en los siguientes casos:

En primer lugar, cuando la ley española sea la legislación expresa o tácitamente elegida por las partes (art. 8.1 RR).

En segundo lugar, si las partes contratantes han elegido una legislación que no es la española, también podrán resultar aplicables las normas imperativas españolas “que no puedan excluirse mediante acuerdo”, es decir, las normas de derecho necesario, siempre que estas sean más favorables. Este será el caso, fundamentalmente, cuando el lugar habitual de prestación de servicios sea España; o muy subsidiariamente, si éste no puede determinarse, cuando se encuentre en España el establecimiento

el carácter tácito o implícito de la elección de la ley. Véase el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980, Bruselas, 14.1.2003, COM (2002) 654 final.

24. STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Schlecker*, C-64/12.

a través del cual se haya contratado al trabajador. En estos supuestos, se aplicarán simultáneamente la ley elegida y las normas imperativas españolas (art 8.1 *in fine* RR, en relación con los arts. 8.2 y 8.3 RR).

En tercer lugar, en ausencia de elección de ley aplicable, se siguen idénticos criterios: lugar habitual de prestación de servicios y aplicación subsidiaria (residual) del lugar de establecimiento a través del cual se haya contratado al trabajador. En este caso, la legislación española regulará todos los aspectos de la relación (art. 8.2 RR).

Y en cuarto lugar, por mor de la “cláusula de escape” contenida en el artículo 8.4 RR, existe la posibilidad que el juez determine, del conjunto de circunstancias concurrentes, que la legislación española presenta vínculos más estrechos con España que la ley determinada conforme a los artículos 8.2 y 8.3 RR. Ya sea para que ésta actúe como norma imperativa respecto de la elegida por las partes, o como norma aplicable en defecto de elección.

B. ¿Aplicación de la ley del lugar habitual del trabajo de los teletrabajadores?

Se requiere analizar, con mayor detalle, cómo determinar la ley de “vínculos más estrechos con el contrato” a los teletrabajadores, conforme a la jurisprudencia que ha interpretado cada uno de estos criterios de conexión. Como se ha dicho, el lugar de prestación habitual de servicios opera en el artículo 8.2RR a modo de presunción en favor de la existencia de “lazos más estrechos” entre la *lex loci executionis* y el contrato de trabajo, postergando claramente al lugar de contratación. Para ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “el TJUE” o “el Tribunal”) en *Koelzsch* realiza una interpretación sistemática en favor de la utilización de la jurisprudencia relativa al artículo 5.1 del Convenio de Bruselas²⁵. Sirviéndose de dicha jurisprudencia, el TJUE identifica una serie de elementos fácticos, que deben ser conjugados por el juez nacional, en el momento de determinar con que Estado tiene el trabajo un “vinculo significativo”.

El criterio general viene referido a un centro de actividad el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional, y a falta de un centro de actividad, se tendrá en cuenta el lugar²⁶:

- a) dónde realice la mayor parte de su trabajo;
- b) a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones, recibe las instrucciones y organiza su trabajo;
- c) dónde se encuentran las herramientas de trabajo;
- d) dónde efectúa principalmente su actividad;
- e) el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones; y
- f) dónde cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario.

25. Actualmente, Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012.

26. STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, *Heiko Koelzsch*, apartados 44-49; STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd*, C-384/10, apartados 36-41.

Estos criterios conducen a la ley del país en el que el teletrabajador desarrolla la mayor parte de su trabajo; tiene los medios tecnológicos para llevarlo a cabo; recibe las instrucciones telemáticas o de otro tipo de su empleador; y que en definitiva nos conduce al lugar “físico” de trabajo, ya sea su domicilio u otro lugar.

Esta interpretación resultaba previsible, si se tiene en cuenta que el artículo 8.2 RR efectúa una codificación de la jurisprudencia relativa al artículo 5.1 del Convenio de Bruselas²⁷. Ello explica que el TJUE considere coincidente el concepto de “lugar habitual de prestación de servicios” en el artículo 6.2.a) del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales²⁸, (en adelante, “el Convenio de Roma” o “CR”) y el art. 8.2 del Reglamento 593/2008. El proceso de ampliación del ámbito aplicativo de la *lex loci laboris* como criterio de conexión se ha descrito como “el tránsito del lugar habitual al lugar principal”²⁹, desde el momento en que incluye también aquel país “a partir” del cual se desarrolle la prestación de servicios. En esa idea insiste la Abogada General Trstenjak, cuando pone de relieve que con ello se pretende “en la medida de lo posible, que la ley aplicable al contrato de trabajo se establezca sobre la base de dicho artículo [...]. Por lo tanto, es esencial tomar en consideración el centro de actividad del trabajador, aunque lo único que haga desde ese lugar sea organizar sus actividades”³⁰. Nuevamente esta interpretación conduce al lugar físico donde el teletrabajador desempeña sus actividades.

Esta relación entre las letras a) y b) del artículo 6.2 CR en la sentencia *Koelzsch*, tendrá consecuencias inmediatas para el supuesto contemplado, posteriormente, en la Sentencia *Voogsgeerd*. Donde, una vez más, se deja bien sentado que el criterio de conexión referido al lugar habitual de prestación de servicios debe tomarse en consideración de modo prioritario, y sólo cuando no sea posible establecer la *lex loci laboris* se podrá utilizar el criterio subsidiario del lugar de contratación. Tanto en *Voogsgeerd*, como en *Koelzsch*, el TJUE emplaza al juez a una conformación de un *loci executionis* “a partir del cual” se prestan los servicios.

C. El lugar de contratación del teletrabajador internacional

Todo lo anterior significa que el lugar de contratación del teletrabajador debe aplicarse, únicamente, cuando el juez no pueda determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo. Esto puede ser una solución si el juez no tiene suficientes elementos

27. Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil OJ L 299, 31.12.1972, pp. 32-42. Concretamente, la contenida en la STJUE de 13 de julio de 1993, C-125/92, *Mulox*, y en la STJUE de 9 de enero de 1997, C-383/95, *Rutten*. Vid. Grusic, U.: *The European private international law of employment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 109 y ss.

28. Convenio 1992/529/CEE, de 18 de mayo, por el que se produce la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa del Convenio 1980/934/CEE, de 19 de junio, DOL 18 de noviembre de 1992, núm. 333, p. 1, que entra en vigor el 1 de septiembre de 1993.

29. Gardeñes Santiago, M.: “La regulación contractual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 8, 2008, p. 409.

30. Véanse las Conclusiones de la abogada general Sra. Verica Trstenjak presentadas el 16 de diciembre de 2010, *Heiko Koelzsch*, asunto C-29/10, apartado 77.

para determinar cuál es la *lex loci laboris*, ya sea porque se trata de un teletrabajador sujeto a una gran movilidad. Esto puede ser el caso cuando no sea posible determinar un país en el que preste “la mayor parte” de su trabajo, o “desde cual” efectúa principalmente su actividad, por prestar sus servicios desde localizaciones múltiples, sin que un lugar sea predominante.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ofrece, cuando esa imposibilidad de localización ocurra, determinados parámetros interpretativos sobre lo que debe entenderse como lugar de contratación:

En primer lugar, el TJUE descarta que el país donde se encuentre establecido el empleador sea relevante a efectos de este criterio de conexión. Tanto el artículo 6.2.b) CR como el artículo 8.3 RR se refieren exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquel al que está vinculado por su ocupación efectiva.

Consecuentemente, no se debe tomar en consideración los elementos relativos a la realización del trabajo, sino únicamente los relativos al procedimiento de conclusión del contrato, como, por ejemplo, dice el TJUE, el establecimiento que publicó el anuncio de contratación y el que realizó la entrevista.

Por último, este criterio no se refiere únicamente a las unidades de actividad de la empresa dotadas de personalidad jurídica, sino que incluye a todas las estructuras estables de una empresa. En consecuencia, no sólo las filiales y las sucursales, sino también otras unidades, como las oficinas de una empresa, pueden constituir establecimientos en el sentido del artículo 6.2.b) CR.

Es cierto que en la sentencia *Voogsgeerd* no se contiene una declaración general que extienda la interpretación del art. 6.2.b) CR (que se refiere al “país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador) a lo prescrito en el artículo 8.3 RR (que se refiere a la ley del país “donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador). Sin embargo, en *Voogsgeerd*, el Tribunal reitera lo declarado en *Koelzsch* respecto de las relaciones de subsidiariedad entre las letras a) y b) del artículo 6 CR, y, por tanto, es aplicable a los artículos 8.2 y 8.3 RR³¹. Entiende así el TJUE que sólo la interpretación restrictiva del criterio de la letra b) del artículo 6.2 CR permite garantizar la plena previsibilidad en cuanto a la ley que resulta aplicable al contrato de trabajo.

D. La cláusula de escape (art. 8.4 RR) conforme a la doctrina *Schlecker*

Posiblemente, en el caso del teletrabajo, reducir el margen de utilización de la *lex loci executionis* en el artículo 8.2 RR, puede permitir contener en cierta medida el creciente fenómeno del establecimiento de las denominadas “empresas de buzón”, con fines de *dumping* social.

31. Como se dijo *ut supra*, la STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd*, C-384/10, en sus apartados 33, 35-38, reitera la STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, *HeikoKoelzsch*, en sus apartados 43, 44, 48, 49.

En efecto, el trabajo en línea está generando subcontratación a países no pertenecientes a la UE, especialmente aquellos donde los salarios y las condiciones laborales son mucho más bajos. En este sentido hay que tener en cuenta que, como hemos dicho, las normas europeas determinan que en ningún caso cabe privar al trabajador de la protección laboral que este tendría en ausencia de elección contractual de ley aplicable. La utilización de empresas ficticias o “empresas buzón” para fines de *dumping* social reduce las contribuciones sociales y ello puede afectar la sostenibilidad de los presupuestos públicos nacionales. Tal impacto también podría exacerbarse dado que la posible deslocalización geográfica del trabajo realizado en línea, es decir, la subcontratación de empleadores en países de ingresos altos con trabajadores de países de ingresos bajos. La dimensión transfronteriza del trabajo en plataformas ha llevado a la Comisión Global sobre el Futuro del Trabajo establecida por la OIT a recomendar que se establezca un sistema de gobernanza internacional de las plataformas laborales digitales para exigir a dichas plataformas (y a sus clientes) que respeten ciertos derechos mínimos y protecciones. De hecho a nivel europeo los agentes sociales han llegado a acuerdos sectoriales en materia de teletrabajo³².

En el caso del teletrabajo cabe aplicar el criterio que explicaba el informe Giuliano-Lagarde, localizando la ley más vinculada en un país determinado “por su contexto y aspectos económicos”. Concretamente, en el lugar con el que la transacción mantenga la relación más estrecha, “siendo este el lugar donde deberá realizarse la prestación específica del contrato en cuestión, en aplicación de la obligación característica”³³. Lo cual conecta conceptualmente con el test en materia de “actividades significativas” de la sentencia *FTS*³⁴ y que lo relaciona con el país en el que se reciben los servicios.

Adicionalmente, se abren paso las soluciones que aporta la jurisprudencia desarrollada en materia fiscal³⁵, y que puede jugar un importante papel para poner al des-

32. Eurocommerce and UNI, Europa, European agreement on guidelines on Telework and ICT-mobile work in commerce, 25 May 2018 (commerce); EACB, EBF-FBE, ESBG and UNI Global Union, Declaration on Telework in the European Banking Sector, 17 November 2017 (banking); ETNO and UNI Europa, Joint Declaration on ICT-based mobile work, 2 February 2017 (telecommunications); ETNO and UNI Europa, Joint declaration on telework, 9 June 2016 (telecommunications); ACME, BIPAR, CEA and UNI-Europa, Joint declaration on telework by the European social partners in the insurance sector, 10 February 2015 (insurance); CEMR-CCRE and EPSU, CEMR-EP/EPSU joint statement on telework, 13 January 2004 (local and regional government); Eurelectric and EPSU, EMCEF, Joint declaration on telework, 13 November 2002 (electricity); Eurocommerce and UNI Europa, European Agreement on Guidelines on Telework in Commerce, 26 April 2001 (Commerce); ETNO and UNI Europa, Guidelines for Telework in Europe, 7 February 2001 (telecommunications); Joint Committee, Opinion on telework, 23 November 1998 (telecommunications).

33. Giuliano, M.; Lagarde, P.: *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 31 October 1980, OJ C 282, pp. 19-20. Traducción propia. La traducción española contenida en Giuliano, M.; Lagarde, P.: Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980, DOCE, C 327 de 11.12.1992, p. 4, difiere en este punto (artículo 4) con la redacción original de 1980. Aunque estas reflexiones del Informe se realizan en el contexto del artículo 4 CR, su alcance reviste pertinencia a estos efectos, como ya se pusiera de relieve en las Conclusiones del Abogado General Sr. NilsWahl presentadas el 16 de abril de 2013 en el asunto C-64/12, *Schlecker*, apartado 52.

34. STJUE de 10 de febrero de 2000, asunto C-202/97, *FTS*, parágrafo 53. Sobre la jurisprudencia que desarrolla el concepto de “actividades significativas” *vid.* Llobera, M.: “Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 108, 2011, pp. 115-144.

35. STJUE de 21 de febrero de 2008, *PartService* (C-425/06, EU:C:2008:108), apartado 42; STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Weald Leasing* (C-103/09, EU:C:2010:804), apartados 29 y 30; STJUE de 22 de diciembre de 2010, *RBS*

cubierto mecanismos jurídicos carentes de realidad económica dirigidos al fraude, en ejercicio de la libertad de establecimiento³⁶. Con ello, puede dotarse de contenido real el objetivo perseguido por el artículo 6 CR (actual artículo 8 RR), que según el TJUE, consiste en garantizar una protección adecuada al trabajador³⁷.

Precisamente, en la Sentencia *Schlecker*, la trabajadora afectada alegó, en relación a la cláusula de excepción prevista en el artículo 6.2 *in fine* CR (actual 8.4 RR) que esta debía “interpretarse de modo estricto y aplicarse, habida cuenta del principio de protección del trabajador, sobre el que se basa dicha disposición, para garantizar la aplicación del Derecho materialmente más favorable”. Veamos si el TJUE acogió dicha interpretación.

Refiere el Abogado General Wahl en este asunto, que la cláusula de escape del artículo 6.2 CR *in fine*, ahora contenida en el artículo 8.4 RR, se ha venido interpretando de dos formas. La primera considera que ésta constituye una excepción respecto de la aplicación de la *lex loci laboris*, o en su caso, del lugar de contratación. De forma que sólo cabría recurrir a la cláusula de escape si la aplicación de las presunciones conduce a una ley manifiestamente inadecuada al contrato. Mientras que una segunda acepción considera que tal relación jerárquica es inexistente, y que el juez disfruta de “un cierto margen de apreciación para determinar la ley que presenta los lazos más estrechos con el contrato objeto de examen”³⁸.

El Tribunal de Justicia se decanta, al igual que el Abogado General, por la segunda de estas interpretaciones. Así, conforme al pronunciamiento contenido en la Sentencia *Schlecker*, las presunciones actualmente recogidas en los artículos 8.2 y 8.3 RR deben descartarse, no sólo si dichos criterios carecen de verdadero valor de conexión³⁹, sino también si determinadas circunstancias determinan que existe una conexión más importante con otro país⁴⁰.

El artículo 8.4 RR no permite una aplicación directa del principio *favor laboratoris* a partir de un test de mayor favorabilidad, ello no impide que la cláusula de escape pueda vehicular un control jurisprudencial antifraude como el que ya existe en materia fiscal, así como de evitación de los mecanismos interpositivos (como la cesión

Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810), apartado 49; STJUE de 27 de octubre de 2011, *Tanoarch* (C-504/10, EU:C:2011:707), apartado 52; STJUE de 29 de septiembre de 2015, *Newey*, (EU:C:2013:409), apartado 46.

36. STJUE de 21 de febrero de 2006, *Halifax y otros* (EU:C:2006:121), apartado 67-86; STJUE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* (EU:C:2006:544), apartado 55; STJUE de 22 de mayo de 2008, *Amplisientifica y Amplifin* (C-162/07, EU:C:2008:301), apartado 28; STJUE de 27 de octubre de 2011, *Tanoarch* (EU:C:2011:707), apartado 51.

37. STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Schlecker*, C-64/12, apartado 34.

38. Conclusiones del Abogado General Sr. NilsWahl presentadas el 16 de abril de 2013 en el asunto C-64/12, *Schlecker*, apartados 42-43.

39. Véase Merrett, L.: *Employment contracts in private international law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 205 y ss.

40. STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Schlecker*, C-64/12, apartado 38. En este asunto se interpretan las disposiciones del artículo 6.2 *in fine* CR, cuya “interpretación también concuerda con el tenor de la nueva disposición sobre las reglas de conflicto relativas a los contratos de trabajo, introducida por el Reglamento 593/2008, que sin embargo no es aplicable *ratione temporis* al asunto principal”, es decir, el actual 8.4 RR. Por tanto, en aras de la sencillez, siempre que el análisis sea extrapolable, en este estudio se alude al articulado actual del Reglamento 593/2008, que ha sustituido a las disposiciones del Convenio de Roma en este punto.

ilegal de trabajadores a través de empresarios ficticios). En efecto, el ulterior test de la existencia de “vínculos más estrechos” con el contrato que posibilita el artículo 8.4 RR, puede resultar útil frente a mecanismos jurídicos carentes de realidad económica dirigidos a establecer una vinculación ficticia del contrato con un país de inferiores costes sociales. Especialmente, en aquellos supuestos en los que el artículo 8.2 RR (por la imposibilidad de identificar una *lex locis executionis*) no resulte adecuado a la hora de establecer la ley que presenta efectivamente la conexión más estrecha.

La ausencia de previsiones comunitarias específicas en relación a la ejecución transnacional del teletrabajo resulta muy problemática para los operadores jurídicos. De modo que, tarde o temprano, esta cuestión deberá ser abordada por el legislador comunitario.

IV. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TELETRABAJADORES INTERNACIONALES

Al igual que el Reglamento 593/2008, el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (en adelante, “el Reglamento (CE) 883/2004”) sitúa la ley aplicable allá donde el teletrabajador desarrolle físicamente su trabajo. Por tanto, el país donde se realiza el trabajo (*lex loci laboris*) es el Estado miembro responsable de la seguridad social de los trabajadores. En efecto, el artículo 11.3. a) del Reglamento (CE) nº 883/2004 establece, a reserva de lo dispuesto en los artículos 12 a 16, que “la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro”⁴¹.

A este respecto, resulta especialmente relevante la sentencia *Partena*⁴² del TJUE. En dicho pronunciamiento el Tribunal reitera que la finalidad de las disposiciones comunitarias que determinan la legislación aplicable a los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión Europea, consiste concretamente en que los interesados queden, en principio, sujetos al régimen de seguridad social de un único Estado miembro, de manera que se evite la acumulación de las legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello pueden derivarse⁴³. Este principio encuentra su expresión en el artículo 11.3.a) del Reglamento (CE) 883/2004.

