

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE CASTILLA Y LEÓN.

DOCUMENTO TÉCNICO:

**DESPLAZAMIENTO
INTRACOMUNITARIO DE
TRABAJADORES ENTRE PORTUGAL Y
ESPAÑA. IMPLICACIONES EN LAS
REGIONES DE CENTRO DE
PORTUGAL Y CASTILLA Y LEÓN.**

BAZ RODRÍGUEZ, Jesús.

RAMOS MARTÍN, Raúl David.

Salamanca, 14 de junio de 2024.

“Los árboles tienen raíces; los hombres y las mujeres, piernas. Y con ellas cruzan la barrera de la estulticia delimitada con alambradas, que son las fronteras; con ellas visitan y con ellas habitan entre el resto de la humanidad en calidad de invitados”.

(George Steiner)

INDICE:

Capítulo I.- El marco normativo del desplazamiento intracomunitario de trabajadores entre Portugal y España.

1. *La regulación jurídico-laboral de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.*
 - 1.1. Presentación general del marco normativo europeo e interno.
 - 1.2. Las condiciones de trabajo en el desplazamiento transnacional: el “núcleo de disposiciones imperativas de protección” y el sistema de “círculos aplicativos”.
 - 1.3. Las disposiciones de ejecución y refuerzo en favor del cumplimiento.
 - 1.4. Una valoración conclusiva: el refuerzo del principio de la igualdad salarial en el país de destino, como límite al “dumping social”.

2. *Desplazamientos intracomunitarios de trabajadores y Seguridad Social: los Reglamentos de Coordinación.*
 - 2.1. El marco jurídico aplicable: los artículos 12, 13 y 16 del Reglamento 883/2004 (RC).
 - 2.2. El Documento Portátil A1 (Certificado A1) como pieza documental básica en la ordenación del desplazamiento.

- 2.3. Los desplazamientos de duración previsible inferior a 24 meses (artículo 12 RC): requisitos para la expedición del DP A1
- 2.4. La prestación de servicios ejecutada con regularidad o habitualidad en dos o más Estados miembros (artículo 13 RC).

Capítulo II.- Los desplazamientos de trabajadores entre Portugal y España. ¿Una extrapolación sobre el escenario interregional de Castilla y León - Región Centro de Portugal?

1. *El desplazamiento de trabajadores desde España: panorámica general y eventuales perspectivas de impacto en los desplazamientos desde Castilla y León con destino a Portugal.*
2. *El desplazamiento de trabajadores desde Portugal: panorámica general y eventuales perspectivas de impacto en el ámbito de Castilla y León.*

Capítulo III.- Aspectos críticos de los desplazamientos transfronterizos en la UE. El caso particular entre Portugal y España.

1. *Derecho Social europeo y desarrollo de la libertad de circulación de personas (trabajadores) dentro de la libre prestación de servicios. El camino hacia un sistema armónico.*
2. *Control, inspección, infracciones y sanciones: la (in)eficacia del sistema.*

- 2.1. *Ámbito legislativo: en la Unión Europea (de la garantía de eliminación de trabas a la perspectiva social) y en España.*
- 2.2. *Órganos de control e inspección en la Unión Europea y en España.*
- 2.3. *Infracciones en España.*
- 2.4. *Sanciones en España.*

3. *Cuestiones pendientes de desarrollo reglamentario: su trascendencia:*
 - 3.1. *Registro Central de comunicaciones de desplazamiento.*
 - 3.2. *Comunicación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores desplazados.*
 - 3.3 *Ejecución trasnacional de sanciones administrativas.*

4. *Jurisprudencia nacional: página en construcción.*

5. *Actuaciones inspectoras conjuntas hispano-lusas, con especial referencia a Castilla y León.*

6. *Defensa de los derechos laborales.*

Anexo Bibliográfico.

Información sobre los Autores.

CAPÍTULO I.-

EL MARCO NORMATIVO DEL DESPLAZAMIENTO INTRACOMUNITARIO DE TRABAJADORES ENTRE PORTUGAL Y ESPAÑA.

La Unión Europea dispone de un consolidado marco normativo que tiene por objeto la regulación de los desplazamientos de trabajadores efectuados en el marco de una prestación transnacional de servicios. Este abarca dos aspectos diferenciados. Por una parte, las tres *Directivas relativas al desplazamiento intracomunitario de trabajadores* (Directivas 1996/71/CE; 2014/67/UE y (UE) 2018/957) que regulan, desde mediados de los años noventa, los aspectos jurídico-laborales de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en el ámbito europeo (UE y AELC -EEE + Suiza-), con particular atención a la exigencia de un sustrato mínimo de condiciones de trabajo vigente en el país de acogida. Por otra parte, en el plano de las relaciones de Seguridad Social, los *Reglamentos de Coordinación en materia de Seguridad Social* (Reglamentos CE nº 883/2004 y 987/2009), que identifican la legislación nacional aplicable a la relación jurídica de Seguridad Social durante el desplazamiento: se permite, como regla de principio, que la misma continúe vinculada al Estado de origen, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. Se analizan seguidamente ambos subsistemas normativos por separado.