41. Mientras que el artículo 13.1 del Reglamento (CE) 883/2004 establece que la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros estará sujeta: a) a la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro, o b) si no ejerce una parte sustancial de su actividad en el Estado miembro de residencia: i) a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona solo esté contratada por una empresa o empleador, o ii) a la legislación del Estado miembro en el que tengan sus sedes o domicilios la empresas o los empleadores cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan sus sedes o domicilios en un solo Estado miembro, o iii) a la legislación del Estado miembro, distinto del Estado miembro de residencia, en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan su sedes o domicilios en dos Estados miembros, siendo uno de ellos el Estado miembro de residencia, o iv) a la legislación del Estado miembro de residencia, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tengan su sede o domicilio en Estados miembros diferentes distintos del Estado miembro de residencia.

42. STJUE de 27 de septiembre de 2012, *Partena*, C-137/11.

43. STJUE de 12 de junio de 2012, *Hudzinski y Wawrzyniak*, C-611/10 y C-612/10, apartado 41.

Ha de recordarse también que las disposiciones del Reglamento (CE) 883/2004 deben ser interpretadas a la luz del objetivo del artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que es contribuir al establecimiento de la más amplia libertad posible en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores.

Así pues, el criterio adecuado para determinar la legislación aplicable es, por norma general, indica el TJUE, “el lugar de ejercicio de la actividad por cuenta ajena o por cuenta propia”; estableciendo el Reglamento (CE) 883/2004 excepciones a esta norma general sólo en situaciones específicas que justifiquen otro criterio de adscripción.

De este modo, de la lógica y el sistema del Reglamento (CE) 883/2004 se desprende que el criterio del “lugar de ejercicio” (*lex loci laboris*) de la actividad por cuenta ajena o por cuenta propia del trabajador es el criterio principal para designar la única legislación aplicable.

A efectos de la interpretación del concepto de “lugar de ejercicio” como concepto del Derecho de la Unión, procede recordar que, según el Tribunal, la determinación del significado y del alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión debe efectuarse conforme al sentido habitual de éstos en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte⁴⁴. A este respecto, debe entenderse, conforme al sentido propio de los términos utilizados, que el concepto de “lugar de ejercicio” de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con esa actividad. Por tanto, en el caso de un teletrabajador ello nos conduce al lugar físico en el que el trabajador efectúa su trabajo.

Las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 8 de marzo de 2017 en el asunto *X v Staatssecretaris van Financiën*⁴⁵, resultan también de interés, pues se analiza si tienen que tenerse en cuenta para determinar la ley aplicable la actividad ejercida por un trabajador desde su domicilio, consistente en responder correos electrónicos y llamar por teléfono a clientes. En dicho asunto, el tiempo de trabajo atribuible a la actividad ejercida a distancia representaba el 6,5 % del tiempo de trabajo total.

Pues bien, para el Abogado General Sr. M. Szpunar queda claro que la actividad ejercida por el Sr. X en Bélgica no constituye un desplazamiento a efectos del artículo 12 del Reglamento 883/2004, puesto que ejerce su actividad sin ningún límite temporal en Bélgica, donde desempeña parte de sus funciones principales desde casa con el acuerdo tácito de su empresario, señalando así mismo que: “Conviene señalar que una de las ventajas –o, para algunos, una maldición– de la economía digital consiste en la posibilidad de pedir o permitir a un trabajador que desempeñe parte de sus tareas fuera de la oficina e incluso desde su domicilio. La peculiaridad de esta modalidad de trabajo reside en la circunstancia de que puede menoscabar el concepto de lugar de trabajo concreto, como factor pertinente para determinar el Estado miembro que presenta un vínculo más estrecho con la relación laboral. Una persona puede

44. STJUE de 10 de marzo de 2005, *easyCar*, C-336/03, apartado 21.

45. Abogado de opinión general en *Szpunar*, asunto C-570/15, *X contra Staatssecretaris van Financiën*, EU: C: 2017: 182.

trabajar a distancia desde su ordenador o teléfono en casa o mientras está de viaje, y esa forma de trabajar puede suponer una parte significativa de su actividad laboral. El Tribunal de Justicia tendrá que resolver en el futuro cómo debe tenerse en cuenta esta circunstancia para determinar la legislación de seguridad social aplicable. Este problema no se suscita en el presente asunto, dado que existen otros indicadores – como el reducido volumen de trabajo y la inexistencia de cualquier patrón estructural recogido en los documentos contractuales– que también apuntan al carácter marginal de la actividad del Sr. X en su Estado miembro de residencia”.

Ello permite extraer *a sensu contrario* que, si las actividades no fuesen marginales, sino que se desarrollan de forma estructurada y se acuerdan con el empleador, deberían entonces ser considerados para la aplicación del Reglamento 883/2004. Así pues, si se considera el auge del teletrabajo como consecuencia de la pandemia ocasionada por la Covid-19, cabe anticipar que la próxima revisión del Reglamento (CE) 883/2004⁴⁶ deberá enfrentarse a esta nueva realidad. La especial naturaleza del trabajo efectuado en muchas actividades de trabajo a distancia y plataformas, debido a su carácter virtual, son difíciles de asignar al territorio de un país determinado y, por lo tanto, no encajan muy bien con el enfoque actual de la *lex loci laboris*.

V. EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

A. El falso trabajo autónomo de trabajadores desplazados

159

En la actualidad son muchas las empresas que ofrecen los servicios de trabajadores desplazados a través de plataformas digitales. Ciertamente, los servicios de la sociedad de la información y especialmente los servicios intermediarios se han convertido en una parte importante de la economía de la Unión y de la vida cotidiana de sus ciudadanos. Veinte años después de la adopción del marco jurídico vigente aplicable a dichos servicios establecido en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, han aparecido nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios, como las redes sociales y los mercados en línea, que han permitido a los usuarios profesionales y a los consumidores comunicar información y acceder a ella, y efectuar transacciones de formas novedosas. La mayoría de los ciudadanos de la Unión utiliza ahora este tipo de servicios a diario⁴⁷. Sin embargo, la transformación digital y el creciente uso de tales servicios también entraña nuevos riesgos y desafíos, tanto para los usuarios a título individual como para los trabajadores.

46. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 [COM(2016) 815 final — 2016-0397 (COD)].

47. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. Bruselas, 15.12.2020 COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD). Preámbulo.

Aunque los “trabajadores desplazados proveedores de servicios” en la economía colaborativa con frecuencia se consideran autónomos, mucho depende del modelo de negocio operado por la plataforma. En mayor o menor medida, las plataformas pueden establecer los términos en los que los “trabajadores desplazados proveedores de servicios” suministran su trabajo y, por lo tanto, la relación entre los proveedores de servicios y las plataformas puede exhibir algunas de las características asociadas con las relaciones laborales, lo que podría resultar en un falso trabajo por cuenta propia. Esto presenta un desafío sustancial para el derecho laboral⁴⁸.

La jurisprudencia de distintos Estados Miembros revela diferentes enfoques al enfrentar ese desafío, en particular en lo que respecta a la definición de “trabajador”⁴⁹. En efecto, en los casos en los que el juez considera la prestación de servicios como relación laboral como relación laboral, el “empleador real” también puede estar involucrado en una oferta ilícita de trabajadores, subcontratación ilegal y trabajo no declarado⁵⁰.

El falso trabajo autónomo de trabajadores desplazados implica la no declaración del empleador real ya que el trabajador asume voluntaria o forzosamente el estatuto de trabajador por cuenta propia, cuando en realidad existe un vínculo de subordinación con un empleador oculto⁵¹. Los abusos van en aumento porque las normas

48. Plataforma Europea Trabajo No Declarado (2017). Tercera reunión plenaria de la Plataforma Europea para abordar el trabajo no declarado. Informe sobre ‘Nuevos desarrollos y tendencias de UDW, en particular el trabajo no declarado en la economía colaborativa’, 19 y 20 de octubre de 2017, p. 3.

49. Véase, por ejemplo, los siguientes pronunciamientos: SSTJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 12 de mayo de 2020 y de 7 de mayo de 2020; SSTJ de Madrid (Sala de lo Social) de 3 de febrero de 2020, de 18 de diciembre de 2019 y de 27 de noviembre de 2019; STS de 25 de septiembre de 2020 (rec. 4746/2019). Corte di Cassazione 24 January 2020, ricorso 11629/2019, en el caso *Foodora*, en Italia; Rechtbank Amsterdam Judgment of 15 January 2019, en el caso *Deliveroo*, en Holanda; la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 4 de marzo de 2020; la Corte Federal Alemana del Trabajo (BAG) de 1 de diciembre 2020 (9 AZR 102/20). Véase sobre estas sentencias el blog *Según Antonio Baylos...* “Trabajadores de plataformas: El Tribunal Federal de Trabajo Alemán (BAG) los declara trabajadores subordinados”. 10 de febrero de 2021, disponible en <https://baylos.blogspot.com/2021/02/trabajadores-de-plataformas-el-tribunal.html> (acceso: 11/10/2022); y para un seguimiento de la mayor parte de las Sentencias al respecto *Vid.* Beltrán de Heredia Ruiz, I.: *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/tag/economia-de-las-plataformas/> (acceso: 11/10/2022).

50. Véase Mineva, D. y Stefanov, R.: *Evasion of Taxes and Social Security Contributions*, European Platform Undeclared Work, 2017, p. 11.

51. Véase Todolí Signes, A.: “Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos”, *Iuslabor*, núm. 2, 2021; “La regulación del trabajo a distancia”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2020, pp. 1493-1504; “El concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea y su aplicación a las nuevas realidades económicas: Comentario al auto motivado del TJUE en el caso de los riders”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 70, 2020; “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 41, 2019, pp. 17-41; “El futuro del trabajo: Nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 92, 2019, pp. 1-8; “Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales: a propósito de la sentencia que confirma el acta de la Inspección de Trabajo de Deliveroo en Madrid”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 58, 2019, pp. 79-88; “Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (*Gig economy*)”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 140, 2018, pp. 95-103; Esteve Segarra, A. y Todolí Signes, A.: “Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 95, 2021, pp. 37-64; Kountouris, N.: “El concepto de trabajador en el derecho laboral europeo: fragmentación, autonomía y alcance”, *Revista de Derecho Industrial*, núm. 47, 2018; Mandagere, A.: “Examen del estado de los trabajadores en la *Gig Economy*”, *Revista de Derecho Internacional y Comparado*, vol. 4, núm. 2, 2017, pp. 389-396.

relativas al tiempo de trabajo, los impuestos, la seguridad social y los salarios suelen ser más laxas para los trabajadores por cuenta propia. En consecuencia, muchos Estados miembros han desarrollado criterios para distinguir entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. Dichos criterios, por ejemplo, incluyen (a) si el trabajador proporciona su propio equipo, (b) si sus actividades laborales están dirigidas por el cliente y (c) si trabajan para más de una empresa. El Informe sobre las formas atípicas de empleo de la OIT lo explica de la siguiente manera:

“Muchas jurisdicciones han implementado procedimientos legales para abordar el problema del trabajo por cuenta propia mal clasificado. Una medida común es el establecimiento de una regla de “primacía de los hechos” según la cual la determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relacionados con el desempeño real del trabajo y no por cómo las partes describen la relación. El principio de “primacía de los hechos” se puede encontrar en los sistemas de derecho consuetudinario y está expresamente establecido en las leyes de algunos países, y en algunos países (p. ej., Bulgaria e Italia), también es un principio general del derecho contractual. [...] Otro enfoque común destinado a combatir las clasificaciones erróneas es, en palabras de la Recomendación 198 de la OIT, “establecer una presunción legal de que existe una relación laboral cuando uno o más indicadores relevantes están presentes”⁵².

Por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado que la calificación formal de trabajador por cuenta propia en el derecho nacional no excluye la posibilidad de que una persona deba ser clasificada como trabajador en el derecho de la UE si su independencia es meramente teórica, disfrazando así una relación laboral. Así, para evaluar si existe una relación de subordinación, es necesario considerar la naturaleza de los deberes encomendados a esa persona; el contexto en el que se desempeñaron esas funciones; la medida en que él o ella está sometida al poder de dirección; y las circunstancias bajo las cuales la persona puede ser despedida. Esto se explicará más detalladamente en la siguiente sección.

B. El expansivo “test de la subordinación” en el caso *Danosa*⁵³

La noción de subordinación juega un papel central en el proceso de calificación judicial de los falsos autónomos/as como trabajadores/as por cuenta ajena. De hecho, en el caso *Danosa*, el TJCE fue más allá del concepto formal de dependencia, aportando un test de subordinación muy expansivo.

En este caso, el tribunal Augstākās Tiesas Senāts (Letonia) planteó una decisión prejudicial ante el TJUE en un procedimiento entre la Sra. Danosa y *LKB Līzings SIA* (“LKB”), una sociedad de responsabilidad limitada. La Sra. Danosa había firmado un

52. Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2015). Formas Atípicas de Empleo Informe para discusión en la Reunión de Expertos en Formas Atípicas de Empleo. Ginebra, 16 a 19 de febrero de 2015, Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad.

53. STJUE de 11 de noviembre de 2010, *Danosa*, C-232/09, EU:C:2010:674.

contrato de agencia con LKB y afirmó que fue destituida de su cargo como miembro de la Junta Directiva de LKB debido a su embarazo⁵⁴.

Evidentemente, cuando un contrato de agencia es rescindido unilateralmente antes de la fecha de vencimiento acordada, a causa de su embarazo, solo las mujeres pueden verse afectadas. Por tanto, el TJUE debía determinar si la separación de la Sra. Danosa del Consejo de Administración debía ser considerada una discriminación directa por razón de sexo, en un supuesto en el que no está clara la existencia de subordinación entre la empresa y la trabajadora.

Para llegar a una solución, el TJUE resume de manera útil los criterios contenidos en la jurisprudencia existente de la UE que identifican a una “persona trabajadora”. Los principios utilizados para la reclasificación incluyen los siguientes:

En primer lugar, la característica esencial de una relación laboral radica en que una persona realiza servicios para y bajo la dirección de otra persona a cambio de los cuales recibe una remuneración⁵⁵. Por lo tanto, existe una relación laboral cuando la persona trabajadora está bajo la dirección y supervisión de su “socio” contractual.

En segundo lugar, la calificación de “trabajador/a por cuenta propia” con arreglo al Derecho nacional no impide que dicha persona sea clasificada como trabajador/a por cuenta ajena en el sentido del Derecho de la Unión si su independencia es meramente ficticia, ocultando así una relación laboral. En particular, el concepto de “persona trabajadora” en el sentido del artículo 45 TFUE tiene un significado autónomo propio del Derecho de la Unión y no debe interpretarse de forma restrictiva⁵⁶.

En tercer lugar, las condiciones de empleo – como un bajo nivel de remuneración, la productividad más bien baja de la persona en cuestión o el hecho de que trabaje solo un número reducido de horas a la semana– no impiden que esa persona sea reconocida como “persona trabajadora” en el sentido del artículo 45 TFUE⁵⁷. Esto es particularmente relevante para las situaciones de falsos trabajadores autónomos desplazados en plataformas colaborativas.

De hecho, se considera irrelevante el carácter *sui generis* del contrato de trabajo⁵⁸. En el caso *Danosa*, ni la forma en que la ley letona tipifica la relación entre una sociedad de capital y los miembros de su Consejo de Administración, ni el hecho de que no exista un contrato de trabajo entre la sociedad y los consejeros determina cómo ha de ser esa relación a efectos de la aplicación de la Directiva 92/85.

54. En esta Sentencia se valoran varias normativas nacionales y comunitarias. No obstante, las disposiciones más relevantes, a efectos de este análisis, son el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre el principio de igualdad entre hombres y mujeres consagrado; el artículo 2, letra a), y el artículo 10 de la Directiva 92/85 relativa a la introducción de medidas para fomentar la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas («Directiva 92/85»); y el artículo 3 del Código Laboral de Letonia, que define a un trabajador como cualquier persona física que realiza un trabajo determinado en virtud de un contrato de trabajo, bajo la dirección de un empleador y a cambio de un salario acordado.

55. *N.*, C-46/12, pág. 40 y *Haralambidis*, C-270/13, pa. 28)

56. *Lawrie-Blum*, 66/85, pa. dieciséis; *Marrón* 197/86, pág. 21; *Bernini* C-3/90, pág. 14; *Ninni-Orasche*, C-413/01, pa. 23

57. *Lawrie-Blum*, 66/85, pa. 21; *Bettray*, 344/87, pa. 15.

58. *Kiiski*, C-116/06, pa. 26; *Levin*, 53/81, pág. dieciséis; *Bettray*, 344/87, pa. 15 y 16; *Kurz*, C-188/00, pa. 32.

En consecuencia, a la hora de establecer el grado de subordinación exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el concepto de “persona trabajadora” en el sentido del Derecho de la Unión en general y de la Directiva 92/85, es necesario tener en cuenta: circunstancias en que el trabajador es contratado y, (b) en particular, la naturaleza de las funciones encomendadas a esa persona; (c) el alcance de los poderes de la persona y la medida en que fue supervisada dentro de la empresa; y (d) las circunstancias bajo las cuales la persona puede ser removida.

En nuestro caso, si bien la Sra. Danosa gozaba de un margen de discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones, debía reportar al consejo de vigilancia y cooperar con el mismo. Además, la decisión de despido en el caso de la señora Danosa fue adoptada por un órgano que, por definición, ella no controlaba y que podía en cualquier momento tomar decisiones contrarias a sus deseos. En consecuencia, el TJUE no descartó la posibilidad de que se encontrara en una relación de subordinación a dicha sociedad, dejando la decisión final al tribunal nacional. En conclusión, la prueba de subordinación proporcionada en Danosa puede considerarse como una herramienta para extender los derechos específicos de la UE a falsos trabajadores autónomos. Este es particularmente el caso en las áreas de igualdad y libertad de movimiento⁵⁹.

C. Concepto de “trabajador” en plataformas: el caso *Yodel*⁶⁰

Sin embargo, en el asunto *Yodel*, en el que se analiza específicamente el trabajo en plataformas, el TJUE no se muestra tan expansivo. El litigio se refería a una empresa de paquetería (*Yodel*) y a uno de sus mensajeros, que alegaba que su condición es la de trabajador a los efectos de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la organización del trabajo tiempo.

En este caso, los mensajeros se contratan sobre la base de un contrato de servicios de mensajería que estipula que son “contratistas autónomos independientes”. Utilizan su propio vehículo para entregar los paquetes manipulados por *Yodel* y utilizan su propio teléfono móvil para comunicarse con dicha empresa. En virtud de ese contrato de servicios de mensajería, los mensajeros no están obligados a realizar la entrega personalmente, pero pueden designar un subcontratista o un sustituto para la totalidad o parte del servicio prestado, cuya sustitución *Yodel* puede vetar si la persona elegida no tiene un nivel de habilidades y cualificación. En cualquier caso, el mensajero sigue siendo personalmente responsable de cualquier acto u omisión de cualquier subcontratista o sustituto designado. Ese acuerdo de servicios de mensajería también establece que el mensajero es libre de entregar paquetes en beneficio de terceros al mismo tiempo que presta servicios en nombre de *Yodel*.

59. Sin embargo, cabe señalar que el concepto de trabajador puede variar según el ámbito del derecho. Por ejemplo, la STJUE de 11 de abril de 2019, C-603/17, en el caso *Bosworth y Hurley* en el área de jurisdicción sobre contratos de trabajo internacionales, ha mostrado una prueba de subordinación más limitada. Véase Cavalier, G. y Upex, R.: “El concepto de contrato de trabajo en el derecho privado de la Unión Europea”. *International and Comparative Law Quarterly*, 55(03), 2006.

60. Auto del TJUE de 22 de abril de 2020, *B c. Yodel Delivery Network Ltd.*, Asunto C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288.

En virtud de dicho acuerdo, Yodel no está obligada a utilizar los servicios de los mensajeros con los que ha celebrado un acuerdo de servicios, al igual que esos mensajeros no están obligados a aceptar ningún paquete para su entrega. Además, dichos correos podrán fijar un número máximo de paquetes que estén dispuestos a entregar.

Como era de esperar, el TJUE en su pronunciamiento reiteró que la característica esencial de una relación laboral es que durante un cierto período de tiempo una persona realiza servicios para y bajo la dirección de otra persona a cambio de lo cual recibe una remuneración⁶¹. Sin embargo, a pesar de ello, el TJCE establece criterios estrictos que pueden utilizarse para calificar a las personas en plataformas colaborativas como trabajadores por cuenta ajena.

En este caso, el TJUE establece que –siempre que la independencia de esa persona no parezca ficticia y que no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación– se excluye la calificación de trabajador por cuenta propia, cuando esa la persona tiene discrecionalidad para:

- a) utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a prestar;
- b) aceptar o no las diversas tareas que le ofrezca su empleador, o fijar unilateralmente el número máximo de dichas tareas;
- c) prestar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del empleador putativo, y
- d) fijar sus propias horas de ‘trabajo’ dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo para satisfacer su conveniencia personal en lugar de únicamente los intereses del empleador.

El Tribunal acudió al asunto FNV para recordar al órgano jurisdiccional remitente que la calificación de “contratista independiente” con arreglo al Derecho nacional no impide que esa persona sea clasificada como trabajador por cuenta ajena, en el sentido del Derecho de la Unión Europea, si su independencia es meramente ficticia, ocultando así una relación laboral⁶². Siendo así, con el fin de dar una respuesta útil al tribunal remitente, el TJCE formuló varios puntos. En primer lugar, era evidente para el Tribunal que el correo tenía el derecho absoluto de no aceptar las tareas que se le habían encomendado. Además, el mismo mensajero podría fijar un límite vinculante al número de tareas que está dispuesto a realizar. En segundo lugar, podría prestar servicios similares a terceros, incluso en beneficio de los competidores directos de su supuesto empleador. En tercer lugar, por lo que se refiere al tiempo de “trabajo”, si bien es cierto que un servicio como el controvertido en el litigio principal debe prestarse en franjas horarias determinadas, lo cierto es que tal exigencia es inherente a la propia naturaleza de ese servicio, ya que el cumplimiento de

61. Sentencias de 26 de marzo de 2015, *Fenoll*, C 316/13, EU:C:2015:200, pa. 27, y de 21 de febrero de 2018, *Matzak*, C 518/15, EU:C:2018:82, pa. 28

62. Sentencia de 4 de diciembre de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, C 413/13, EU:C:2014:2411, pa. 35.

dichas franjas horarias parece imprescindible para asegurar la correcta prestación de dicho servicio.

A la luz de todos estos factores, para el TJCE la independencia de un mensajero no parece ser ficticia y, en segundo lugar, no parece existir, *a priori*, una relación de subordinación entre él y su supuesto empleador. Sin embargo, el TJUE dejó que el tribunal nacional clasificara el estatus profesional de esa persona en virtud de la Directiva 2003/88, teniendo en cuenta los estrictos criterios previstos.

Se trata, sin duda, de una sentencia poco ambiciosa, que presenta ciertas fricciones, como indica el profesor Beltrán de Heredia Ruiz con la Directiva 2019/1152, 20 de junio 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. En efecto, conforme a lo dispuesto en dicha norma, la facultad de rechazo de las tareas no es un elemento suficiente para descartar la existencia de una relación subordinada (art. 10 de la Directiva 2019/1152). Ni tampoco el hecho de que se presten servicios para otras empresas de forma simultánea (art. 9 de la Directiva 2019/1152)⁶³.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS CLAVES

En línea con los criterios de la Recomendación de la OIT relativa a la relación laboral, 2006 (núm. 198), el caso *Danosa* brinda orientación sobre cómo establecer efectivamente la existencia de una relación laboral y sobre la distinción entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia. Tal jurisprudencia permite combatir las relaciones laborales encubiertas en el contexto de formas de arreglos contractuales que ocultan la verdadera condición jurídica, señalando que una relación laboral encubierta se produce cuando el empleador trata a una persona como si no fuera un empleado de una manera que oculta su verdadera condición jurídica de trabajador por cuenta ajena. Esta sentencia tiene potencial para la transferibilidad de los conceptos legales a las regulaciones de los Estados miembros que se esfuerzan por garantizar que las normas laborales y de protección social de los falsos autónomos desplazados⁶⁴.

En particular, la definición del concepto de “persona trabajadora” en el sentido del principio de igualdad y del artículo 45 TFUE expresa el requisito de que los falsos autónomos que realmente ejercen actividades laborales pueden invocar las ventajas conferidas por el Derecho de la Unión Europea. Adicionalmente, el TJCE interpreta, en el asunto *Allonby*, el artículo 157 TFUE sobre igualdad de retribución, que incluye los derechos a pensión, para incluir en su ámbito de aplicación a los falsos autónomos. También considera a los falsos autónomos como una categoría de personas

63. Vid. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Una mirada crítica a las relaciones laborales: Boletín núm. 63, Octubre”, *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2019/11/11/directiva-2019-1152-y-derecho-al-rechazo-los-riders-glovers-son-trabajadores-por-cuenta-ajena/> 8 (acceso: 10/10/2022).

64. Aránguiz, A. y Bednarowicz, B.: “Adaptarse o perecer: Desarrollos recientes sobre protección social en la UE bajo una gran presión”, *Revista de Derecho Laboral Europeo*, vol. 9, núm. 4, 2018, pp. 329-345; Suárez Corujo, B.: “La economía ‘Gig’ y su impacto en la seguridad social: el ejemplo español”, *Revista de Seguridad Social*, vol. 19, núm. 4, 2017, pp. 293-312.

que pueden ser incluidas en la comparación para la determinación de la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo⁶⁵.

En cuanto a los derechos colectivos, el asunto *FNV*⁶⁶ protege los derechos salariales establecidos por convenio de los prestadores de servicios que son falsos trabajadores por cuenta propia. Así, los proveedores de servicios por cuenta propia que realicen para un empleador, en virtud de un contrato de obras o servicios transnacional, la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de ese empleador se considerarán “falsos trabajadores por cuenta propia” si cumplen las condiciones establecidas en la jurisprudencia sobre la definición de “persona trabajadora”. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si es así.

Ciertamente, la complejidad del falso trabajo autónomo se agrava una vez que cruza las fronteras de la Unión Europea. Por otra parte, la capacidad de las autoridades nacionales encargadas de hacer cumplir la ley para abordar el falso trabajo autónomo transfronterizo es significativamente menor que cuando actúan en sus jurisdicciones nacionales. En efecto, los Estados miembros se enfrentan a múltiples obstáculos a la hora de abordar el trabajo no declarado a nivel transfronterizo. Estos desafíos incluyen: problemas de intercambio de datos, falta de interoperabilidad entre bases de datos, marcos legales inadecuados y/o incompatibles y definiciones ambiguas, insuficiente recursos y competencias y problemas idiomáticos a la hora de hacer efectivos los Acuerdos Bilaterales (BAs) y Memorandos de Entendimiento (MoUs) entre los Estados.

Esto exige una cooperación coordinada a nivel de la Unión Europea pues los riesgos del falso trabajo autónomo han ido en aumento en la Unión Europea. Esto está ligado a una combinación de factores, como el aumento de la movilidad laboral, la digitalización de servicios y la aparición de la economía colaborativa, la aceleración y facilidad para deslocalizar empresas, entre otros elementos.

El falso autoempleo es una forma de elusión de impuestos, cotizaciones a la Seguridad Social, y de las normas, entre otras de tiempo de trabajo, como los tiempos de descanso y las vacaciones. Al igual que otras formas de trabajo transfronterizo no declarado, el falso trabajo por cuenta propia puede proporcionar beneficios a corto plazo para el trabajador/a, pero en el largo plazo crea problemas graves ya que los trabajadores no tienen acceso a la seguridad social, pensiones o derechos de protección de la salud.

Bibliografía

- AA.VV.: *Libro Blanco Teletrabajo internacional*, FEEX, Madrid, 2021.
- AA.VV.: *Teletrabajo y negociación colectiva. XXXIII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- Alemán Páez, F.: “El trabajo a distancia en la post-pandemia”, *Jurisdicción Social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 230, 2022.

65. STJUE de 13 de enero de 2004 en el caso *Allonby*, C-256/01, EU:C:2004:18.

66. STJCE de 4 de diciembre de 2014 en *FNV Kunsten Información en Medios*, C-413/13, EU:C:2014:2411

- Alfonso Mellado, C. L. (coord.): *Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*, Cinca, Madrid, 2022.
- Aránguiz, A. y Bednarowicz, B.: "Adaptarse o perecer: Desarrollos recientes sobre protección social en la UE bajo una gran presión", *Revista de Derecho Laboral Europeo*, vol. 9, núm. 4, 2018.
- Carrascosa Bermejo, M. D.: "Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 2, 2022.
- De la Torre García, C.: "Futura Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes y el teletrabajo internacional", *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 371, 2022.
- Esteve Segarra, A. y Todolí Signes, A.: "Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales", *Revista de Derecho Social*, núm. 95, 2021.
- Fernández Collados, M. B.: "¿Es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, 2022.
- Fernández Collados, M. B. (coord.): *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.
- Franco Jaramillo, A. y Restrepo Bustamante, F.: "El perfil del teletrabajador y su incidencia en el éxito laboral", *Revista virtual. Universidad Católica del Norte*, núm. 33, 2011.
- Gardeñes Santiago, M.: "La regulación contractual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 8, 2008.
- Gareca, M. et al.: "Salud Ocupacional y Teletrabajo", *Ciencia & Trabajo*, núm. 25, 2007,.
- Grusic, U.: *The European private international law of employment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Kountouris, N.: "El concepto de trabajador en el derecho laboral europeo: fragmentación, autonomía y alcance", *Revista de Derecho Industrial*, núm. 47, 2018.
- Llobera, M.: "Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores", *Temas Laborales*, núm. 108, 2011.
- Mandagere, A.: "Examen del estado de los trabajadores en la *Gig Economy*", *Revista de Derecho Internacional y Comparado*, vol. 4, núm. 2, 2017.
- Martín-Pozuelo López, Á.: "El teletrabajo y el derecho internacional privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional", en Sala Franco, T. (coord.): *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Martín-Pozuelo López, Á.: "El teletrabajo transnacional en la Unión Europea: los problemas de adaptación de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I", en Marín Alonso, I. y Igartua Miró, M. T. (dirs.) y Solís Prieto, C. (coord.): *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum, Murcia, 2020, pp. 261-276.
- Martín-Pozuelo López, Á.: "Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo" en Sala Franco, T. (coord.): *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Martín-Pozuelo López, Á.: "El Real Decreto-ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional: ¿algo nuevo bajo el sol", en Rodríguez-Piñero Royo, M. y Todolí Signes, A. (coords.): *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 473-511.
- Martín-Pozuelo López, Á.: *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea: Competencia internacional y ley aplicable*. Tirant lo Blanch, 2022
- Melián China, L. M.: "Teletrabajo y negociación colectiva: una perspectiva de género", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 16, 2022.

- Mella Méndez, L.: "La seguridad y salud en el teletrabajo", en Villalba Sánchez, A. (coord.): *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- Mella Méndez, L.: "Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español", en Mella Méndez L. (dir.): *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017.
- Merrett, L.: *Employment contracts in private international law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Mineva, D. y Stefanov, R.: *Evasion of Taxes and Social Security Contributions, European Platform Undeclared Work*, 2017.
- OIT: *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación de mundo del trabajo*, 2021.
- OIT-Eurofound: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union-International Labour Office, Luxembourg-Geneve, 2017.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "Problemas laborales de la deslocalización de empresas", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2006.
- Pérez de los Cobos y Orihuel, F. y Thibault Aranda, J.: *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral*, MTAS, Madrid, 2001.
- Sala Franco, T. (coord.): *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Sanguineti Raymond, W.: *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- Sanguineti Raymond, W.: "Intimidación del teletrabajador y control del empresario", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 85, 2022.
- Sierra Benítez, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2011.
- Sierra Benítez, E. M.: "La nueva regulación del trabajo a distancia", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, 2013.
- Sierra Benítez, E. M.: "Valoración general de la normativa autonómica sobre el teletrabajo", en Mella Méndez, L. (coord.): *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta, Madrid, 2015.
- Sierra Benítez, E. M.: "The regulation of telework in Spain's autonomous communities: an overall evaluation", en Mella Méndez, L. (coord.): *Work-life balance and the economic crisis: some insights from the perspective of comparative law*, vol. 2, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2016.
- Sierra Benítez, E. M.: "Trabajo a distancia y relación individual: aspectos críticos (I)", en Mella Méndez, L. (dir.): *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017.
- Sierra Benítez, E. M.: "Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 29, 2017.
- Sierra Benítez, E. M.: "La regulación del teletrabajo en las reformas laborales de Brasil (2017) y España (2012)" en Zavanella, F. y Rocha, M. O. (coords.): *O primeiro ano de vigência da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) - reflexões e aspectos práticos*, LTr, São Paulo, 2018.
- Sierra Benítez, E. M.: "Breve referencia a la negociación colectiva en la regulación del trabajo a distancia en el RD-ley 28/2020", *Noticias CIELO*, núm. 8, 2020.
- Sierra Benítez, E. M.: "¿Se mantiene el carácter preferente del trabajo a distancia en su nueva regulación?", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 2, 2020, DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.01>.
- Sierra Benítez, E. M.: "El avatar del trabajador como "identidad virtual" del contrato de trabajo", *Noticias CIELO*, núm. 2, 2022.

- Sierra Castellanos, Y.; Escobar Sánchez, S. y Merlo Santana, A.: "Trabajo en casa y calidad de vida: una aproximación conceptual", *Cuadernos Hispanoamericanos de Psicología*, vol. 14, núm. 1, 2014, DOI: <https://doi.org/10.18270/chps.v14i1.1345>
- Suárez Corujo, B.: "La economía 'Gig' y su impacto en la seguridad social: el ejemplo español", *Revista de Seguridad Social*, vol. 19, núm. 4, 2017.
- Todoí Signes, A.: "Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (*Gig economy*)", *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 140, 2018.
- Todoí Signes, A.: "El futuro del trabajo: Nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales", *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 92, 2019.
- Todoí Signes, A.: "Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales: a propósito de la sentencia que confirma el acta de la Inspección de Trabajo de Deliveroo en Madrid", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 58, 2019.
- Todoí Signes, A.: "Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 41, 2019, DOI: <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20880>.
- Todoí Signes, A.: "El concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea y su aplicación a las nuevas realidades económicas: Comentario al auto motivado del TJUE en el caso de los riders", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 70, 2020.
- Todoí Signes, A.: "La regulación del trabajo a distancia", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020.
- Todoí Signes, A.: "Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la "Ley Rider" y los derechos de información sobre los algoritmos", *Iuslabor*, núm. 2, 2021, DOI: <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2021.i02.02>.



Dimensión socio-laboral de las relaciones comerciales trasatlánticas: algunas lecciones del pasado*

SOCIO-LABOUR DIMENSION OF TRANSATLANTIC TRADE RELATIONS: SOME LESSONS FROM THE PAST

Mireia Llobera

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Valencia

Experta del Consejo de Mediación de la Autoridad Laboral Europea

mireia.llobera@uv.es  0000-0002-2803-1998

Recibido: 08.11.2022 | Aceptado: 11.12.2022

RESUMEN

En la cumbre UE-EE.UU. del pasado 15 de junio de 2021, la Unión Europea y los Estados Unidos realizaron una declaración conjunta en la que anunciaron una asociación trasatlántica renovada para la era posterior a la pandemia. De manera que en el momento en el que se refuerzan las negociaciones comerciales entre la UE y EE.UU. vale la pena analizar hasta dónde se llegó en las negociaciones del Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión en el marco de la OMC, en particular en relación a los aspectos más controvertidos desde la perspectiva social. Lo que incluye un análisis comparado específicamente enfocado al tratamiento del desplazamiento de trabajadores en el AGCS y en la Directiva 96/71/CE. Ello nos permitirá determinar en el futuro las diferencias y similitudes con el proceso negociador que ahora se inicia; con la esperanza de que las lecciones surgidas del anterior proceso sirvan para relanzar las relaciones comerciales entre ambos bloques hacia cotas mucho más sociales y hacia una transición medioambiental más justa.

ABSTRACT

At the EU-US summit on June 15, 2021, the European Union and the United States made a joint statement announcing a renewed transatlantic partnership for the post-pandemic era. Therefore, at a time when trade negotiations between the EU and the US are being strengthened, it is worth analyzing how far they come in the negotiations of the Transatlantic Agreement on Trade and Investment, within the framework of the WTO, particularly in relation to the most controversial aspects from the social perspective. This includes a comparative analysis specifically focused on the treatment of the posting of

PALABRAS CLAVE

Relaciones comerciales trasatlánticas
OMC
Desplazamiento de trabajadores
Barreras no arancelarias (BNA)
Libre comercio

KEYWORDS

Transatlantic trade relations
WTO
Posting of workers
Non-tariff barriers (NTBs)
Free trade

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de Investigación DER2017-83040-C4-2-R, con el título «El desplazamiento de trabajadores» financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

workers in the GATS and in Directive 96/71/EC. This will allow us to determine in the future the differences and similarities with the negotiating process that is now beginning; with the hope that the lessons learned from the previous process will serve to relaunch trade relations between the two blocs towards much more social levels and towards a fairer environmental transition.