1. La regulación jurídico-laboral de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.

1.1.- *Presentación general del marco normativo europeo e interno:*

Las Directivas relativas al desplazamiento de trabajadores en el ámbito europeo son instrumentos normativos enfocados en origen, a partir de la propia base jurídica que los sustenta (actual artículo 56 TFUE), a posibilitar la **libre prestación de servicios entre empresas en el mercado único comunitario**. Dicha libertad comunitaria constituye, al mismo tiempo, su base y su límite (CASAS BAAMONDE, 2001, pp. 5-6), determinando la propia naturaleza temporal de los desplazamientos. No tiene apoyo este marco normativo en la libre circulación de trabajadores, por cuanto que es la actividad de la empresa prestadora del servicio la que genera

la movilidad del trabajador a través de las fronteras intracomunitarias. Es esencial al funcionamiento de dicho mercado, en todo caso, la garantía de unas mínimas condiciones de sana competencia entre empresas que eviten el denominado “*dumping social*”: esto es, la generación de un entorno en el que la ventaja competitiva de los prestadores de servicios concurrentes en dicho mercado pudiese derivar, predominante o exclusivamente, del aprovechamiento de marcos de condiciones laborales muy dispares entre el país de origen y el país de destino de los trabajadores. De este modo, aún de una manera derivada o indirecta -y pese a no ser propiamente una pieza del Derecho Social de la UE -, las Directivas de desplazamiento adquieren una importancia crucial para la consecución de las finalidades y objetivos sociales de la UE: no en vano, el establecimiento de un mercado interior ha de atender a la consolidación de una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, tal y como proclama actualmente el Derecho originario de la Unión (artículo 3 TUE).

Concurren, de hecho, formidables tensiones entre los objetivos y bienes jurídicos involucrados en esta regulación (ampliamente, LLOBERA VILA, 2013, pp. 35 y ss.): por un lado, el fomento de la *libre prestación de servicios* entre empresas en el ámbito comunitario como base del progreso económico, así como la garantía de condiciones de *competencia empresarial equitativa* en el entorno económico-empresarial. Por otro lado, la *protección de los derechos de los trabajadores desplazados* y la *consecución de avances en la convergencia social en la UE*. Tales tensiones han influido durante las tres últimas décadas en el controvertido recorrido aplicativo de este sistema normativo -particularmente en sede del TJUE- y también, desde luego, en los términos en que se ha producido la revisión del marco normativo por parte de las instancias comunitarias.

Como se apuntó con anterioridad, el marco comunitario vigente viene compuesto hoy día por un conjunto de tres Directivas que conforman un aparato normativo complejo, como resultado de la propia evolución experimentada por este sistema normativo a lo largo del tiempo:

- 1) Por una parte, la **Directiva 96/71/CE**, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de

trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (D.O.C.E. 21-1-1997) -en adelante, “*Directiva 1996*”-.

- 2) En segundo término, la **Directiva 2014/67/UE**, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 15 de mayo, relativa al cumplimiento de la anterior, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del sistema de Información del Mercado Interior (“Reglamento IMI”) (D.O.U.E. 28-5-2014), conocida en la jerga comunitaria como *Directiva Enforcement* -en adelante, “*Directiva de Ejecución 2014*”-.
- 3) En tercer lugar, la **Directiva (UE) 2018/957**, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 28 de junio, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (D.O.U.E. 9-7-2018) –en adelante, “*Directiva 2018*”-. Una modificación, en buena medida, muy relacionada con determinadas resoluciones del TJUE (Sentencias *Laval*, *Ruffert* y *Comisión vs. Luxemburgo*), como se verá más adelante.

En el ámbito de la legislación española, la transposición de este conjunto de Directivas se contiene fundamentalmente en la **Ley 45/1999**, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. El texto legal que inicialmente transponía la Directiva 96 ha sido, pues, reformado en diversas ocasiones, particularmente para dar lugar a la incorporación al derecho interno de las otras dos Directivas de la UE (RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo: Título IV; y RD-Ley 7/2021, de 27 de abril: Título VI). El marco legal interno se completa con el régimen propio de las infracciones y sanciones en el orden social (RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto: Texto Refundido de la LISOS), por lo que al derecho administrativo sancionador en la materia se refiere. Una mención especial debe efectuarse, en último término, en relación con las actividades del transporte por carretera: las particularidades de este ámbito de actividad han motivado la aprobación de una Directiva específica que contempla el desplazamiento transnacional de tales trabajadores (**Directiva (UE) 2020/1057**), normativa especial que desplaza al régimen

común o general. Su transposición al derecho español ha sido llevada a cabo por parte del RD-Ley 3/2022, de 1 de marzo, incorporándose dicho régimen especial al Capítulo V de la Ley 45/1999 (artículos 18-25: “Normas especiales para los conductores en el transporte por carretera”).

En cuanto a la legislación portuguesa, el desplazamiento transnacional de trabajadores está regulado en los **artículos 6-8 del Código de Trabalho**, relativos, respectivamente, al “*destacamento em território português*” (artículo 6), a las “*condições de trabalho de trabalhador destacado*” (artículo 7), y al “*Destacamento para outro Estado*” (artículo 8). Preceptos que, además llevar a cabo la transposición de las Directivas comunitarias, regulan también la movilidad internacional desde y hacia terceros Estados extracomunitarios (ABRUHNOSA E SOUSA, 2020, pp. 201-204).

En puridad, las Directivas sobre desplazamiento de trabajadores tienen naturaleza de **normas de Derecho Internacional Privado**, ya que inciden sobre la normativa aplicable a los contratos de trabajo. Ateniéndose a la normativa general vigente en Europa sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento nº 593/2008, de 17 de junio, Roma I: artículo 8), en defecto de elección expresa en contrario por las partes del contrato, el trabajador estaría sometido a las condiciones de empleo normativamente vigentes en el país en el que tiene lugar “*habitualmente*” el desempeño de la prestación laboral, aunque aquél se encuentre temporalmente prestando servicios en el territorio de otro Estado diferente. Lo cual contrasta, por cierto, con las situaciones de los trabajadores migrantes que se desplazan libremente, por propia iniciativa, dentro del mercado único europeo: y es que éstos ejercen de manera directa, y no mediata, otra libertad comunitaria diferente, como es la libre circulación de trabajadores. En tales casos, el derecho de la UE garantiza plenamente idéntico estatus laboral al de los trabajadores nacionales del Estado miembro de acogida, sin que quepa discriminación alguna por razón de nacionalidad (artículos 45 TFUE).

La propia idea de “trabajadores desplazados” en el marco de una prestación transnacional de servicios, carente de reflejo inicialmente en el Derecho comunitario, surge, de hecho, a partir de la conocida STJUE 27-3-1990 (Asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*), que se refería a los mismos como aquellos que retornan a su país de origen tras la realización de su trabajo en el marco de una prestación temporal de servicios de carácter transnacional, sin producirse su acceso al mercado de trabajo del país anfitrión (LLOBERA

VILA, 2013, pp. 119-125). Dicha resolución acabó abriendo el camino, no obstante, para que posteriores pronunciamientos del TJUE contemplasen - declarando su conformidad con el Derecho de la UE-, la eventual aplicación de los convenios colectivos vigentes en el país de acogida, siempre y cuando éstos fuesen suficientemente claros, precisos y accesibles para el empleador (STJUE 23-11-1999, C-369/96, *Arblade*), y sin introducir discriminación entre empresas nacionales y extranjeras (STJUE 25-10-2001, C-49/98, *Finalarte*).

De hecho, la preocupación de determinados Estados miembros, particularmente aquellos con más elevados estándares laborales, por impulsar un conveniente grado de aplicación de las normativas laborales del país de acogida, acabó dando lugar -tras una sucesión de propuestas fallidas durante las décadas de los 70 y 80-, a la aprobación de la inicial Directiva 96. Téngase en cuenta, en todo caso, que la completa inacción legislativa hubiese acabado por habilitar un cauce propicio para circunvenir completamente las propias limitaciones migratorias establecidas, para los periodos de transición, en los Acuerdos de adhesión suscritos por los nuevos Estados miembros. El delicado equilibrio entre la promoción de la prestación transfronteriza de servicios -en un marco que abonase la exigible seguridad jurídica-, y la protección de los trabajadores, pasa por definir o acotar, desde el propio derecho de la UE, una serie de estándares laborales mínimos vigentes en el país de realización del servicio que resulten de obligatoria observancia, más allá de lo dispuesto por la ley nacional aplicable al contrato.

1.2- Las condiciones de trabajo en el desplazamiento transnacional: el “núcleo de disposiciones imperativas de protección” y el sistema de “círculos aplicativos”:

Declaraba así la Directiva 96, en su Preámbulo, el propósito de llevar a cabo una coordinación de las legislaciones de los Estados miembros, a fin de establecer “**un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima**” que habrán de ser respetadas en el país de acogida por parte de los empresarios que desplacen a trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio del Estado miembro de la prestación de servicios (Considerando 13 de la Directiva): el proveedor de servicios transnacional

deberá así observar lo que se viene a calificarse como un “núcleo duro” de disposiciones de protección, claramente definidas, independientemente de la duración del desplazamiento del trabajador (Considerando 14). La auténtica piedra angular de la Directiva es, así las cosas, su artículo 3.1, en tanto que precepto que se encarga justamente de definir con claridad la garantía de una serie de condiciones básicas de trabajo y empleo, relativas actualmente a las siguientes materias, tras su importante revisión a cargo de la Directiva 2018 (en rojo):

- a) Periodos máximos de trabajo, así como los periodos mínimos de descanso.
- b) La duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas.
- c) **La remuneración**, incluido el incremento por horas extraordinarias, sin incluir los regímenes complementarios de jubilación. (noción que sustituye a las “*cuantías de salario mínimo*”: Directiva 96).
- d) Las condiciones de desplazamiento de los trabajadores, en particular por parte de empresas de trabajo temporal.
- e) La salud, la seguridad y la higiene en el trabajo.
- f) Las medidas de protección correspondientes a las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas, o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y jóvenes.
- g) La igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.
- h) Las **condiciones de alojamiento de los trabajadores**, cuando el empleador se las proporcione a trabajadores que se encuentre fuera de su lugar de trabajo habitual.