SUMARIO

- I. LA RELACIONES COMERCIALES TRASANLÁNTICAS: LA RELACIÓN ECONÓMICA MÁS INTEGRADA DEL MUNDO
- II. LA DIMENSIÓN SOCIO-LABORAL DE LAS RELACIONES COMERCIALES EN LA UE Y LA OMC
- III. LA DIMENSIÓN “ÉTICA” DEL LIBRE COMERCIO
- IV. EL PRINCIPIO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS NO ARANCELARIAS (BNA)
 - A. Efectos sociales de la liberalización del comercio de servicios
 - B. La legislación social en el marco del procedimiento de coordinación reguladora: bna, orden público y objetivos de interés público
- V. TRABAJADOR DESPLAZADO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES: EL AGCS VERSUS LA DIRECTIVA 96/71/CE
 - A. La doctrina de “acceso al mercado”
 - B. El retorno al país de origen y la garantía de la paridad de trato
- VI. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. LA RELACIONES COMERCIALES TRASATLÁNTICAS: LA RELACIÓN ECONÓMICA MÁS INTEGRADA DEL MUNDO

171

La Unión Europea y los Estados Unidos tienen la relación comercial y de inversión bilateral más desarrollada existente y disfrutan de la relación económica más integrada del mundo. Aunque China superó a los EE.UU. en 2020 como el mayor socio comercial de la UE en lo relativo a las mercancías, cuando se tienen en cuenta los servicios y la inversión, EE.UU. sigue siendo el mayor socio comercial de la UE, con mucha diferencia. En efecto, la relación transatlántica es una arteria clave de la economía mundial. Tanto la UE como los EE.UU. son los principales socios comerciales y de inversión de casi todos los demás países de la economía mundial. En conjunto, las economías de ambos territorios representan un tercio del comercio mundial de bienes y servicios y cerca de un tercio del PIB mundial en términos de poder adquisitivo¹.

A nivel de la Unión Europea (UE), los albores de los años noventa alumbraron las normas que sentarían las bases del pujante proceso de liberalización del comercio intracomunitario, cuya semejanza con las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) no es una novedad. En dicha década, la promoción del libre comercio se amplía más allá de la simple eliminación de las barreras arancelarias, hacia una

1. European Commission. EU trade relations with the United States. Facts, figures and latest developments. Disponible en: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/United-states_en (acceso: 11/08/2022).

noción más expansiva, que penetra nuevos ámbitos aparentemente no relacionados con éste, como el Derecho del Trabajo.

La Unión se aproximaba a un final de milenio marcado por el auge del comercio de servicios que, en el nivel comunitario, suscita un “terremoto jurisprudencial” en torno al artículo 56 TFUE², y en el ámbito de la OMC, se traduce en la adopción del *Acuerdo General de Comercio relativo a los Servicios* (AGCS). Este fue el primer tratado comercial multilateral dedicado plenamente al sector terciario. Producto de la Ronda de Uruguay de negociaciones comerciales (1986-1993), el AGCS se logró casi medio siglo después de la entrada en vigor del tratado análogo para el comercio de mercancías, esto es, el primer *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* de 1947. Dicha Ronda negociadora culminó el 15 de abril de 1994 con la firma del “Acuerdo de Marrakech”, por el que se establece la OMC³.

En las últimas décadas, los principios del Acuerdo de Marrakech han sido objeto de una expansiva aplicación práctica a nivel comunitario, y en su día vertebraron las negociaciones del Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (en adelante, “Acuerdo Transatlántico” o “TTIP”⁴) entre la Unión Europea y los Estados Unidos (en adelante UE y EE.UU., o “las Partes”). Dichas negociaciones se iniciaron formalmente en julio de 2013⁵, aunque el proceso de intensificación de las relaciones comerciales e integración jurídica entre ambas potencias se remonta a veinte años atrás⁶.

En la cumbre UE-EE.UU. del pasado 15 de junio de 2021, la Unión Europea y los Estados Unidos realizaron una declaración conjunta en la que anunciaron una asociación transatlántica renovada para la era posterior a la pandemia. Esta agenda se centra en

2. Artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que garantiza la libre prestación de servicios. Esta doctrina jurisprudencial de “segunda generación” se inicia a partir de la STJUE de 25 julio 1991 (C-76/90, *Säger*). Vid. Hatzopoulos, V.: “Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services”, *Common Market Law Review*, vol. 37, num. 1, 2000, pp. 43-44.

3. Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994, (BOE de 24 de enero de 1995, núm. 20, p. 2206), cuyos Anexos 1A y 1B contienen, entre otros, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante, GATT 1994 según sus siglas en inglés, como se conoce habitualmente) y el *Acuerdo General de Comercio de Servicios* (en adelante, AGCS).

4. Conforme a sus siglas en inglés: *Transatlantic Trade and Investment Partnership*. El “TTIP” o “Acuerdo Transatlántico” en este estudio viene referido a las propuestas de clausulado presentadas por la UE hasta julio de 2016, en cada una de las áreas temáticas. Comisión Europea, *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) - Documents*. Disponible en https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/united-states/eu-negotiating-texts-ttip_en [acceso: 08/08/2022]. Debe apuntarse que en el contexto de la OMC, la palabra “Acuerdo” es intercambiable con la de “Tratado”. Puesto que las relaciones comerciales que la UE mantiene con los EE.UU. son posiblemente una de las más importantes en el contexto global, en este trabajo parte del estudio del contenido de las propuestas parciales (o temáticas) aportadas por la UE hasta la 14ª ronda negociadora de 14-16 de julio de 2016, así como de los documentos preliminares emitidos o encargados por organismos públicos estadounidenses o europeos, en el curso de dichas negociaciones, a fin de obtener una aproximación teórica de la situación en la que tales negociaciones se quedaron. Con ello se pretende ofrecer un punto de partida desde el que analizar las implicaciones éticas y socio-laborales de futuras relaciones comerciales entre los EE.UU. y la UE.

5. Para una descripción del proceso de negociaciones y de sus objetivos vid. Cremona, M.: “Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)”, *Common Market Law Review*, vol. 52, num. 2, 2015, pp. 351-362. Un estudio en profundidad sobre las cuestiones jurídicas que afectan las relaciones jurídicas transatlánticas en Princen, S.: *EU Regulation and Transatlantic Trade*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.

6. Vid. Berden, K.G. et al.: *Non-Tariff Measures in EU-US Trade and Investment – An Economic Analysis Final Report*, Ecorys, Rotterdam, 2009, pp. 5-6.

los desafíos de salud global, el crecimiento verde, el fortalecimiento de las relaciones comerciales y el fomento de valores democráticos para un mundo más seguro.

Asimismo, el 20 de septiembre de 2022, la UE y los EE.UU. celebraron su primer diálogo tripartito sobre comercio y trabajo (TALD, en sus siglas en inglés) con los interlocutores sociales de la UE y los EE.UU., establecido el “Consejo de Comercio y Tecnología” (TTC, en sus siglas en inglés) a fin de consultar a sus respectivos interlocutores sociales sobre cuestiones laborales y comerciales transatlánticas. La atención se centra en cómo ayudar a los trabajadores y empleadores a realizar transiciones digitales y ecológicas con éxito; seguir siendo competitivos a nivel mundial; y lograr una prosperidad amplia e inclusiva.

Durante dicha reunión, las partes discutieron varios temas propuestos por los interlocutores sociales de la UE y EE.UU. Estos incluyeron los impactos del comercio digital en la fuerza laboral transatlántica, así como las medidas tomadas para aliviar la alta presión inflacionaria actual y cómo garantizar que tales medidas fomenten el comercio transatlántico. La reunión sirvió además para preparar la primera reunión TALD a nivel ministerial prevista en los EE.UU. a finales de 2022, durante la próxima reunión del TTC. La intención es servirse del comercio para ayudar a combatir el cambio climático, proteger el medio ambiente, promover los derechos de los trabajadores, expandir cadenas de suministro resilientes y sostenibles, continuar cooperando en tecnologías emergentes y crear empleos decentes. Durante esta reunión, las partes discutieron varios temas propuestos por los interlocutores sociales de la UE y EE.UU. Estos incluyeron los impactos del comercio digital en la fuerza laboral transatlántica, así como las medidas tomadas para aliviar la alta presión inflacionaria actual y cómo garantizar que tales medidas fomenten el comercio transatlántico. La reunión sirvió además para preparar la primera reunión TALD a nivel ministerial prevista para realizarse en los EE.UU. a finales de este año, durante la próxima reunión del TTC.

Las negociaciones del TTIP se cerraron formalmente en 2019. Sin embargo, el comercio transatlántico continúa disfrutando de uno de los aranceles promedio más bajos (menos del 3%) en el mundo, regido por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁷.

De manera que en el momento en el que se refuerzan las negociaciones comerciales entre la UE y EE.UU. vale la pena analizar hasta dónde se llegó en las negociaciones del TTIP, en particular en relación a los aspectos más controvertidos desde la perspectiva social⁸. Ello nos permitirá determinar en el futuro las diferencias y similitudes con el proceso negociador que ahora se inicia.

7. European Commission. United States. EU trade relations with the United States. Facts, figures and latest developments. Disponible en https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/united-states_en (acceso: 11/08/2022).

8. El análisis de las importantes consecuencias político-sociales del TTIP es objeto de intenso debate en el ámbito doctrinal, sindical y de la sociedad civil. Vid. *inter alia*, Hilary, J.: *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). A Charter for deregulation, an attack on jobs, an end to democracy*, Rosa Luxemburg Stiftung, Brussels, 2014; ETUC/AFL-CIO, ETUC/AFL-C: *TTIP Must Work for the People, or It Won't Work at All. Declaration of Joint Principles ETUC/AFL-C*, 2014; Raza, W. et al.: *Assess_TTIP: Assessing the Claimed Benefits of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Austrian Foundation for Development Research (ÖFSE), Vienna, 2014; Bull, R. T. et al.: “New approaches to international

Como se recordará, el objetivo jurídico de las negociaciones del TTIP consistía en establecer una zona de libre comercio de conformidad con el artículo XXIV del GATT de 1994 y el artículo V del AGCS, es decir, a partir de los dos pilares fundamentales en los que se asienta el actual sistema normativo de la OMC⁹. Ampliar el acceso a los mercados –en particular, al mercado de servicios– y reducir las divergencias de regulación. Estas eran las dos prioridades fundamentales, pues se pretendía que el eje trasatlántico asumiera “el nivel más alto de liberalización previsto en los tratados comerciales existentes”¹⁰. Las Partes debían cooperar en la eliminación de barreras comerciales –tanto aranceles como, sobre todo, las denominadas “Barreras No Arancelarias” (BNA)¹¹- y en la “estandarización” de los requisitos legales exigibles para la comercialización de bienes y servicios, para evitar que los operadores transnacionales se vean inmersos en una pluralidad de regímenes que incrementa considerablemente sus costes de transacción.

La Comisión valoró, con la finalidad de lograr estos objetivos, tres posibilidades: (a) un tratado global que incluya todas las materias, (b) tres tratados dedicados a tres áreas, concretamente a aranceles, servicios y contratación pública, (c) o, en última instancia, un único tratado sobre contratación pública¹². Se considera, en este sentido, de capital importancia la apertura de sectores “nuevos”, es decir, difícilmente accesibles para los operadores privados internacionales, por tratarse de los denominados “sectores sensibles”¹³. Se pretende así intensificar la penetración de los mercados de contratación pública a todos los niveles de la administración (también local y regio-

regulatory cooperation: The challenge of TTIP, TPP, and Mega-Regional Trade Agreements”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 78, num. 4, 2015, pp. 1-29; Meuwese, A.: “Constitutional aspects of regulatory coherence in TTIP: An EU perspective”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 78, num. 4, 2015, pp. 153-174; Ghailani, D.: “The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): converging interests and diverging opinions”, en Natali, D. y Vanhercke, B. (eds.): *Social policy in the European Union: state of play 2015*, ETUI, Brussels, 2015, pp. 215-245; Ebert, F. C.: “Labour Standards in Mega-Regional Trade Agreements: The Case of TPP and TTIP”, en Rensmann, T. (ed.): *Mega-Regional Trade Agreements and the Future of International Trade and Investment Law*, Springer Cham, Switzerland, 2015. Perulli, A., “Sustainability, Social Rights and International Trade: The TTIP”. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 31, núm. 4, 2015, pp. 473-498; Ewing, K. D.: “La Unión Europea, los Estados Unidos de América y la Asociación Transatlántica para el comercio y la inversión (TTIP): la negociación colectiva y la emergente «ley transnacional de relaciones laborales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 18, 2016, pp. 18-25; y para una revisión bibliográfica completa de varios temas conexos *vid.* Manrique Gil, M. y Lerch, M.: *The TTIP's potential impact on developing countries: A review of existing literature and selected issues*, Comissioned by Directorate General for External Policies, Brussels, 2015. En la doctrina española cabe destacar Guamán Hernández, A.: *TTIP: el asalto de las multinacionales a la democracia*, Akal, Tres Cantos, 2015; y de la misma autora, “Cláusulas laborales en los acuerdos de libre comercio de nueva generación: una especial referencia al contenido laboral del TPP, CETA y TTIP”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 398, 2016, pp. 83-112; “La política comercial de la UE y su impacto en los derechos laborales: una aproximación a los posibles efectos de la firma del TTIP y del CETA”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 6, núm. 2, 2016, pp. 123-144.

9. *Vid.* Hartwell, C. et al.: *Comparison of the EU service offers for the TTIP and TiSA negotiations*, Comissioned by Policy Department, Directorate-General for External Policies, Belgium, 2015, p. 5.

10. *Comisión Europea, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Documents*, ob. cit., Final Report High Level Working Group on Jobs and Growth, 11/02/2013. p. 3.

11. European Commission, 2013. Impact Assessment Report on the Future of EU-US Trade Relations, Strasbourg, 12/03/2013, SWD/2013/68 final, 2013 pp. 6-7.

12. *Ibid.*, p. 26-27.

13. *Ibid.*, p. 3, y con mayor detalle en Heydon, K.: *TTIP: Challenges and Opportunities in the Area of Services*, Directorate General for Internal Policies, Economic and Scientific Policy Department, Brussels, 2015.

nal)¹⁴, siendo la afectación de los servicios públicos una de las preocupaciones sociales asociada a este bloque de negociaciones¹⁵.

La concesión de trato preferencial a los bienes, servicios y proveedores nacionales discrimina a los proveedores extranjeros y actúa, por tanto, como un obstáculo al comercio en este sector. Esos obstáculos no están contemplados por las normas multilaterales de la OMC, ya que la contratación pública está expresamente exenta de las principales disciplinas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)¹⁶. Lo cierto es que la liberalización de los mercados de contratación pública tiene potencial de enormes beneficios. Por consiguiente, los Miembros de la OMC han trabajado en esta cuestión desde tres frentes:

- a) El Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP).
- b) El Grupo de Trabajo sobre la Transparencia de la Contratación Pública (actualmente inactivo) en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo (PDD).
- c) Las negociaciones sobre contratación pública en el marco del AGCS.

De esas tres esferas, la que registra mayor actividad es la labor relativa al ACP, que ha dado lugar a una importante liberalización del comercio. El 6 de abril de 2014 entró en vigor el ACP 2012, lo que marca un hito significativo en la OMC. Además, la Secretaría de la OMC ha venido realizando actividades de cooperación técnica con países en desarrollo a fin de afianzar la labor de la OMC en materia de contratación pública.

II. LA DIMENSIÓN SOCIO-LABORAL DE LAS RELACIONES COMERCIALES EN LA UE Y LA OMC

Lo cierto es que, desde sus orígenes, también el Derecho de la Unión ha prohibido que los Estados miembros impongan medidas discriminatorias en el acceso a los mercados. Esta prohibición no impedía a los Estados aplicar su legislación social a los operadores externos, siempre que se les exigieran las mismas condiciones que a los empresarios nacionales. Posteriormente, la doctrina del TJUE de “segunda generación” impedirá que los Estados establezcan medidas que sean más gravosas para las empresas extranjeras,

14. Vid. Comisión Europea, *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Documents*, ob. cit., *Public report of the 14th round of negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (11-15 July 2016)*, Brussels, 04/08/2016, apartado 1.2 [public procurement], p. 5. Vid. también Woolcock, S.: *TTIP: Opportunities and Challenges in the Area of Public Procurement*, European Union, Brussels, 2015; y Consejo de la Unión Europea: *Directrices de negociación relativas a la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América*, Bruselas, 17/06/2013, 11103/13 DCL 1. Versión desclasificada de 09/10/2014, p. 10. La apertura del mercado de la contratación pública ya era un objetivo prioritario del Libro Blanco sobre el Mercado Interior en 1985. Vid. European Commission: *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council*, Milan, 28-29 June 1985, COM/85/0310 final.

15. Así como las limitaciones a la inclusión cláusulas sociales en los contratos públicos, vid. el análisis de Sinclair, S.; Trew, S. y Mertins-Kirkwood, H. (eds.): *Making Sense of the CETA: An Analysis of the Final Text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement*, Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa, 2014, pp. 24-40.

16. Véase el párrafo 8 a) del artículo III del GATT y el párrafo 1 del artículo XIII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).

aunque formalmente sean idénticas a las aplicadas a las empresas nacionales¹⁷. Esta doctrina impide también a los Estados “obstaculizar” el comercio intracomunitario mediante el establecimiento de normas laborales o de protección social, incorporándose los derechos sociales fundamentales, de este modo, a la categoría de “obstáculo” a la construcción del mercado interior¹⁸; especialmente en la jurisprudencia que evalúa los derechos laborales desde la óptica de su capacidad de generar a los operadores transnacionales, “gastos y cargas administrativas y económicas”, con pronunciamientos, que consolidan una extensa jurisprudencia en este sentido:

“A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los licitadores y a sus eventuales subcontratistas establecidos en un Estado miembro distinto del Estado del poder adjudicador y en el que las cuantías de salario mínimo sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por tanto, una norma como la controvertida en el asunto principal puede constituir una restricción en el sentido del artículo 56 TFUE [que garantiza la libertad fundamental de prestación de servicios]”¹⁹.

En las rondas de negociaciones del TTIP, las propuestas normativas de la Unión también integraron las normas socio-laborales en la categoría jurídica de “Barreras No Arancelarias” (BNA), lo cual tiene substanciales implicaciones constitucionales, a las cuales trataremos de aproximarnos en estas notas preliminares. Como veremos, desde la experiencia comunitaria, las BNA en el ámbito socio-laboral vienen básicamente referidas a barreras regulatorias, tanto en lo que respecta a normas emanadas del Estado, como a los convenios colectivos; sin embargo, otro tipo de restricciones de orden cuantitativo o cualitativo también se han considerado BNA, como por ejemplo la “restricciones” a la actividad empresarial de las empresas de trabajo temporal, o el establecimiento de límites a la externalización productiva, llegándose incluso a calificar jurídicamente determinadas manifestaciones de la libertad sindical como BNA.

Este problema se enmarca en una controversia doctrinal más amplia, que desde hace décadas viene desarrollando el marco teórico de las “excepciones admisibles” (en materia social, medioambiental, de protección de la libre competencia u otra índole) al principio de eliminación de barreras comerciales, que preside las normas de la OMC y las libertades comunitarias²⁰. En ambos sistemas normativos dicho

17. STJUE de 18 de diciembre de 2007 (asunto C-341/05, *Laval un Partneri*) [parágrafo 98].

18. Vid. Szyszczak, E. M.: *EC labour law*, Longman, Dorchester, 2000, pp. 144-165, sobre la interacción entre el Derecho social y las restantes áreas del Derecho comunitario (mercado interior, competencia, fusiones de empresas, ayudas estatales, estrategia europea de empleo y contratación pública) ya en una etapa temprana.

19. STJUE de 17 de noviembre de 2015, C-115/14, *RegioPost* [parágrafo 69]; STJUE de 18 de septiembre de 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei* [parágrafo 30].