- i) Los **complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención** previstos para los trabajadores que están fuera de su domicilio por motivos profesionales.

El marco legal interno (artículo 3 Ley 45/1999), debidamente actualizado tras la incorporación plena del derecho europeo vigente, se encarga de especificar dicho núcleo básico de condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados a España en el marco de una prestación de servicios transnacional. Debe recordarse, en este sentido, que los Estados miembros carecen de la posibilidad de imponer garantías adicionales a las condiciones y requisitos de aplicación establecidos en el artículo 3.1 de la Directiva: ampliar la lista de condiciones o endurecer los requisitos relativos a las mismas vulneraría la libre circulación de servicios en el ámbito de la UE, de no tratarse de disposiciones nacionales de orden público. Circunstancia ésta que permite calificar a la Directiva como norma de mínimos en su proyección comunitaria, pero como una norma de máximos en su proyección estatal (LLOBERA VILA, 2013, p. 189). La aplicación de ciertas normas laborales del país de destino se erige así en una suerte de solución conciliadora y de necesaria interpretación restrictiva (GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, 2000, p. 179). En este sentido, la legislación española vigente viene a concretar la garantía de las condiciones de trabajo exigidas imperativamente por el marco comunitario aludiendo, en aras de la debida precisión y claridad que dicha interpretación restrictiva requiere, a las siguientes materias:

- a) El **tiempo de trabajo**, en los términos previstos en los artículos 34 a 38 ET.
- b) La **cuantía del salario**, en los términos del artículo 4 ET (nótese la actual alusión globalizadora en la materia, más allá del salario mínimo, tras la Directiva 2018).
- c) La **igualdad de trato y no discriminación**, directa o indirecta, por razón, esencialmente, de los factores aludidos en el artículo 17 ET.
- d) El **trabajo de menores**: artículo 6 ET.

- e) La **prevención de riesgos laborales**, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores.
- f) La **no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial**.
- g) El **respeto de la intimidad** y la consideración debida a la **dignidad** de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.
- h) Las **condiciones de alojamiento** de las personas trabajadoras, cuando el empleador se lo proporcione a personas trabajadoras que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual.
- i) Las **dietas o los reembolsos para cubrir los gastos de viaje, alojamiento y manutención** de las personas trabajadoras desplazadas cuando, durante su estancia, deban viajar a y desde su lugar de residencia habitual en España a otros lugares por motivos profesionales, dentro o fuera del territorio español.

Importa especialmente resaltar que, desde el punto de vista de las fuentes de regulación de las condiciones de trabajo garantizadas en el Estado miembro de acogida, resulta exigible la observación no sólo de las **disposiciones legales, reglamentarias o administrativas**, sino también de los **convenios colectivos o laudos arbitrales** declarados de aplicación universal en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al **sector** en el ámbito geográfico de referencia, incluyendo, desde luego, los celebrados por las organizaciones de interlocutores sociales más representativas a escala nacional. En España, la Ley 45/1999 aclara expresamente que las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española, aplicables por tanto a los trabajadores desplazados a España, serán las contenidas “*en las disposiciones reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate*” (artículo 3.4). Dicho precepto cumple, en nuestro país, así las cosas, la importante función de prever y garantizar un espacio de regulación para la negociación colectiva en materia de determinación de las condiciones de trabajo de los trabajadores

desplazados a España, respetando y asumiendo el papel de la autonomía colectiva “doméstica” (MARTÍNEZ GIJÓN-MACHUCA, 2021, p. 150; MOLINA MARTÍN, 2021, p. 292). Todo ello con un importante matiz: ha de hacerse notar, en todo caso, la exclusión de los convenios colectivos de empresa como fuente de regulación de las condiciones de trabajo garantizadas por el marco normativo europeo e interno (GÁRATE CASTRO, 2019, p. 1077).

Si bien, desde una perspectiva general, se considera como “trabajador desplazado” a todo aquel que, durante un periodo limitado de tiempo, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente, lo cierto es que son, en todo caso, tres las situaciones o medidas empresariales de carácter transnacional en el marco de las cuáles ha de efectuarse el desplazamiento, existiendo siempre una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador desplazado durante el periodo de desplazamiento (GARATE CASTRO, 2012, p. 31). (artículos 2 Directiva 96 y 2 Ley 45/1999):

- 1) Desplazamientos efectuados en el marco de un **contrato** celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios ubicado en otro Estado miembro.
- 2) Desplazamientos hacia establecimientos, centros de trabajo o empresas pertenecientes al mismo **grupo empresarial**, ubicados en otro Estado Miembro. La normativa española remite al concepto del mismo establecido en artículo 4 de la Ley 10/1997, sobre los derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria (artículo 2.1.1º b) Ley 45/1999).
- 3) Desplazamientos efectuados por **empresas de trabajo temporal (ETT)**, hacia empresas usuarias de sus servicios ubicadas en otro Estado miembro.

El presupuesto de partida para la aplicación del sistema normativo de los desplazamientos transnacionales reside, en todo caso, según una consolidada línea jurisprudencial, en la **existencia de una conexión o “vínculo suficiente” entre la persona trabajadora desplazada y el territorio del Estado de destino**, debiendo valorarse globalmente todos los elementos que caracterizan el trabajo en cuestión (STJUE 19-12-2019,

C-16/18, *Dobersberger*; STJUE 1-12-2020, C-815/18, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*). No existe tal vínculo suficiente, por ejemplo, cuando la persona trabajadora simplemente se limita a atravesar el territorio de un Estado miembro en un transporte internacional. Y quedan excluidos también, de la aplicación de la Directiva, los desplazamientos motivados por meros viajes de negocios. En la misma línea, se ha considerado también desproporcionado, por ejemplo, aplicar la Directiva a los trabajadores de una empresa establecida en una región transfronteriza que realizaban, durante periodos cortos de tiempo, una parte de su trabajo en el territorio de otro diferente al del establecimiento de la empresa (STJUE 15-3-2001, C-165-98, *Mazzoleni*). Debe también ponerse de manifiesto que la Directiva se refiere exclusivamente a situaciones en las que se produce un desplazamiento físico de las personas trabajadoras, no resultando aplicable en principio, hoy por hoy, a las prestaciones de servicios desarrolladas de manera telemática o virtual (STJUE 18-9-2014, C-549/13, *Bundesdruckerey GmbH*). El texto de la Directiva, acogiendo la anterior línea de razonamiento, excluye también de su ámbito de aplicación a las empresas de la marina mercante, por lo que se refiere al personal navegante (artículo 1.2). Si bien, en cambio, en ningún momento menciona al personal del sector aeronáutico, aunque los mismos podrían compartir algunas de sus características.

Particular mención merece la **exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de los trabajadores transfronterizos**, que son aquellos que desempeñan su trabajo en un país, pero conservando su domicilio en su país de origen. Resulta relevante efectuar esta aclaración conceptual y terminológica, por cuanto que existe cierta tendencia a fusionar o confundir el desplazamiento transnacional con el “trabajo transfronterizo”. A los efectos laborales y de Seguridad Social, se ha venido considerando estrictamente como transfronterizos a aquellos trabajadores que vuelven cada día, o al menos una vez a la semana (*vid.* CACSS, 2019, p. 49) a su domicilio en el país de origen, normalmente situado en una zona fronteriza cercana a la de su actividad laboral. No obstante, algunas definiciones más recientes, -tanto en normas nacionales como en determinados documentos técnicos emanados de la Comisión Europea- son menos flexibles, exigiendo el retorno diario como rasgo esencial de dicha categoría (OJEDA AVILÉS, 2022, p. 20). Téngase presente, por otra parte, que tanto el trabajo transfronterizo, como el “trabajo itinerante” -conservación de la residencia, con desplazamientos cortos a otros países para trabajar- (RODRÍGUEZ-

PIÑERO ROYO, 2017, p. 24) constituyen realidades en auge como consecuencia de la evolución experimentada por los medios de transporte, relativizándose mucho hoy en día la falta de proximidad geográfica entre el lugar de trabajo y el de residencia.

En cuanto a los **desplazamientos de corta duración** -en los que, a diferencia del trabajo transfronterizo, ha de existir ya un cambio de domicilio, aun transitorio- la Directiva permite a los Estados flexibilizar o eximir de determinados requisitos siempre y cuando ello no beneficie a las ETTs. En este sentido, la normativa española contiene ciertas previsiones referidas, en concreto, a los desplazamientos de menos de 8 días de duración: en tales casos, no resultarán de aplicación las condiciones de trabajo establecidas en la legislación española relativas a las vacaciones anuales retribuidas ni a la cuantía del salario, salvo que la empresa que ejerza el desplazamiento sea una ETT. En tales supuestos, además, no resulta exigible la comunicación del desplazamiento, antes de su inicio, a la autoridad laboral española competente por razón del territorio (artículos 4.3 y 5.3 Ley 45/1999).

Aunque la Directiva no establece plazos máximos de duración para los desplazamientos transnacionales de trabajadores -a diferencia, como luego se verá, de los Reglamentos de coordinación en materia de Seguridad Social-, en todo caso éstos han de ser, como se ha apuntado, necesaria y esencialmente de carácter temporal, y no definitivo. La normativa comunitaria, téngase presente, exige que durante el desplazamiento transnacional, sea cual sea su modalidad, se mantenga la relación laboral vigente con la empresa de origen durante todo el tiempo que dure el desplazamiento. Pero ello no equivale a excluir la legalidad de las contrataciones de trabajadores que se efectúen precisamente con ocasión del desplazamiento: la exigencia de un determinado periodo de empleo previo al desplazamiento transnacional constituiría un requisito adicional no impuesto por la Directiva, y como tal, contrario al Derecho de la UE. La Comisión Europea, de hecho, se ha encargado explícitamente de esclarecer que la Directiva resulta aplicable a los trabajadores desplazados, incluso si la relación laboral no ha estado vigente durante un tiempo anterior al desplazamiento, siempre que el contrato de trabajo exista desde el principio hasta el final del desplazamiento (*vid.* COMISIÓN EUROPEA, 2019, punto 2.18, p. 18).