20. Van Den Bossche, P.: *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 614-740; Howse, R.: “Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence”, en Weiler, J. H. H. (ed.): *The EU, the WTO, and the NAFTA: towards a common law of international trade?*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 35-70; Hudec, R. E. y Farber, D. A.: “GATT legal restraints on domestic environmental regulations”, en Bhagwati, J. N. y Hudec, R. E. (ed.): *Fair Trade and harmonization*, MIT Press, Cambridge, 1997, vol. 2, pp. 59-94.

principio se despliega en dos “momentos” jurídicos diferenciados: en primer lugar, se establece la existencia de una posible restricción al comercio, y en caso que exista, se determina su justificación por razones de interés general. Existe así un momento hermenéutico, previo a la aplicación de los clásicos subprincipios fiduciarios de la noción alemana del principio de proporcionalidad²¹, en el que el tribunal comunitario, o los órganos de resolución de conflictos de la OMC, determinan si la norma estatal tiene carácter de “intervención” en el ámbito de protección de la libertad comercial. A estos efectos, tales órganos valoran el carácter “restrictivo” de cualquier norma que *prima facie* afecte negativamente los derechos que garantizan los tratados aplicables en cada caso.

El juicio de proporcionalidad como medio para optimizar los derechos individuales –de forma que los objetivos políticos relacionados con el bien común puedan alcanzarse– encuentra así su paralelo en el mandato de optimización de las libertades de mercado contenido en los Tratados comunitarios y en el Acuerdo de Marrakech, hasta el punto de configurar un derecho de libertad comercial inserto en el test de proporcionalidad, habitualmente utilizado en el marco de las garantías de protección de los derechos humanos.

En el ámbito nacional, el principio de proporcionalidad sanciona la legitimidad de las interferencias del poder público en los intereses individuales, lo que implica necesariamente elegir, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, si debe prevalecer el interés público o el interés privado. En contraste, el juicio de proporcionalidad aplicado en el marco de la OMC y del Derecho comunitario, evalúa la legitimidad de las medidas adoptadas por el poder público estatal restrictivas de los intereses de operadores económicos que gozan de libertad de circulación. Cada sistema responde a principios y parámetros reguladores diferentes, de modo que en este estudio nos referiremos al “principio de eliminación de barreras no arancelarias (BNA)” para acomodarnos a la terminología utilizada en las propuestas normativas presentadas por la UE en las rondas de negociaciones del TTIP, propia del sistema jurídico de la OMC.

III. LA DIMENSIÓN “ÉTICA” DEL LIBRE COMERCIO

Las diferentes agencias de Naciones Unidas han dedicado importantes esfuerzos tratando de establecer puentes jurídicos que conecten los distintos sistemas normativos que las conforman, fundamentalmente los de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la OMC, a fin de sentar los fundamentos de una dimensión “ética” del libre comercio. Es complejo, sin embargo, articular ambos sistemas jurídicos, puesto que tales Organizaciones nacen en momentos históricos muy diferentes, y sus objetivos y principios son difíciles de conciliar²². La “mirada social”, que hasta ahora se ha incor-

21. Vid. Emiliou, N.: *The principle of proportionality in European law: a comparative study*, Kluwer Law International, London, 1996, pp. 134 y ss.

22. Snyder, F.: “Social solidarity ethics and the WTO”, en Weiler, J.: *The EU, the WTO and China: legal pluralism and international trade regulation*, Hart Publishing, Portland (Oregon), 2010, pp. 381-423.

porado en los tratados bilaterales alcanzados en el marco de la OMC, no ha estado exenta de críticas, fundamentalmente dirigidas a los Estados Unidos ante su cerrada defensa de la inclusión de sanciones a los países en desarrollo en caso que incumplan las Normas Internacionales Básicas de la OIT; cuando es bien conocida su histórica negativa a ratificar los Convenios fundamentales de dicha Organización, alegando que éstos entran en conflicto con sus leyes y prácticas nacionales²³.

Las diferencias de estándares sociales entre socios comerciales siempre crean situaciones problemáticas. Tales diferencias tienen capacidad de distorsionar la competencia, de modo que los países con niveles superiores de protección social se consideren en desventaja en los mercados mundiales. Lo cual, a su vez, frustra las ambiciones que algunos actores sociales propugnan en los países avanzados. Tres áreas fundamentalmente (normas socio-laborales, medioambientales y de libre competencia) suelen ser fuente de conflicto. De modo que las cláusulas sociales que finalmente se insertan en los tratados comerciales son el resultado de un compromiso en torno al nivel de estándares admisible, tanto para los intereses de los países desarrollados (y sus sindicatos, que se posicionan en contra del *dumping social* que lleva aparejada la deslocalización de las industrias), como de los países menos desarrollados (y frecuentemente también sus sindicatos, que se niegan a verse sometidos a normas que consideran proteccionistas, y que pueden restar posibilidades de empleo)²⁴. Proliferan así los estudios sobre distintos tipos de cláusulas sociales, con diferentes valoraciones críticas respecto de su efectivo cumplimiento y las dificultades a la hora de aplicar sanciones²⁵. El mínimo común denominador de dichas cláusulas pasa habitualmente por la identificación de las normas laborales internacionales (fundamentalmente de la OIT) que van a asumirse como estándares de referencia y por el establecimiento de ciertos mecanismos de seguimiento, variando en cuanto a la intensidad de control²⁶. De hecho, la práctica totalidad de acuerdos comerciales suscritos por los EE.UU., y

23. OIT, Consejo de Administración, 2010. Ratificación y promoción de los convenios fundamentales y de los convenios sobre gobernanza de la OIT, Ginebra, 01/11/2010, GB.309/LILS/6, 309ª reunión, apartados 12, 16, 25, 31; OIT, Consejo de Administración, 2008. Ratificación y promoción de los convenios fundamentales de la OIT, Ginebra, 01/11/2008, GB.303/LILS/5, 303ª reunión. apartados 3, 16, 73; OIT, Consejo de Administración, 2000. Política de elaboración de normas: ratificación y promoción de los convenios fundamentales de la OIT, Ginebra, 01/03/2000, GB.277/LILS/5 277ª reunión, apartados 7, 11, 29, 56.

24. Según lo describe Hudec, R. E.: "Introduction to Legal Studies", en Bhagwati, J. N. y Hudec, R. E. (ed.): *Fair Trade and harmonization*, MIT Press, Cambridge, 1997, pp. 1-18.

25. Por no mencionar la inconmensurabilidad de la tarea de supervisión de realidades locales desde instancias internacionales. Sobre las distintas fórmulas para fomentar el cumplimiento (enforcement) existentes en los acuerdos comerciales concluidos por EE.UU. *vid.* Bolle, M. J.: *Overview of Labor Enforcement Issues in Free Trade Agreements*, US Congressional Research Service, Washington, 2016.

26. Para una panorámica general *vid.* Ferrante, V.: "Social concerns in free trade agreements", en Gil y Gil, J. L. (dir.): *Comercio y justicia social en un mundo globalizado*, Adapt University Press, Modena, 2016. Para un análisis de fondo, de pros y contras *vid.* Doumbia-Henry, C. y Gravel, E.: "Acuerdos de libre comercio y derechos laborales. Evolución reciente", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 125, núm. 3, 2006, pp. 207-231; y Lee, E.: "Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, núm. 2, 1997, pp. 200-205; Liemt, G. Van.: "Normas laborales mínimas y comercio internacional: ¿Resultaría viable una cláusula social?", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 108, núm. 3, 1989, pp. 301-318; Servais, J.: "La cláusula social en los tratados de comercio", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 108, núm. 3, 1989, pp. 289-300. Sobre los orígenes de las iniciativas en el sector privado *vid.* Diller, J.: "¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, núm. 2, 1999, pp. 111-145.

también gran parte de los suscritos por la Unión Europea, suelen incluir cláusulas sociales de algún tipo²⁷.

Este tipo de compromisos sociales también se encuentran en las propuestas normativas de la UE de “artículos temáticos” en el TTIP: estas se hacen eco de importantes Declaraciones en materia de desarrollo y derechos laborales en el seno de Naciones Unidas de la última década. Asimismo, entran a detallar los principios y las acciones clave a desarrollar para el cumplimiento de las normas laborales fundamentales de la OIT²⁸. No hay que olvidar que se trata de un tratado de integración económica entre los dos bloques económicos más desarrollados del mundo. La arteria comercial atlántica ya es la mayor y más poderosa entidad económica mundial: una piedra angular de la globalización, pues el nivel de integración comercial entre los Estados Unidos y la Unión Europea no guarda comparación con el de ninguna otra región²⁹.

Los EE.UU. se encuentran bastante alejados de los niveles de protección socio-laboral de la Unión Europea y Canadá, con quien se alcanzó un Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA)³⁰. Las deficiencias en el desarrollo del Estado social en EE.UU. pueden resultar problemáticas a efectos de la aplicación del principio de mutuo reconocimiento y de coordinación reguladora³¹. Pese a existir, en términos de PBI, un nivel comparable de desarrollo económico, el diferencial de estándares sociales es considerable; siendo también relevantes las diferencias jurídicas existentes a ambas orillas del Atlántico, en lo que respecta al carácter vinculante y al efecto directo de las normas internacionales de Derechos Humanos; pues los EE.UU. no ha ratificado Convenios de la OIT y normas internacionales que en la UE son ya *ius cogen*. Cuestiones a la que dedicaremos los siguientes dos apartados, a fin de extraer algunas valoraciones preliminares respecto de los potenciales efectos socio-laborales de la aplicación conjunta de ambos sistemas en el bloque transatlántico.

27. Un análisis comparativo de las cláusulas sociales en acuerdos comerciales suscritos por Canadá, la UE y los EE.UU. *vid.* Siroën, J. M.: “Disposiciones laborales en los tratados de libre comercio: balance y perspectivas”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 132, núm. 1, 2013, pp. 99-122.

28. Comisión Europea, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Documents, ob. cit. EU Textual Proposal Trade and Sustainable Development. European Union’s initial proposal for legal text on “Trade and Sustainable Development” tabled for discussion with the US, in the negotiating round of 19 - 23 October 2015 and made public on 6 November 2015. La mención a tales Declaraciones se contiene explícitamente en los artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 20, detallándose a lo largo de contenido de dicho capítulo distintas referencias a su contenido.

29. El volumen de inversión recíproca alcanza tal intensidad que es difícil de diferenciar las empresas filiales americanas que operan en la Unión de las empresas europeas locales, y lo mismo ocurre respecto de las empresas europeas en territorio americano. El principal destino de inversión directa americana es la Unión, y el principal inversor en Estados Unidos es la Unión. De hecho, casi tres cuartas partes del total de inversión recibida en la última década por EE.UU. provenían de Europa. Quinlan, J.: “TTIP, un acuerdo para detener el declive de la asociación transatlántica”, *ICE: Revista de economía*, núm. 875, 2013, pp. 31-38.

30. Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra. DO L 11 de 14.1.2017, p. 23/1079. *Vid.* para una detallada explicación del mismo, European Commission. Trade. EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). Disponible en https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/canada/eu-canada-agreement_en [acceso: 12/09/2022].

31. En relación a la aplicación del principio de mutuo reconocimiento en Tratados de Libre Comercio, *vid.* Baldwin, R.: *Multilateralising 21st century regionalism. Reconciling regionalism and multilateralism in a post-Bali world*, OECD Conference Centre, Paris, 2014, pp. 30 y 32.

IV. EL PRINCIPIO DE ELIMINACIÓN DE BNA

A. Efectos sociales de la liberalización del comercio de servicios

Mientras el derecho comunitario y las normas de la OMC actuaban frente a las barreras al comercio de mercancías, las implicaciones sociales no eran tan perceptibles. Sin embargo, el paso hacia la liberación de la producción de servicios ha planteado nuevos problemas. Muchos de los servicios públicos se han mantenido históricamente fuera del mercado en atención a su función social, y el derecho social sólo había sido alcanzado transversalmente. Sin embargo, el traslado del proceso liberalizador de “segunda generación” al sector terciario ha incrementado la sensibilidad política sobre los riesgos asociados a la maximización del libre comercio. Así, aunque desde instancias comunitarias siga insistiéndose en la aplicación del principio de remoción de BNA por la vía de la integración negativa, no puede soslayarse que en el sector terciario las dificultades jurídicas y políticas a las que deben enfrentarse los procesos de liberalización económica se multiplican geométricamente. De modo que esta vía de integración pretoriana, tan eficaz en el ámbito del comercio de mercancías, posiblemente no rinda aquí los mismos resultados.

En los años setenta, el Tribunal de Justicia ya consideraba que la libre circulación de mercancías no radicaba tanto en la eliminación de la diferencia de trato por parte de los Estados miembros, como en la eliminación de las barreras que impidieran el libre intercambio económico³²; y a partir de entonces los sistemas sociales estatales comenzaron a ser sometidos a escrutinio, surgiendo las primeras colisiones entre la liberalización del comercio de mercancías y las normas sociales³³, que pese a su importancia, no han significado un cuestionamiento tan medular de los pilares del Estado social como el que plantea actualmente la liberalización del comercio de servicios³⁴.

Para la doctrina, la liberalización de este sector es un hecho ineludible, en razón de la desproporción entre la ratio de comercialización internacional y su peso específico en el producto interior bruto (PIB). La industria supone menos de una cuarta parte del PIB de los países desarrollados, concentrando, sin embargo, tres cuartas

32. STJCE de 11 de julio de 1974, (asunto 8/74, *Dassonville*). La delimitación jurídica de las restricciones al comercio intracomunitario de mercancías se encuentra más acotado que el de los servicios, *vid.* una descripción de sus principales parámetros en Gardeñes Santiago, M.: “Mercado interior: Sobre la noción de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. ¿A la tercera va la vencida?”, en Bourges, L. A. (coord.): *UE, Sociología y Derecho alimentarios: estudios jurídicos en honor de Luis González Vaqué*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 213-226.

33. *Vid.*, entre otras, STJCE de 23 de noviembre de 1989 (asunto C-145/88, *Torfaen*) y STJCE de 28 de febrero de 1991 (asunto C-312/89, *Confaroma*). En estos pronunciamientos se declara que las concretas medidas sociales enjuiciadas no obstaculizaban el mercado interior. Su importancia radica en que inician una sistemática aplicación de la doctrina de las sentencias *Dassonville* y *Cassis de Dijon*, de sujeción de las normas con incidencia socio-laboral a los imperativos de la libertad de mercado comunitario y del principio de proporcionalidad.

34. *Vid.* sobre la presunción de laboralidad, STJCE de 5 de junio de 1997, (*Syndesmos*, C-398/95); sobre restricciones al acceso a labores de estiba y desestiba, STJCE de 16 de septiembre de 1999 (*Becu*, C-22/98); en materia de sucesión de empresas STJCE de 9 de diciembre de 2004 (*aeropuertos italianos*, C-460/02); sobre el significado constitucional actual de los servicios públicos, en cuestiones cruciales como las prestaciones sanitarias, Newdick, C.: “Citizenship, free movement and health care: Cementing individual rights by corroding social solidarity”, *Common Market Law Review*, vol. 43, núm. 6, 2006, pp. 1645-1668.

partes del comercio transnacional en la última década. En cambio, en los servicios la ratio de comercialización es la inversa. Esta discordancia lleva a los Estados a dejar en un segundo plano el comercio de mercancías, para impulsar la entrada en los mercados exteriores de su principal producto, que son los servicios, evidenciando lo irremediable de su proceso de internacionalización. Un proceso liberalizador que se enfrenta a una realidad legal particularmente adversa para los operadores económicos transnacionales, por ser éste el sector de la economía más protegido y regulado por los Estados, ya que los potenciales efectos sociales negativos de su liberalización son especialmente intensos.

Esto se ha traducido, a nivel comunitario, en una aplicación contundente del principio de remoción de obstáculos, fundamentalmente dirigido a eliminar las barreras reguladoras de los Estados, así como en una mayor insistencia en el desarrollo de normas comunitarias dirigidas a la eliminación de “restricciones”, entre las que destaca, por su alcance y trascendencia, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, la “Directiva de Servicios”)³⁵.

Todos estos aspectos permiten anticipar una enconada lucha en contra del proteccionismo, liderada a nivel comunitario por el Tribunal de Justicia y por la Comisión Europea, que también alcanza la dimensión transatlántica. En las negociaciones del TTIP la liberalización de este sector de actividad se consideró prioritaria³⁶, pues se calcula que un 80% de las ganancias potenciales totales provendría de la liberalización del comercio de servicios y de la contratación pública, así como por la reducción de “costes impuestos por las regulaciones” y por la “burocracia”³⁷.

B. La legislación social en el marco del procedimiento de coordinación reguladora: BNA, orden público y objetivos de interés público

En etapas tempranas de la Unión, las disposiciones estatales de orden público –que en la terminología de la OMC y del TTIP, vienen incardinadas entre las “excepciones generales”³⁸– permitían que amplios espacios de soberanía estatal quedaran

35. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. DO L 376 de 27.12.2006, p. 36/68.

36. De acuerdo con las Directrices del Consejo de 2013, el objetivo fundamental en materia de comercio de servicios consistirá en vincular “el nivel autónomo de liberalización existente de ambas Partes, con el nivel de liberalización más elevado obtenido en los ALC [Acuerdos de Libre Comercio] vigentes, en línea con el artículo V del AGCS, de modo que contemple sustancialmente todos los sectores y todos los modelos de prestación, tratando de conseguir al mismo tiempo un nuevo acceso al mercado, abordando las barreras al acceso al mercado que siguen existiendo desde hace tiempo y reconociendo la naturaleza sensible de determinados sectores”. Consejo de la Unión Europea, 2013. *Directrices de negociación relativas a la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América*, Bruselas, 17/06/2013, 11103/13 DCL 1. Versión desclasificada de 09/10/2014, apartado 15. Vid. también Heydon, K.: *TTIP: Challenges and Opportunities in the Area of Services*, ob. cit., pp. 7-8.

37. Francois, J. et al.: *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment: An Economic Assessment*, Centre for Economic Policy Research, London, 2013, p. vii.

38. Vid. Artículos XX, XXI, XXIV, XII del GATT; artículos XIV, XIV bis, V, XII del GATS. La propuesta de Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (ACS), actualmente en proceso de negociaciones para suceder al AGCS, incluye una noción

sustraídos de los efectos del principio de eliminación de BNA³⁹. Sin embargo, con el avance del Derecho comunitario, estas han ido asumiendo la forma de “razones imperiosas de interés general” sujetas a justificación en cuanto a su necesidad, en el marco de un estricto juicio de proporcionalidad desarrollado por el TJUE.

En la jurisprudencia del TJUE en materia laboral la conformación de la noción de orden público se ha desarrollado de un modo particularmente visible. Así, por ejemplo, en la Sentencia *Vander Elst* el TJUE no planteó objeciones, desde la perspectiva del artículo 56 TFUE, a la posibilidad de aplicar a los trabajadores enviados temporalmente “las disposiciones nacionales de orden público que regulan los diferentes aspectos de la relación laboral” del país de destino⁴⁰. Mientras que sólo cinco años después, en *Arblade*, la noción comunitaria de orden público, también denominado “leyes de policía y de seguridad”, se escinde definitivamente en este ámbito del concepto de orden público laboral acuñado a nivel nacional⁴¹.

Las excepciones de orden público a nivel comunitario están configuradas desde entonces muy restrictivamente⁴². Aunque en los orígenes de la Unión el legislador estatal podía excepcionar las libertades económicas a través de un cierto margen de intervención sociolaboral, dicho margen fue reduciéndose paulatinamente a nivel jurisprudencial, hasta acabar cristalizando en una codificación legislativa. En este caso, en el Reglamento 593/2008⁴³, cuyo artículo 9, apartado 1, recoge una definición de orden público, inspirada en la doctrina *Arblade*, en el sentido siguiente:

“Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”.

Dado que el TJUE no suele considerar que en el orden laboral se den esas circunstancias⁴⁴, la autonomía jurídica, tras la que se parapetaban los Estados para imponer sus normas a los operadores externos, ha quedado considerablemente neutralizada.

más restrictiva en lo concerniente a las excepciones, *vid.* Hartwell, C. *et al.*: *Comparison of the EU service offers for the TTIP and TISA negotiations*, ob. cit., pp. 10-11 (apartado 3.8).

39. El artículo 7 del Convenio de Roma (Convenio 1992/529/CEE, de 18 de mayo, por el que se produce la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa del Convenio 1980/934/CEE, de 19 de junio), en sus orígenes, nace ofreciendo posibilidades amplias de excepcionar, a través de normas de orden público, lo dispuesto en su artículo 6. *Vid.* Giuliano, M. y Lagarde, P.: *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 31 october 1980, OJ C 282, p. 20, [artículo 7, comentario].

40. STJUE de 9 de agosto de 1994 (asunto C-43/93, *Vander Elst*), párrafo 25.

41. STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*), párrafo 30. Nótese que esta noción de orden público aparece en el derecho del mercado interior en las STJUE de 28 de octubre de 1975 (*Rutili*, 36/75), párrafo 20 y STJUE de 27 de octubre de 1977 (*Bouchereau*, 30/77), párrafo 35.

42. STJUE 10 de febrero de 2000, (C340/97, *Nazli*), párrafo 57.

43. Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, el Reglamento Roma I).

44. *Vid.* STJUE de 19 de junio de 2008, asunto C-319/06, *Comisión/Luxemburgo*, párrafos 3 y 29-33, en su interpretación de la noción de orden público, admitiendo en este caso como orden público sólo “los derechos humanos básicos” como, por ejemplo, la prohibición de trabajo forzado.

En este sentido, es posible identificar un patrón de paulatina transformación “federalizante” que ha conducido a la consideración de las normas socio-laborales, en el ámbito de la Unión, como BNA que debe ser justificada por “razones imperiosas de interés general”. Siguiendo esta misma pauta, en las propuestas europeas de TTIP, los estándares socio-laborales establecidos en cada país no se incluyen en la disposición que recoge las “excepciones admisibles”, de orden público, a la obligación general de remoción de BNA en el comercio de servicios⁴⁵. Por contra, en el marco del procedimiento de Cooperación Regulatoria, las condiciones de trabajo, la protección social y la seguridad social, entre otras cuestiones, son consideradas como “objetivos de interés público”⁴⁶ sujeto a juicio de necesidad, por cuanto deben aplicarse “facilitando al mismo tiempo el comercio y la inversión”⁴⁷.

Una década de cooperación regulatoria entre ambos bloques⁴⁸ parece así haber conducido a la consolidación de las normas sociales como BNA al comercio –restricciones a las libertades fundamentales, en terminología comunitaria–, cuya posible justificación se evalúa, en su caso, de acuerdo con el cumplimiento de “objetivos de interés público” en el marco de un juicio sobre su carácter necesario⁴⁹ –razones de interés general, en términos comunitarios⁵⁰–.

El redactado del capítulo dedicado a la Cooperación Regulatoria está muy afinado para evitar reacciones políticas adversas, pero su sistemática interna no ofrece dudas, puesto que recoge categorías e instituciones jurídicas ya consolidadas en ambos sistemas jurídicos. Recordemos que la Directiva de Servicios establece el respeto de los derechos sociales “conforme al derecho comunitario”. De igual modo, en el TTIP los objetivos de interés público deben conciliarse con el principio general de remoción de BNA, de ahí que se haga una llamada a su aplicación facilitando “al mismo tiempo” el comercio y la inversión. Asimismo, se recogen los mecanismos de integración negati-

45. Comisión Europea, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Documents, op.cit.. European Union’s proposal for services, investment and e-commerce text. Tabled for discussion with the US in the negotiating round of 12 -17 July 2015 and made public on 31 July 2015, Chapter VII – Exceptions, Article 7 – 1, General exceptions; y Consejo de la Unión Europea, 2013. Directrices de negociación relativas a la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, ob. cit., p. 7, apartado 18.

46. Concretamente, en el artículo x.1 (Objetivos y principios generales) de la Propuesta comunitaria del Capítulo dedicado a la Cooperación regulatoria. Comisión Europea, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Documents, op.cit., European Union’s proposal for legal text on Regulatory Cooperation in TTIP.

47. Article x.1.(b) in fine. Comisión Europea, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Documents, op.cit..European Union’s proposal for legal text on Regulatory Cooperation in TTIP.

48. Vid. Comisión Europea, 2005. Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. *Fortalecimiento de la Asociación UE-EE.UU. y mayor apertura del mercado en el siglo XXI*, 18/05/2005, Bruselas, COM/2005/196 final, apartado 3.1.[Regulatory cooperation] y nota 4.

49. En relación al ACGS vid. Delimatsis, P.: “Towards a horizontal necessity test for services: Completing the GATS Article VI:4 mandate”, en Panizzon, M.; Pohl, N. y Sauvé, P. (eds.): *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2008, pp. 370-396.

50. Vid. Tison, M.: “Unravelling the General Good Exception: The Case of Financial Services”, en Andenas, M. y Roth W. H. (eds.): *Services and free movement*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 322-323; Hatzopoulos, V.: “Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services”, ob. cit., pp. 43-44. En relación a los derechos fundamentales en tanto que excepciones de orden público y/o razones de interés general a las libertades económicas vid. Novitz, T.A.: “A Human Rights Analysis of the Viking and Laval Judgments”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2008, pp. 541-561.

va que acompañan al principio de eliminación de BNA: la armonización mínima previa y el principio de mutuo reconocimiento⁵¹.

Es bien conocido que en la experiencia comunitaria tales mecanismos de integración negativa han generado el intrincado dilema de la “discriminación inversa”, pues eliminar BNA a fin de no obstaculizar las transacciones transnacionales puede provocar que las empresas de base puramente nacional puedan verse sujetas a condiciones regulatorias más rigurosas que las exigidas a los prestadores extranjeros⁵². Estos problemas de discriminación inversa tienen difícil solución cuando se opta por una aplicación rigurosa del principio de mutuo reconocimiento. Pues de tenerse en cuenta tales efectos en las empresas nacionales no habría posibilidad de limitar los estándares superiores del lugar de ejecución de la prestación, y su aplicación se limitaría a eliminar doble imposición. De modo que el establecimiento de topes armonizados máximos (a través de la llamada “armonización mínima, no mejorable por los Estados), además de coadyuvar a la eliminación eficaz de las BNA, permite dar salida a esta situación. Para no perjudicar a las empresas radicadas en su territorio, los Estados acaban renunciando a sus “reticencias” a desregular sectores sensibles. Así es como funciona el denominado efecto “*spillover*” o dinámica envolvente del mercado, que permite una armonización *de facto*, que genera un efecto multiplicador de la integración negativa, dirigida a una unificación progresiva de las reglamentaciones nacionales⁵³, y que en el ámbito de la OMC viene denominándose “actividad internacional de normalización”⁵⁴.

Las tareas de “cooperación reguladora” en el TTIP se encomiendan al “Comité Conjunto”, el cual podrá emitir decisiones vinculantes jurídicamente para las Partes, y podrá consultar, a dicho efecto, al Foro Transatlántico de Reguladores (*Transatlantic Regulators’ Forum*), a Comités y Grupos de Trabajo especializados, así como al Foro de la Sociedad Civil (*Civil Society Forum*)⁵⁵. El procedimiento de elección representativa de estos comités, no se establece.

51. Articles x.1 (d) y x.5. Comisión Europea, *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Documents*, ob. cit., European Union’s proposal for legal text on Regulatory Cooperation in TTIP. Tales principios vertebran las relaciones comerciales bilaterales atlánticas desde hace años y constituyen parte del acervo jurídico de la OMC, *vid.* Bierbrauer, E., 2015. *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): The sluggish state of negotiations*, Belgium: Comissioned by Policy Department, Directorate-General for External Policies, especialmente la referencia al Derecho laboral en la p. 8.

52. *Vid.* Lenaerts, K.: “Federalism and the rule of law: Perspectives from the European Court of Justice”, *Fordham International Law Journal*, vol. 33, núm. 5, 2010, pp. 1338-1387; Ritter, C.: “Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and article 234”, *European Law Review*, núm. 5, 2006, pp. 690-710; Sarmiento, D.: “Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución Española”, *REDE. Revista española de derecho europeo*, núm. 15, 2005, pp. 375-411.

53. En relación al efecto “*spill-over*” asociado al futuro TTIP, *Vid.* Francois, J. et al.: *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment: An Economic Assessment*, ob. cit., p. 28-29.

54. Desarrollado fundamentalmente en el ámbito de las mercancías, aunque existen algunos avances en materia de servicios en el ámbito de contabilidad (*accountancy*), *vid.* un análisis sobre la aplicación de estas técnicas al comercio de servicios en Krajewski, M.: “Recognition, standardisation and harmonisation: Which rules for GATS in times of crisis?”, en Panizzon, M.; Pohl, N. y Sauvé, P. (eds.): *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2008, pp. 407-433.

55. *Vid.* en particular, Comisión Europea, *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Documents*, ob. cit., EU Proposal for Institutional, General and Final Provisions, articles X.1 [apartados 4, 5 (c), (d), y 7]; X.2; X.3 [apartado 5]; X.4, y X.8.

También la propuesta de la UE relativa a cuestiones institucionales plantea serias dudas, cuando determina que:

1. “Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en tanto que confiere derechos o impone obligaciones a las personas distintas de las creadas entre las Partes en virtud del derecho público internacional.
2. Ninguna Parte podrá otorgar derecho de acción en su legislación contra la otra Parte contra una medida de la otra Parte en base a que esta incompatible con sus obligaciones en virtud del presente Acuerdo, o en base a que la otra Parte ha incumplido de algún modo sus obligaciones en virtud del presente Acuerdo”⁵⁶.

La participación directa de los parlamentos nacionales no se contempla en el procedimiento de Cooperación Regulatoria. No así la participación del Parlamento Europeo, aunque sin que se establezca aún mediante qué fórmula, o si habrá una intervención directa de parlamentarios. Lo más específico que se prevé es una rendición de cuentas cada dos años realizada *a posteriori*, mediante un procedimiento de informes⁵⁷. En definitiva, las propuestas no especifican el sistema que va a permitir garantizar, o controlar, el reiterado compromiso de no regresión en los niveles de protección (social, medioambiental y del resto de “objetivos de interés público”), ni cómo se va a encauzar el control jurisdiccional de las actividades de Cooperación Regulatoria desarrolladas por el Comité Conjunto.

Al igual que los Estados están obligados, en el marco de la OM, a no dar “pasos atrás” en su proceso de eliminación de BNA y están sometidos a los órganos de la OMC en relación al cumplimiento de sus compromisos, podría ser razonable que la UE y los EE.UU. se sometieran a los órganos internacionales establecidos por los Tratados de Derechos Humanos y Convenios de la OIT que se mencionan en el propio TTIP. Es en el marco de dichas Organizaciones dónde se ha desarrollado el “saber hacer” (*know how*) específico y donde se han codificado “indicadores de progreso”

56. *Ibid.*, X.14.

57. En el Anexo del Capítulo dedicado a la Cooperación regulatoria [Comisión Europea, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Documents, op.cit., European Union’s proposal for legal text on Regulatory Cooperation in TTIP, op. cit.] se recogen los “elementos clave” en el establecimiento de dicho procedimiento entre los cuales se encuentra “La rendición de cuentas”, en los términos siguientes: “Los avances en la cooperación regulatoria debe ser revisados periódicamente a nivel ministerial con la plena participación de las autoridades reguladoras competentes. Al menos una vez cada dos años un informe tendrá que ser presentado por éstos ante a la Cumbre UE-Estados Unidos y ante los legisladores, destacando los avances logrados en términos de iniciativas de cooperación específicas reguladoras. Dichos informes tienen que ser puestos a disposición del público. Las reuniones de ministros deben prepararse mediante un proceso que garantice la plena participación de las autoridades reguladoras competentes, los altos funcionarios encargados de la aplicación de TTIP y las autoridades responsables de la coordinación de las políticas de regulación de ambas Partes. En este contexto, también debe prestarse especial atención a fin de garantizar una participación adecuada a los legisladores (en el caso de la UE, el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo) en relación a las iniciativas de cooperación reguladora”. También se establece en la Propuesta sobre cuestiones institucionales [Comisión Europea, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Documents, ob. cit., EU Proposal for Institutional, General and Final Provisions, article X.6] un foro de “Diálogo de Legisladores” basado en la experiencia previa: “Las Partes reconocen el papel del Diálogo Transatlántico de Legisladores para asegurar que este Acuerdo y su aplicación en el futuro va acompañada, en su caso, por una profundización de la cooperación parlamentaria transatlántica. Deberán basarse en la experiencia de la Diálogo Transatlántico de Legisladores, a fin de fomentar la dimensión parlamentaria de esta Acuerdo, sin perjuicio de la soberanía parlamentaria de las Partes”. Traducción propia, énfasis añadido.

a fin de medir el cumplimiento del principio de no regresión social. Tarea a la cual también se ha sumado la Organización de Estados Americanos, a la cual pertenecen los Estados Unidos. En efecto, en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA), la noción del principio de interdicción de la regresividad (tanto normativa como fáctica) se recoge en el artículo 5.1 de las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, aprobada por Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 2005 y que se establece que: “El principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”. Para ello, el artículo 5.2 requiere el empleo de “indicadores de progreso”⁵⁸.

Es indudable que, en cualquier tipo de combate teórico, la etimología juega un papel fundamental a la hora de desentrañar el verdadero significado de las terminologías, así como la fuerte impregnación ideológica de las mismas, al servicio de intereses concretos. Resultaría ingenuo creer que la sustitución del término “legislativo” por el de “regulatorio” está carente de consecuencias. Según lo expuso en su día Scharpf, la doctrina comunitaria de la primacía liberó al derecho comunitario del control que los gobiernos nacionales hubieran podido ejercer si éste hubiera tenido la misma consideración que los tratados internacionales, eliminado también posibles limitaciones impuestas por los Parlamentos nacionales y Tribunales Constitucionales⁵⁹. El TTIP vino a sublimar esta afirmación, pues cuestiones nada banales como el principio democrático, la participación de los parlamentos soberanos, o la división de poderes, no parecen tener fácil encaje en los instrumentos que ahora se prevén, para abordar la descomunal tarea de refundar el Derecho a ambos lados del Atlántico, a fin de alinearlos con el principio de remoción de BNA. Un principio que ha alcanzado en el Derecho de la Unión su máxima expresión, como bien se recoge en el Preámbulo de la Directiva de Servicios:

“Con el fin de crear un auténtico mercado interior de servicios es necesario que se supriman las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios que aún persisten en las legislaciones de algunos Estados miembros y que son incompatibles con los artículos 43 y 49, respectivamente, del Tratado [actuales artículos 49 y 56 TFUE]. Las restricciones prohibidas en la presente Directiva afectan especialmente al mercado interior de servicios y deben desmantelarse de forma sistemática lo antes posible”⁶⁰.

58. En relación a estos últimos, *vid.* OEA, 2006. *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, Washington D.C.: OEA, GTPSS. *Vid.* sobre este principio, Courtis, C.: *Ni un paso atrás*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.

59. Scharpf, F. W.: *Gobernar en Europa: ¿eficaz y democráticamente?*, Alianza, Madrid, 2000, pp. 55 y ss.

60. Considerando 64 de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios.

V. EL TRABAJADOR DESPLAZADO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES: EL AGCS *VERSUS* LA DIRECTIVA 96/71/CE

A. La doctrina de “acceso al mercado”

El Acuerdo General de Comercio relativo a los Servicios (AGCS) establece “obligaciones esenciales de liberalización” que conllevan, de un lado, la obligación de paridad de trato de los operadores económicos foráneos, y de otro, el compromiso de “reducción de barreras reguladoras”⁶¹. En este sentido, el contenido del AGCS –cuando en su artículo XVI recoge las disposiciones de acceso a los mercados y, en sus artículos II y XVII, la interdicción de la discriminación a suministradores extranjeros de servicios en el ejercicio de sus actividades económicas– refleja la doble estructura que la libre prestación de servicios despliega en el ámbito comunitario.

Las conexiones entre la normativa comunitaria e internacional en materia de desplazamiento de trabajadores son en este caso particularmente reveladoras, pues arrojan luz sobre algunos elementos que conforman en la actualidad la doctrina comunitaria de no acceso al mercado. El “Anexo sobre el movimiento de personas físicas proveedoras de servicios en el marco del Acuerdo” es donde se recogen los aspectos laborales del comercio de servicios, (en adelante, “el Anexo”). En el mismo se comienza diferenciando el estatuto aplicable a emigrantes y a desplazados (“suministradores de modo 4”), a fin de establecer su propio ámbito aplicativo, pues la emigración está excluida de sus previsiones. A continuación, para establecer la distinción entre el trabajador emigrante y el trabajador desplazado (“suministrador de modo 4”) acude a un factor macroeconómico, jurídicamente de difícil determinación, pero que no permite descartar una valoración empírica: el acceso al mercado de trabajo⁶². Obsérvese las estrechas similitudes con la jurisprudencia del TJUE a este respecto:

“El presente Anexo se aplica a las medidas que afecten a personas físicas que sean proveedoras de servicios de un Miembro, y a personas físicas de un Miembro que estén empleadas por un proveedor de servicios de un Miembro, en relación con el suministro de un servicio. El Acuerdo no será aplicable a las medidas que afecten a personas físicas que traten de acceder al mercado de trabajo de un Miembro ni a las medidas en materia de ciudadanía, residencia o empleo con carácter permanente”⁶³.

Así, el acuerdo AGCS excluye la emigración de su ámbito aplicativo sirviéndose del mismo criterio que utiliza la jurisprudencia comunitaria para detraer el desplazamiento transnacional del ámbito de la libre circulación de trabajadores, lo que apunta a una raigambre común de los instrumentos de la OMC y de la UE⁶⁴. La diferencia respecto

61. Segura Serrano, A.: *El interés general y el comercio de servicios*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 41.

62. Las disposiciones generales sobre acceso al mercado se contienen, en cambio, en el artículo XVI del cuerpo del Acuerdo.