Precisamente la temática de los **desplazamientos de larga duración** fue una de las cuestiones sobre las que incidió de manera notable la Directiva 2018, aportando un mayor rigor y tutela laboral frente a su realización. Tras aclarar la duración necesariamente temporal de los desplazamientos, se establece a partir del novedoso artículo 3.1 Bis, que, con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral, cuando la duración efectiva de un desplazamiento sea superior a **12 meses** (ó **18 meses** si existe una **notificación motivada de la empresa**, solicitando un plazo adicional de 6 meses hasta llegar a dicha calificación), ha de garantizarse no ya sólo la aplicación del núcleo duro de disposiciones de protección indicado con anterioridad, sino *“todas las condiciones de trabajo aplicables que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo”*. Sólo quedan excluidas, de tal equiparación cuasicompleta, dos aspectos muy acotados: por una parte, los procedimientos, trámites y condiciones de celebración y rescisión del contrato de trabajo, incluidas las cláusulas de no competencia; y por otra parte, los regímenes de pensión complementaria. Se viene así a establecer, para los desplazamientos de larga duración, un régimen muy cercano a la plena igualdad o equiparación. Posteriormente se verán, por cierto, las diferencias existentes en el terreno de la Seguridad Social, donde el umbral de los desplazamientos de larga duración es de 24 meses de duración previsible.

Se preocupa además la normativa por combatir la posible elusión del régimen jurídico de los desplazamientos de larga duración a través de las “cadenas de desplazamientos”: esto es, la sustitución de un trabajador desplazado por otro trabajador desplazado que realice el mismo trabajo, en el mismo lugar. En tales casos, la duración del desplazamiento ha de ser la duración acumulada de los periodos de desplazamiento de cada uno de los trabajadores desplazados de que se trate. A propósito del cómputo de los desplazamientos de larga duración, la legislación interna española aclara, además, que el cómputo de la duración efectiva de los desplazamientos, con carácter general no se interrumpe como consecuencia del disfrute de las vacaciones anuales retribuidas, ni tampoco por otras interrupciones breves, como los descansos o permisos retribuidos previstos en la normativa aplicable que corresponda (artículo 3.8 Ley 45/1999).

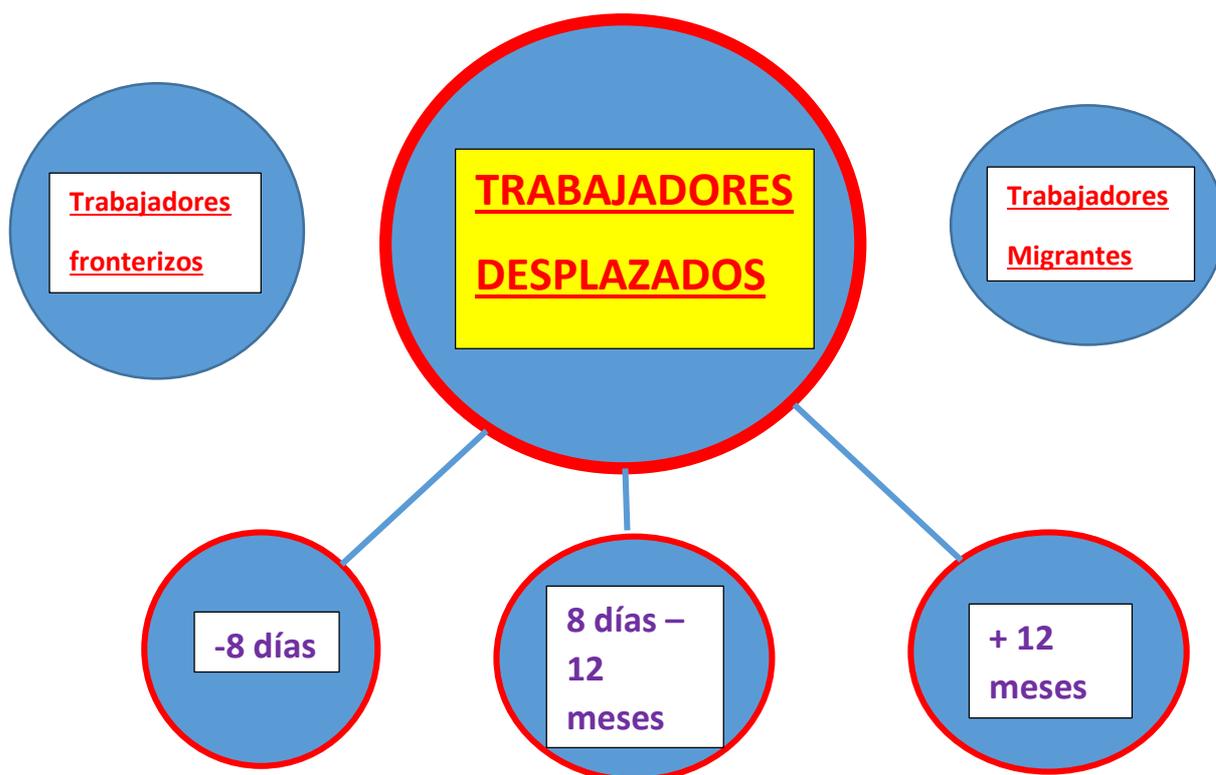
A modo de síntesis, tal y como se ha apuntado doctrinalmente, (OJEDA AVILÉS, 2022, pp. 17-38), cabría señalar en qué medida **el sistema**