63. Parágrafos 1 y 2.

64. *Vid.* Chaudhuri, S.; Mattoo, A. y Self, R., “Moving people to deliver services: how can the WTO help?”, *Journal of World Trade*, vol. 38, núm. 3, 2004, [p. 370 y ss] ponen de relieve que salvo por la exclusión de la emigración per-

del AGCS radica en que la valoración fáctica sobre la concurrencia de dicho elemento resulta superflua en el ámbito comunitario, pues mediante la presunción jurídica de no afectación de los mercados laborales se ha producido una cristalización jurídica del elemento económico, que hasta ahora no ha admitido valoración probatoria. En el mercado interior de servicios la premisa no es, por tanto, la existencia de un mercado laboral único –atendiendo a la inaplicación del principio de paridad de trato– sino una pluralidad de mercados de trabajo en los cuales este tipo de movilidad no tiene incidencia alguna.

Para más abundamiento, cuando el AGCS excluye de su aplicación “las medidas que afecten a personas físicas que traten de acceder al mercado” asimila, al igual que la jurisprudencia comunitaria, el acceso a mercado a la integración permanente. Por una parte, es cierto que las empresas transnacionales no movilizan mano de obra a través de las fronteras pretendiendo su integración en el mercado de destino, y desde esa óptica podría considerarse excesivo exigir el cumplimiento del orden público laboral del país de prestación de servicios, así como la aplicación de los estrictos controles gubernativos aplicados a la emigración. Resulta coherente el planteamiento de que tales empresas cuando introducen su personal en otro Estado no pretenden su integración, pues como cuestión de principio las condiciones de movilidad están sujetas a las necesidades productivas, que no a las del emigrante, ya que como elemento diferencial respecto de la emigración típica, la voluntad individual de emigrar ha quedado sustituida por la iniciativa empresarial de desplazar⁶⁵.

A este respecto, si bien la doctrina de no acceso se ajusta plenamente a las finalidades empresariales perseguidas con el desplazamiento, desde la perspectiva laboral las necesidades de protección de los desplazados y de los mercados laborales de destino, aun con particularidades específicas, no difieren sustancialmente de las exigidas para la emigración típica, especialmente por lo que respecta a la función desempeñada por el principio de igualdad de trato. Por otra parte, no existe en derecho de la Unión una noción de integración laboral permanente, paralela al derecho de establecimiento en el nivel empresarial.

La configuración de tal criterio diferencial –a partir de elementos, como un domicilio estable, u otras circunstancias que permitan establecer la voluntad de permanencia por parte del trabajador– no está exenta de dificultades técnicas especialmente a la hora de establecer la frontera, en lo que respecta a la falta de integración permanente, entre la emigración temporal y el desplazamiento temporal. De hecho,

manente el resto de los elementos que conforman la definición del modo 4 de prestación de servicios no quedan claramente conformados en la norma, de modo que no es posible establecer con exactitud el alcance de la misma.

65. Nótese en este sentido que el proyecto de Acta de aprobación de la Directiva 96/71/CE recogía la siguiente declaración: «El Consejo y la Comisión declaran que la presente Directiva no afectará a la facultad exclusiva del Estado en cuyo territorio esté establecida la empresa que contemple desplazar a un trabajador, de supeditar dicho desplazamiento al consentimiento del trabajador de que se trate». *Vid.* Consejo de la Unión Europea, addendum del proyecto de acta de la sesión nº 1948 del Consejo (Trabajo y Asuntos Sociales) celebrada en Bruselas el 24 de septiembre de 1996, nº expediente institucional 9916/96, para la adopción en las lenguas de las Comunidades, de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios [punto 14, apartado 24, p. 8].

previamente a la 2004/38/CE y durante más de veinte años ambos tipos de movilidad laboral temporal han estado sujetas indistintamente al régimen jurídico de estancia temporal en el marco del artículo 6, apartado 3º de la Directiva 64/220/CE.

B. El retorno al país de origen y la garantía de la paridad de trato

Otro aspecto fundamental a considerar es la cuestión del retorno de los trabajadores desplazados, que como ya hemos visto, era el presupuesto fáctico de *Rush Portuguesa*, y que se incorpora en la jurisprudencia *post Säger* como elemento de la propia noción de desplazamiento, incluso en aquellos casos en los que se produce una contratación expresa para el desplazamiento y en la que no hay necesariamente un puesto trabajo en el país de origen al que volver⁶⁶.

Resulta especialmente interesante en este sentido que tanto la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990, que entró en vigor el 1 de julio de 2003, como el Convenio de la OIT nº 149 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, cuando regulan en su texto una institución análoga al desplazamiento de trabajadores incluyan este elemento en sus respectivas definiciones. De un lado, la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, en su artículo 2 recoge un amplio abanico de formas de emigración, entre ellas la emigración “en el empleo” en los siguientes términos:

“A los efectos de la presente Convención: [...] f) Se entenderá por “trabajador vinculado a un proyecto” todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador; g) Se entenderá por “trabajador con empleo concreto” todo trabajador migratorio: i) Que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta; [...] y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia”.

En contraste, el Convenio de la OIT nº 143 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) de 1975⁶⁷, en el apartado e) del párrafo 2º de su artículo 11,

66. Vid. STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, *Comisión contra Austria*). La doctrina apunta a la “tendencia al retorno” como un elemento definitorio que distingue el desplazamiento de la emigración clásica, *vid.* Palao Moreno, G.: “La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, 2001, p. 553; y Couturier, G.: “La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail”, *Droit Social* núm. 11, 1991, p. 844.

67. Debe señalarse según el criterio del TJUE, el cumplimiento de las condiciones establecidas por la OIT no es por sí mismo un motivo suficiente para no cumplir el artículo 56 TFUE, de modo que los convenios de la OIT no sirven de escudo jurídico frente a la primacía del derecho comunitario y la libre prestación de servicios, que tiene efecto directo y debe “aplicarse incondicionalmente”. Por todas, STJUE de 18 de enero de 1979, (asuntos 110 y 111/78, *Wesemael*) [párrafos 34 a 37].

se refiere a “las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que estén obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones”, excluyéndolos del principio de paridad de trato contenida en el párrafo 1º del mismo artículo. Esta exclusión marca una diferencia fundamental entre ambos instrumentos, pues el principio de igualdad de trato contenido en la Convención de Naciones Unidas se aplica a todo su ámbito subjetivo de forma incondicionada. Con todo, para que la exclusión del Convenio de la OIT nº 143 resulte aplicable, tales trabajadores deben “abandonar el país al término de sus trabajos o funciones”.

Como se recordará, este es un elemento que también comparte la jurisprudencia comunitaria de no acceso al mercado. En el caso de desplazados de nacionalidad comunitaria, sin embargo, la obligación de volver al país de origen no puede ni presumirse ni lógicamente imponerse desde el momento en que el derecho de la Unión no prohíbe a tales trabajadores la búsqueda de empleo en el país al que han sido desplazados. Precisamente en la vista del asunto *Finalarte*, el Gobierno alemán alegó que el 22% de los trabajadores desplazados, una vez acabada la obra, trabajaban para otro empresario extranjero que también ejecuta obras en Alemania, sin que dicho porcentaje incluya, según dicho Gobierno, “a los trabajadores desplazados que pasan a trabajar para una empresa establecida en Alemania, que también son muy numerosos”⁶⁸. Si bien mientras dura el desplazamiento tales trabajadores no han ejercido, desde la perspectiva jurisprudencial, su libertad de circulación, esto no impide que éstos puedan ejercer tal derecho en otro empleo en el país de destino una vez concluida la obra o antes de concluirla, pues el derecho de la Unión no sólo no prohíbe sino que garantiza el derecho a acceder al empleo, es decir, al mercado laboral del país de destino, de todo trabajador comunitario. Puesto que como desplazados no se ven amparados por la igualdad de trato en materia de condiciones laborales, cuando acceden a otro empleo como migrantes comunitarios pueden disfrutar de todas las mejoras del país de origen. Paradójicamente dicho cambio de situación jurídica es un claro incentivo económico en favor de la incorporación en el mercado laboral de acogida. Asimismo, la imposibilidad de que los Estados de destino puedan exigir, según veremos *infra*, la existencia de un vínculo laboral estable con el empleador que desplaza, favorece que aquel trabajador que no tenga un empleo en el país de origen al que volver trate de integrarse de manera permanente en el mercado laboral país de destino, tal como se puso de relieve en *Comisión contra Luxemburgo*⁶⁹.

Cabe puntualizar, por lo que respecta a la garantía de paridad de trato, que existen algunas particularidades a nivel sectorial en el ámbito regulador de la OIT. Así, en cuanto a los desplazamientos efectuados en el marco de un contrato de puesta a disposición, como los contemplados en el artículo 1, apartado 3, letra c) de la

68. Tal como recoge en sus Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo presentadas el 13 de julio de 2000, (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*).

69. STJUE de 21 de octubre de 2004 (asunto C-445/03, *Comisión c. Luxemburgo*) [párrafo 18].

Directiva 96/71/CE, debe señalarse que el artículo 8 del Convenio n° 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, incluye en la categoría de migrante a los trabajadores colocados en su territorio por agencias de empleo privadas, –en cuya definición se integran a las empresas de trabajo temporal, de acuerdo con su artículo 1, apartado 1, letra b)-, o incluso trabajadores que hayan sido reclutados en un país para trabajar en otro. Este Convenio no establece la paridad de trato con los trabajadores del país de destino sino la necesidad de una “protección adecuada” en materias recogidas en su artículo 11 que coinciden en gran medida con las protegidas por la Directiva 96/71/CE y el Reglamento 883/2004⁷⁰.

En cambio, el Convenio de la OIT núm. 94 relativo a las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) de 1949⁷¹ establece una cláusula muy amplia de paridad de trato en lo referente a desplazamiento de trabajadores destinados a obras ejecutadas por subcontratistas o cesionarios de contratos de la Administración Pública. En concreto, exige que los pliegos de condiciones se contemplen cláusulas que garanticen salarios (comprendidas las asignaciones), horas de trabajo y demás condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria interesada de la misma región reconocidos legal o convencionalmente, o por medio de un laudo arbitral, tal como exigía, cabe recordar, la norma la Ley del Land de Baja Sajonia, en lo concerniente a las condiciones salariales, sometida a control jurisdiccional en la Sentencia *Rüffert* y declarada contraria a derecho de la Unión⁷².

Así, pese a que la doctrina ha instado a interpretar la Directiva 96/71/CE a la luz del Convenio de la OIT núm. 94⁷³, el TJUE, en el marco de la jurisprudencia comunitaria sobre los principios generales de derecho, no suele acudir a los Convenios de la OIT como fuente de inspiración para la fijación del contenido de los derechos sociales fundamentales, habiendo declarado expresamente que los estándares de la OIT no permiten excepcionar las libertades comunitarias⁷⁴. En este sentido, la labor codificadora de la OIT no sirve de escudo jurídico frente a la primacía del derecho de la Unión y la aplicación del artículo 56 TFUE, que tiene efecto directo y debe “aplicarse incondicionalmente”⁷⁵.

70. Artículo 11 del Convenio n. 181 Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (ratificado por España el 15 de junio de 1999): Todo Miembro adoptará, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas previstas en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 gocen de una protección adecuada en materia de: a) libertad sindical; b) negociación colectiva; c) salarios mínimos; d) tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo; e) prestaciones de Seguridad Social obligatorias; f) acceso a la formación; g) seguridad y salud en el trabajo; h) indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; i) indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales; j) protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales.

71. Dicho Convenio ha sido ratificado por nueve países comunitarios, entre ellos España. *Vid.* NORMLEX. Information System on International Labour Standards. Ratificaciones por Convenio, disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12001:::NO:::> (acceso: 11/08/2022)].

72. STJUE de 3 de abril de 2008 (asunto C- 346/06, *Dirk Rüffert*) [párrafos 5 a 8].

73. Szyszczak, E.M.: *EC Labour Law*, ob. cit., p. 65.

74. Así, en la STJUE de 18 de enero de 1979 (asuntos 110 y 111/78, *Wesemael*) el TJUE establece que el cumplimiento de las condiciones establecidas por la OIT no es por sí mismo un motivo suficiente para no cumplir el artículo 59 TCEE (actual 56 TFUE) [apartado 26].

75. *Ibid.*

En la Sentencia *Rüffert* se pone de relieve el importante papel que desempeña la Directiva 96/71/CE a la hora de contener la regulación laboral *desproporcionada* de los Estados miembros que no guarde el debido respeto los principios ordenadores del comercio intracomunitario de servicios contenidos en el artículo 56 TFUE, estableciéndose en este punto otra considerable diferencia respecto de la regulación contenida en el AGCS. En efecto, el AGCS permite un considerable espacio de acción en materia laboral a los Estados miembros de la OMC, pudiendo éstos aplicar las cautelas que consideren necesarias en áreas sensibles, como la protección de los trabajadores. De modo que los derechos de los trabajadores desplazados pueden ser objeto de regulación por el país de acogida, un punto en el que el AGCS difiere del acervo comunitario en cuanto a su capacidad de incidencia, puesto que tal prerrogativa en el caso de los países comunitarios está sometida a los estrictos imperativos del artículo 56 TFUE, que ostenta el máximo rango dentro del ordenamiento, en virtud del principio de primacía.

V. CONCLUSIONES

Las frecuentes llamadas en las propuestas de TTIP a “reconciliar” la liberalización de los mercados con “un elevado estándar” de protección social⁷⁶, nos retrotrae a tipo de soluciones que ofrece el TJUE en sede jurisdiccional, a los conflictos estructurales que en Europa han encontrado un relativo punto de equilibrio en el seno de los mecanismos de autotutela colectiva, surgidos del constitucionalismo socioeconómico⁷⁷. Pues si la mera aplicación del juicio de necesidad, en el que arraigan tanto las técnicas liberalizadoras de la Unión Europea como de la OMC, fuese susceptible de conducir a medidas que lograsen impedir la regresión del nivel protección de los derechos de los trabajadores a partir de una inferior restricción a la libertad de empresa, hallaríamos la piedra filosofal en materia sociolaboral. Tales “soluciones” parten de una concepción de la libertad de empresa fundada en la “coexistencia pacífica” de derechos sociales e interés económico, según un ideal normativo cercano a las propuestas legislativas negadoras del conflicto. Axiológicamente, tal construcción jurídica adopta una noción de empresa desarrollada desde las teorías institucionalistas, en cuyo seno la empresa cumple una función integradora del interés común, del interés de la empresa, del capital y del trabajo; y que en última instancia reposa sobre una representación personificada de la empresa, como titular de derechos fundamentales disociados de los del empresario. Esta construcción no tiene, sin embargo, fácil encaje con las categorías jurídicas existentes en los Tratados comunitarios, aún deudores de las concepciones jurídicas de los inicios históricos de la Unión, que trazan una clara línea divisoria entre las actividades empresariales y las actividades asalariadas.

76. Vid. notas 78, 79 y 80.

77. Vid. especialmente sentencia *Laval un Partneri*; y STJUE de 11 de diciembre de 2007, *Viking*, asunto C-438/05.

Cuando se efectúa una evaluación jurisdiccional, o desde instancias opacas de “coordinación regulatoria”, de los límites que la libertad de empresa debe imponer a las normas socio-laborales, los espacios jurídicos propios de la arena político-sindical se resuelven “técnicamente”, lo que es sintomático del proceso de “inversión en la relación entre el derecho, la política y la economía de mercado” que viene advirtiendo la doctrina⁷⁸. Armonizar intereses opuestos puede hacerse de dos modos: aproximándose a la prudente doctrina constitucional desarrollada por los Estados miembros en materia de proporcionalidad, que permite el margen de discrecionalidad debido al poder legislativo y a la autonomía colectiva, o a través de una vía bastante problemática consistente en contraponer justificaciones económicas “objetivas”⁷⁹ relativas a la obstaculización del comercio, *versus* derechos fundamentales. Ciertamente, la opción más democrática pasaría por la maximización de los derechos, pues de lo contrario existe el riesgo de adulterar el principio de proporcionalidad de un modo que restrinja inadecuadamente los derechos *humanos* fundamentales.

Desde antiguo todo impulso político al comercio interestatal ha contenido fórmulas de eliminación de obstáculos que restrinjan el flujo económico a través de las fronteras, llevando al desarrollo de garantías de “libre tránsito” como las contenida en el “*ius societatis et communicationis*” en el siglo XVIII⁸⁰. Sin embargo, en el constitucionalismo moderno que alumbraron las Cartas Magnas escritas europeas se encuentra mayormente inédito el reconocimiento constitucional de la vertiente internacional de la libertad de empresa; siendo también inusitado que la protección en el nivel nacional de los derechos fundamentales pueda situarse en una posición de concurrencia o subordinación respecto de la libertad de comercio en su dimensión transnacional. Pues sea o no la relación causa-efecto entre liberalización de los mercados e interés común demostrable en ciencia económica⁸¹, la libertad de empresa de dimensión internacional, que instrumentan las cuatro libertades comunitarias, se ha integrado en la categoría de interés general de naturaleza “federal” frente a las opciones legislativas de los Estados. Un *status* que no tiene parangón en ningún otro modelo de integración regional. El régimen jurídico comunitario ha sido así el primero en constitucionalizar el nuevo régimen post-fordista del Estado competitivo, en el que las fuerzas correctoras

78. Baylos Grau, A.: “Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 15, 1999, pp. 23 y ss.

79. *Vid.* sobre las limitaciones metodológicas inherentes a dicho análisis Fourcade, M.; Ollion, E. y Algan, Y.: “La superioridad de los economistas”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 17, núm.33, 2015, pp. 13-43. Para Supiot, A.: “Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 129, núm. 2, 2010, pp. 172-173, se ha producido la mutación de la “política económica” a la “ciencia económica”, a partir del cual las normas económicas, de apariencia científicas, escapan al debate democrático. Lo cual, para dicho autor, entronca con las ideologías del socialismo cientifista que postulan la existencia de leyes económicas inmanentes “que la esfera política tiene por misión poner en práctica, no en tela de juicio, a partir de certidumbres dogmáticas”.

80. Grozio: *De iure belli ac pacis libri tres*, Lausanne, 1758-1759, 1, II, cap. II, citado por López Garrido, D.: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 21.

81. Para un pronóstico de efectos económicos del TTIP, *Vid.* Capaldo, J.: *La Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión: desintegración de Europa, desempleo e inestabilidad*, Tufts University, Medford (Massachusetts), 2014, Global Development and Environment Institute. Documento de Trabajo N° 14-03. *Cfr.* Francois, J. *et al.*: *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment: An Economic Assessment*, ob. cit., p. vii y ss.

que han limitado y estabilizado el capitalismo acumulativo y productivista durante las décadas precedentes, han perdido gran parte de su espacio jurídico.

Los límites impuestos al ejercicio por parte de los Estados de su poder de regulación de los derechos sociales fundamentales reflejan la tensión entre la presión desreguladora de los principios del mercado, y los bienes jurídicos que la legislación nacional trata de proteger. En el marco del principio de remoción de BNA el trabajo humano va asumiendo jurídicamente una posición de factor de producción como otro cualquiera, desleída la dignidad de la persona “en el universo indiferenciado de los recursos necesarios para el funcionamiento del mercado”⁸². Cabe así enmarcar los mecanismos de integración negativa, en lo que Supiot describe como “darwinismo normativo”, a partir del cual se produce una selección natural de los ordenamientos más “competitivos”, es decir, más complacientes con la acumulación de beneficios. Evadir la ley aplicable y elegir otra que resulte más rentable se contrapone al principio de sujeción de todos al imperio de la ley, de modo que la ley del más fuerte queda al resguardo del poder de las urnas⁸³.

La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, a la cual se adscribe la propuesta de TTIP de la UE⁸⁴, recuerda que:

“Al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas”⁸⁵.

Como es conocido, la Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la OIT, fue promulgada e incorporada a su Constitución el 10 de mayo de 1944, siendo el principio fundante de dicha Organización la prohibición de otorgar al trabajo el tratamiento jurídico o fáctico de una mercancía⁸⁶. Sin embargo, el alumbramiento de la

82. Supiot, A.: *Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008*, ob. cit., p. 169, citando a Aynès y Stoffel refiere que: “Los seres humanos quedan sumergidos en el universo indiferenciado de los recursos necesarios para el funcionamiento del mercado, en el que se organiza su explotación como si se tratara de un bien, con la consiguiente posibilidad de optimizar su valor, todo ello en un marco jurídico seguro”. Como se recordará, el respeto a la dignidad humana como principio fundamental comunitario se ha recogido en el primer artículo de la CDFU. *Vid.* STJUE de 14 de octubre de 2004 (*Omega*, C-36/02), parágrafo 35.

83. *Ibid.*, pp. 165-177, en este marco prevalece “la ley que me conviene (*law shopping*) frente al imperio de la ley”, provocando el desmantelamiento de las bases institucionales de los mercados; para este autor, el Estado debe restablecer el imperio de la ley, en lugar de promover el “mercado de la ley”, puesto que el Estado es el garante de respeto de la ley, y todos deben estar sometidos a ella, pues de lo contrario se impone la ley del más fuerte.

84. Comisión Europea, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – Documents, ob. cit. EU Textual Proposal Trade and Sustainable Development, 2015, op. cit., article 4.2.

85. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998, apartado 1.(a); y Anexo revisado, de 15 de junio de 2010.

86. Apartado 1(a). Anexo: Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada el 28 de junio de 1919 y modificada por la Enmienda de 1922, que entró en vigor el 4 de junio de 1934; por el Instrumento de Enmienda de 1945, que entró en vigor el 26 de septiembre de 1946; por el Instrumento de Enmienda de 1946, que entró en vigor el 20 de abril de 1948; por el Instrumento de Enmienda de 1953, que entró en vigor el 20 de mayo de 1954; por el Instrumento de

OMC inició un proceso de reversión “constituyente” del orden jurídico desarrollado en el marco de las Naciones Unidas, tras la Segunda Guerra Mundial: un orden jurídico fundado en el constitucionalismo democrático, y que atribuye un papel central a la protección de los derechos sociales fundamentales.

Como escribiera Supiot, el nuevo orden jurídico del “mercado total”, ligado al principio de movilización de todos los recursos humanos, técnicos y naturales que preside el Acuerdo de Marrakech⁸⁷, resulta difícilmente compatible con los principios en los que se fundan las normas de la OIT. El principio de eliminación de BNA somete al legislador nacional a la constante tensión de otorgar más y mayores concesiones a fin de atraer al capital, logrando que los regímenes político-económicos del Estado del Bienestar se encuentren cercados incluso allí donde aún se defienden, generando una competencia entre sistemas jurídicos que puede conducir al denominado “efecto Delaware” que en Estados Unidos alentó el establecimiento de las empresas en aquellos Estados cuyas normativas eran más laxas⁸⁸. El riesgo plausible de generar una constante progresión a la baja de los estándares sociales produciría así una reversión histórica de los fundamentos de la OIT, que desde 1919 ha tratado de impedir la competencia a partir de la devaluación del trabajo humano. Lo que, hay que admitirlo, permitía que las economías del Norte, con una base sólida de derechos sociales, pudieran operar en el espacio global sin ver perjudicada su situación competitiva. Si dicha base de competencia leal se destruye, las posibilidades de competir de Europa se desvanecen, beneficiando, en última instancia, la vía competitiva adoptada por Pekín.

En España, como en muchos otros Estados europeos, los Tratados internacionales que garantizan la protección de los derechos sociales fundamentales forman parte de su bloque de constitucionalidad. Frente al modelo de ciudadanía individual anglosajona, el reconocimiento constitucional de la ciudadanía social ha hecho del modelo europeo una alternativa viable, que permite contestar el discurso único del neoliberalismo trasatlántico: el espejo de la Europa social devuelve una fea imagen del sueño americano. Por si fuera poco, proteger los derechos humanos sin disociar artificialmente su dimensión social y política, la ciudadanía social permite además una acción eficiente en el espacio económico global. Europa se encuentra a la cabeza del sector servicios en el mercado mundial porque, más allá del precio como único argumento, salvo en los casos de productos y servicios estandarizados y de baja gama, es la obtención de ventajas comparativas –en términos absolutos, relacionadas con la calidad, competencia, innovación continua, diversidad y capacidad para proporcionar un servicio que se adapte al máximo a la demanda– lo que aporta ventaja competitiva; y

Enmienda de 1962, que entró en vigor el 22 de mayo de 1963, y por el Instrumento de Enmienda de 1972, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1974 (BOE de 21 de septiembre de 1982, núm. 226, p. 25562),

87. Preámbulo, Considerando 1º. *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994, (BOE de 24 de enero de 1995, núm. 20, p. 2206).

88. *Vid.* Wedderburn, K. W.: *Labour Law and Freedom: further Essays in Labour Law*, Lawrence & Wishart, London, 1995, p. 350 y ss.

ésta requiere de fuerte inversión en capital humano y la protección de los estándares sociales “como medio de mejorar la productividad y la calidad de los servicios”⁸⁹.

Algunos autores apuntan la necesidad de una evolución histórica hacia un “constitucionalismo de la ciudadanía”⁹⁰ que permita superar el “obsoleto” constitucionalismo de la soberanía. Se pretende dejar atrás el dogma de la soberanía que ha situado en el ámbito estatal la normatividad constitucional del trabajo, entroncada directamente con la función garantista del derecho laboral como sede de integración del conflicto social, y con la tradicional función integradora del Estado garante del *bonum commune*, que en el último siglo ha desplegado los cuatro pilares en los que se apoya la “lucha de clases democrática”⁹¹. Desde estos presupuestos y valorando la situación actual de paralización de la armonización social comunitaria, otras voces, sin embargo, han sugerido que el proyecto de vertiginosa liberalización económica, en marcha desde hace dos décadas, sólo tiene posibilidades de avanzar bajo los criterios de “respeto a la autonomía”⁹², a través de un sistema de equilibrios que permita garantizar la supervivencia del único *habitat* en el que se han desarrollado eficazmente medidas correctoras del mercado, hasta que el proyecto de integración económica europea, y ahora trasatlántica, esté en condiciones de asumir con solvencia el papel que cumplen actualmente los Estados, en la protección y promoción de los valores no económicos en el seno de las sociedades europeas⁹³.

Diez años después de la aprobación de la Directiva de Servicios, las negociaciones del Acuerdo Transatlántico otorgaron un ritmo aún más trepidante al proceso liberalizador, sin ceder ni un metro del territorio ganado. Está por ver lo que nos deparan las futuras relaciones comerciales EE.UU.-UE. Teniendo en cuenta el rechazo que el TTIP cosechó entre los europeos –hay quien dice que con el apoyo de Pekín– los negociadores actuales están extremando el cuidado en cada uno de los pasos. Albergamos la esperanza de que las lecciones ofrecidas por el anterior proceso negociador sirvan para relanzar las relaciones comerciales entre ambos bloques hacia cotas mucho más sociales y hacia una transición medioambiental justa, tal como se ha anunciado desde ambos lados del Atlántico.

Bibliografía

- Baldwin, R.: *Multilateralising 21st century regionalism. Reconciling regionalism and multilateralism in a post-Bali world*, OECD Conference Centre, Paris, 2014.
- Baylos Grau, A.: “Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 15, 1999.

89. Supiot, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro de Derecho del Trabajo en Europa, Informe para la Comisión Europea*, ob. cit. También Casas Baamonde, M. E.: “Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo”, ob. cit., pp. 272-273.

90. Vid. Caruso, B.: “La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional: primeras reflexiones sobre los casos “Laval” y “Viking””, ob. cit.

91. Esping-Andersen, G.: *Los fundamentos sociales de las economías post-industriales*, ob. cit.

92. Scharpf, F. W.: *Gobernar en Europa: ¿eficaz y democráticamente?*, ob. cit., p. 180.

93. Streeck, W.: “From market making to State building? Reflections on the political economy of European Social Policy”, en Leibfried, S. y Pierson, P.: *European Social Policy: between fragmentation and integration*, Brookings Institution, Washington D.C., 1995, pp. 389-431.

- Berden, K. G. et al.: *Non-Tariff Measures in EU-US Trade and Investment – An Economic Analysis Final Report*, Ecorys, Rotterdam, 2009.
- Bolle, M. J.: *Overview of Labor Enforcement Issues in Free Trade Agreements*, US Congressional Research Service, Washington, 2016.
- Bull, R. T. et al.: "New approaches to international regulatory cooperation: The challenge of TTIP, TPP, and Mega-Regional Trade Agreements", *Law and Contemporary Problems*, vol. 78, num. 4, 2015, pp. 1-29.
- Capaldo, J.: *La Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión: desintegración de Europa, desempleo e inestabilidad*, Tufts University, Medford (Massachusetts), 2014, Global Development and Environment Institute. Documento de Trabajo N° 14-03.
- Caruso, B.: "La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional: primeras reflexiones sobre los casos "Lava" y "Viking"", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008.
- Casas Baamonde, M. E.: "Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo", en Alarcón Caracuel, M. R. y Mirón, M. M. (coords.): *El Trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 189-213.
- Chaudhuri, S.; Mattoo, A. y Self, R.: "Moving people to deliver services: how can the WTO help?", *Journal of World Trade*, vol. 38, num. 3, 2004, DOI: <https://doi.org/10.54648/trad2004015>.
- Couturier, G.: "La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail", *Droit Social*, núm. 11, 1991, 843-850.
- Courtis, C.: *Ni un paso atrás*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Cremona, M.: "Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)", *Common Market Law Review*, vol. 52, num. 2, 2015, DOI: <https://doi.org/10.54648/cola2015026>.
- Delimatsis, P.: "Towards a horizontal necessity test for services: Completing the GATS Article VI:4 mandate", en Panizzon, M.; Pohl, N. y Sauvé, P. (eds.): *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2008, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511494543.017>.
- Diller, J.: "¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, núm. 2, 1999, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1564-913X.1999.tb00069.x>.
- Doumbia-Henry, C. y Gravel, E.: "Acuerdos de libre comercio y derechos laborales. Evolución reciente", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 125, núm. 3, 2006, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1564-913X.2006.tb00293.x>.
- Ebert, F.C.: "Labour Standards in Mega-Regional Trade Agreements: The Case of TPP and TTIP", en Rensmann, T. (ed.): *Mega-Regional Trade Agreements and the Future of International Trade and Investment Law*, Springer Cham, Switzerland, 2015.
- Emiliou, N.: *The principle of proportionality in European law: a comparative study*, Kluwer Law International, London, 1996.
- Esping-Andersen, G.: *Los fundamentos sociales de las economías post-industriales*, Ariel, Barcelona, 2000.
- Ewing, K.D.: "La Unión Europea, los Estados Unidos de América y la Asociación Transatlántica para el comercio y la inversión (TTIP): la negociación colectiva y la emergente «ley transnacional de relaciones laborales", *Trabajo y Derecho*, núm. 18, 2016.
- Ferrante, V.: "Social concerns in free trade agreements", en Gil y Gil, J.L. (Dir.): *Comercio y justicia social en un mundo globalizado*, Adapt University Press, Modena, 2016.
- Fourcade, M.; Ollion, E. y Algan, Y.: "La superioridad de los economistas", *Revista de Economía Institucional*, vol. 17, núm. 33, 2015, DOI: <https://doi.org/10.18601/01245996.v17n33.02>.
- Francois, J. et al.: *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment: An Economic Assessment*, Centre for Economic Policy Research, London, 2013.
- Gardeñes Santiago, M.: "Mercado interior: Sobre la noción de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. ¿A la tercera va la vencida?", en Bourges, L. A. (coord.): *UE, Sociología y*

- Derecho alimentarios: estudios jurídicos en honor de Luis González Vaqué*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- Ghailani, D.: "The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): converging interests and diverging opinions", en Natali, D. y Vanhercke, B. (eds.): *Social policy in the European Union: state of play 2015*, ETUI, Brussels, 2015.
- Guamán Hernández, A.: *TTIP: el asalto de las multinacionales a la democracia*, Akal, Tres Cantos, 2015.
- Guamán Hernández, A.: "Cláusulas laborales en los acuerdos de libre comercio de nueva generación: una especial referencia al contenido laboral del TPP, CETA y TTIP", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 398, 2016, DOI: <https://doi.org/10.51302/rtss.2016.2272>.
- Guamán Hernández, A.: "La política comercial de la UE y su impacto en los derechos laborales: una aproximación a los posibles efectos de la firma del TTIP y del CETA", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 6, núm. 2, 2016.
- Hartwell, C. et al.: *Comparison of the EU service offers for the TTIP and TiSA negotiations*, Comissioned by Policy Department, Directorate-General for External Policies, Belgium, 2015.
- Hatzopoulos, V.: "Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services", *Common Market Law Review*, vol. 37, num. 1, 2000, DOI: <https://doi.org/10.54648/252877>.
- Heydon, K.: *TTIP: Challenges and Opportunities in the Area of Services*, Directorate General for Internal Policies, Economic and Scientific Policy Policy Department, Brussels, 2015.
- Hilary, J.: *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). A Charter for deregulation, an attack on jobs, an end to democracy*, Rosa Luxemburg Stiftung, Brussels, 2014.
- Howse, R.: "Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence", en Weiler, J. H. H. (ed.): *The EU, the WTO, and the NAFTA: towards a common law of international trade?*, Oxford University Press, Oxford, 2000, DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199248124.003.0003>.
- Hudec, R. E.: "Introduction to Legal Studies", en Bhagwati, J. N. y Hudec, R. E. (ed.): *Fair Trade and harmonization*, MIT Press, Cambridge, 1997.
- Hudec, R. E. y Farber, D. A.: "GATT legal restraints on domestic environmental regulations", en Bhagwati, J. N. y Hudec, R. E. (ed.): *Fair Trade and harmonization*, MIT Press, Cambridge, 1997, vol. 2.
- Krajewski, M.: "Recognition, standardisation and harmonisation: Which rules for GATS in times of crisis?", en Panizzon, M.; Pohl, N. y Sauvé, P. (eds.): *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2008, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511494543.019>.
- Lee, E.: "Mundialización y normas del trabajo. Puntos del debate", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, núm. 2, 1997.
- Lenaerts, K.: "Federalism and the rule of law: Perspectives from the European Court of Justice", *Fordham International Law Journal*, vol. 33, núm. 5, 2010.
- Liemt, G. Van.: "Normas laborales mínimas y comercio internacional: ¿Resultaría viable una cláusula social?", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 108, núm. 3, 1989.
- Manrique Gil, M. y Lerch, M.: *The TTIP's potential impact on developing countries: A review of existing literature and selected issues*, Comissioned by Directorate General for External Policies, Brussels, 2015.
- Meuwese, A.: "Constitutional aspects of regulatory coherence in TTIP: An EU perspective", *Law and Contemporary Problems*, vol. 78, num. 4, 2015.
- Newdick, C.: "Citizenship, free movement and health care: Cementing individual rights by corroding social solidarity", *Common Market Law Review*, vol. 43, núm. 6, 2006, DOI: <https://doi.org/10.54648/cola2006123>.
- Novitz, T. A.: "A Human Rights Analysis of the *Viking* and *Laval* Judgments", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2008, DOI: <https://doi.org/10.1017/S1528887000001439>.
- Palao Moreno, G.: "La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, 2001.

- Perulli, A.: "Sustainability, Social Rights and International Trade: The TTIP". *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 31, num. 4, 2015, DOI: <https://doi.org/10.54648/ijcl2015026>.
- Princen, S.: *EU Regulation and Transatlantic Trade*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.
- Quinlan, J.: "TTIP, un acuerdo para detener el declive de la asociación transatlántica", ICE: Revista de economía, núm. 875, 2013.
- Raza, W. et al.: *Assess_TTIP: Assessing the Claimed Benefits of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Austrian Foundation for Development Research (ÖFSE), Vienna, 2014.
- Ritter, C.: "Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and article 234", *European Law Review*, núm. 5, 2006, DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.954242>.
- Sarmiento, D.: "Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución Española", *REDE. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 15, 2005.
- Scharpf, F. W.: *Gobernar en Europa: ¿eficaz y democráticamente?*, Alianza, Madrid, 2000.
- Segura Serrano, A.: *El interés general y el comercio de servicios*, Tecnos, Madrid, 2003.
- Servais, J.: "La cláusula social en los tratados de comercio", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 108, núm. 3, 1989.
- Siroën, J. M.: "Disposiciones laborales en los tratados de libre comercio: balance y perspectivas", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 132, núm. 1, 2013, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1564-9148.2013.00171.x>.
- Sinclair, S.; Trew, S. y Mertins-Kirkwood, H. (eds.): *Making Sense of the CETA: An Analysis of the Final Text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement*, Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa, 2014.
- Snyder, F.: "Social solidarity ethics and the WTO", en Weiler, J.: *The EU, the WTO and China: legal pluralism and international trade regulation*, Hart Publishing, Portland (Oregon), 2010.
- Streeck, W.: "From market making to State building? Reflections on the political economy of European Social Policy", en Leibfried, S. y Pierson, P.: *European Social Policy: between fragmentation and integration*, Brookings Institution, Washington D.C., 1995.
- Supiot, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro de Derecho del Trabajo en Europa, Informe para la Comisión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- Supiot, A.: "Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 129, núm. 2, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1564-9148.2010.00081.x>.
- Szysczak, E.M.: *EC labour law*, Longman, Dorchester, 2000.
- Tison, M.: "Unravelling the General Good Exception: The Case of Financial Services", en Andenas, M. y Roth W. H. (eds.): *Services and free movement*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Van Den Bossche, P.: *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Wedderburn, K. W.: *Labour Law and Freedom: further Essays in Labour Law*, Lawrence & Wishart, London, 1995.
- Woolcock, S.: *TTIP: Opportunities and Challenges in the Area of Public Procurement*, European Union, Brussels, 2015.



1. Introduction

2. Background

3. Methodology

4. Results

5. Discussion

6. Conclusion

7. References

8. Appendix

9. Acknowledgments

10. Contact Information