normativo tiende actualmente a configurar una suerte diversa de “círculos aplicativos”: esto es, su ámbito de incidencia queda diversificado sobre la base de una compleja serie de clasificaciones y distinciones normativas. Como punto de partida, el sustrato de los “*trabajadores desplazados*” ocuparía un espacio intermedio entre el de los “*trabajadores migrantes*” (quienes ejercen la libre circulación de trabajadores con vocación de permanencia en el país de destino) y el de los “*trabajadores fronterizos*” (con trabajo en otro país, pero con residencia en el propio). Pero a su vez dicho sustrato intermedio, queda a su vez sometido a una nueva tripartición en función de la duración del propio desplazamiento:

- a) En primer término, el de los **desplazamientos con una duración inferior a 8 días**, donde el empleador -dejando a salvo las ETT- no queda obligado a respetar las vacaciones retribuidas, ni la remuneración conforme al país de acogida -aun cuando la excepción no se aplicaría a los trabajos señalados en el Anexo de la Directiva 96 reformada: obras de construcción, restauración, mantenimiento, modificación o eliminación de construcciones, incluyendo tareas de excavación, pintura, limpieza, saneamiento, etc.-
- b) En segundo lugar, el de los **desplazamientos de duración superior a 8 días y como máximo de 12 meses**, como grupo central de los desplazamientos que se corresponde con lo que podría denominarse como el “régimen común” de los desplazamientos, consistente, en síntesis, en la aplicación del núcleo duro de las disposiciones imperativas de trabajo según las normas y convenios del país de acogida.
- c) Finalmente, el grupo más exógeno será el de los **desplazados que han cumplido ya 12 meses en el país de acogida**, y continúan vinculados exclusivamente a las condiciones de contratación y extinción, Seguridad Social y fiscalidad del país de origen pero ya no al resto de las condiciones de trabajo.

La complejidad del marco normativo se incrementa, en fin, en la medida en que el círculo intermedio genérico de los desplazamientos transnacionales permite también otro tipo de subdivisiones o categorías

“secantes”, en atención no ya sólo a la duración de los desplazamientos, sino también a otra suerte de particularidades normativas sobre las que, de manera selectiva, se reparará más adelante: distintas categorías de actividades de transporte; cadenas de suministro (segundo círculo); trabajadores desplazados a distancia o en remoto; dobles desplazamientos o saltos del trabajador desplazado a otro país desde el de acogida; autónomos y semiautónomos; expatriados laborales *ex* artículo 1.4 ET; trabajadores de temporada o campaña, etc. (tercer círculo). Clasificación que se agotaría aludiendo incluso a un posible “cuarto círculo”, que vendría compuesto por los desplazamientos ilícitos y fraudulentos (empresas buzón; cambios de sede, etc.). Complejidad que, a buen seguro, llevará camino de acentuarse en el futuro, en la medida en que se multipliquen las manifestaciones de prestaciones de servicios plurilocalizadas, o bien ubicadas en espacios no territoriales -entornos digitales, etc.- o sustraídos a la soberanía nacional (FONTINOPOULOU, 2023, p. 22-23).



-Cadenas de suministro

- Trabajadores a distancia
- Dobles desplazamientos.
- Autónomos.
- Expatriados laborales.
- Trabajadores de temporada

- Empresas buzón.
- Cambios de sede fraudulentos.

1.3.- *Las disposiciones de ejecución y refuerzo en favor del cumplimiento:*

El marco jurídico comunitario de los desplazamientos transnacionales ha dedicado una de sus disposiciones (Directiva de Ejecución 2014 o “Directiva Enforcement”) al propósito de habilitar a los Estados miembros para establecer medidas y mecanismos de control adecuados para prevenir y sancionar los abusos, elusiones y fraudes articulados por los sujetos económicos en relación con las obligaciones impuestas por el régimen de los desplazamientos transnacionales. A modo de síntesis, y sin perjuicio del análisis más exhaustivo que se realizará más adelante, son básicamente cinco los aspectos centrales abordados por las disposiciones de refuerzo y ejecución:

1) En primer lugar, el marco normativo trata de ofrecer criterios de valoración -no exhaustivos- para que las administraciones nacionales sean capaces de identificar o **distinguir entre los desplazamientos reales y los desplazamientos fraudulentos** de trabajadores, facilitando así la persecución de las conductas abusivas, en atención tanto a las características de la empresa como del trabajador desplazado (artículo 4 de la Directiva y 8 Bis de la Ley 45/1999). Especial relevancia adquiere, en este sentido, la atención a la práctica de las denominadas “*empresas-buzón*”, creadas sin un sustrato real para beneficiarse artificiosamente de la ventaja competitiva de unas condiciones laborales inferiores: las autoridades competentes, a fin de determinar si una empresa lleva a cabo verdaderamente actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna, han de realizar una evaluación global de todos los elementos fácticos que resulten relevantes, teniendo en cuenta un marco temporal amplio (lugar del domicilio social de la empresa, lugar donde se les contrata y hacia donde se les desplaza, derecho aplicable a los contratos, lugar de realización de la actividad empresarial fundamental y de empleo del personal administrativo, número de contratos celebrados, volumen de negocio, etc.).

2) En segundo término, se habilita a los Estados miembros para imponer **requisitos administrativos y medidas de control** para las empresas que participan en el desplazamiento de trabajadores, siempre que éstos sean necesarios, justificados y proporcionados para garantizar la supervisión efectiva. El artículo 9 de la Directiva de Ejecución abre así un

abánico ejemplificador de las posibles medidas que pueden adoptarse para posibilitar los controles materiales en el lugar de trabajo: presentación de una declaración simple del desplazamiento ante las autoridades nacionales competentes del país de acogida; obligación de conservar y poner a disposición los contratos de trabajo; entrega de documentos tras la finalización del desplazamiento; proporcionar traducción de los documentos; designación de una persona que sirva de enlace con las autoridades competentes; o designación de una persona de contacto que actúe como representante ante los interlocutores sociales. En España, tales aspectos vienen concretados en los artículos 5 y 6 de la Ley 45/1999. Se contempla en el primero, la *obligación de comunicar los desplazamientos hacia España a las autoridades laborales competentes por razón del territorio* –esto es, dependientes de las CC.AA.- donde se vayan a prestar los servicios. A tal efecto, compete al MTES establecer, de acuerdo con las CC.AA., un *registro electrónico central de tales comunicaciones aún inexistente hasta la fecha*.

Junto a lo anterior, el artículo 6 regula la obligación de comparecencia y de conservación y aportación de documentación, debidamente traducida, por parte de los empresarios que desplacen trabajadores a nuestro país. Estos tienen obligación de comparecer en la oficina pública correspondiente a requerimiento de la ITSS, así como de aportar la documentación que les sea requerida, incluso después del desplazamiento, incluida la referente a la válida constitución de la empresa. En todo caso, durante el desplazamiento, han de tener siempre disponibles, para su consulta inmediata, una serie inexcusable de documentos -contratos de trabajo, recibos de salario y comprobantes de pago, registros horarios y autorización para trabajar de nacionales de terceros países-.

3) Con el objetivo de facilitar el conocimiento de las normas laborales del país de acogida por parte de los empresarios que desplacen trabajadores a otro Estado miembro, se ha de facilitar el acceso a la información correspondiente mediante la creación de **sitios web oficiales únicos a nivel nacional** (artículo 5). A través de ellos, se ha de dar a conocer gratuita y públicamente, de manera clara, transparente, inteligible y fácilmente accesible -a distancia y por medios electrónicos-, en particular, la información sobre los convenios colectivos que resultan aplicables. Información que ha de incluir, cuando sea posible, enlaces a sitios de internet

de los interlocutores sociales. En cumplimiento de dicho mandato, la D.A. 9ª de la Ley 45/1999 contempla la obligación del MTES de mantener actualizada la página web del “Desplazamiento transnacional de personas trabajadoras” contenida en el sitio web del propio Ministerio: https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/debes_saber/desplazamiento-trabajadores/index.htm. En Portugal, la página web correspondiente puede hallarse en: <https://portal.act.gov.pt/Pages/destacamento-trabalhadores.aspx>

Por otra parte, en España recae sobre las autoridades laborales autonómicas del territorio al que se desplacen trabajadores desde otro país de la UE, la obligación de informar sobre las condiciones de trabajo, en particular, atendiendo a las peticiones de información que se formulen desde los órganos estatales o desde otros sujetos interesados (empresas, asociaciones empresariales, sindicatos, etc.), tal y como se explicita en el artículo 7 de la Ley 45/1999.

4) La eliminación de obstáculos para facilitar la **defensa de los derechos por parte de los trabajadores desplazados**, cuando éstos hayan sufrido daños o pérdidas como consecuencia del incumplimiento de la normativa aplicable, es otro de los aspectos relevantes abordados por la Directiva de Ejecución. Su artículo 11 impone la existencia de mecanismos eficaces para poder presentar denuncias contra sus empleadores, así como a iniciar procedimientos administrativos o judiciales también en el Estado miembro de acogida. En relación con los segundos, los órganos jurisdiccionales del Orden Social resultan competentes en España para conocer de las cuestiones litigios que se susciten en relación con los desplazamientos transnacionales de trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 n) y t) LRJS, cuando el trabajador esté o haya estado desplazado en nuestro país.

5) El impulso de la **cooperación administrativa entre las autoridades laborales de los distintos Estados** es, en fin, la mayor aportación (FONTINOPOULOU BASURKO, 2015, p. 147) y el eje central de actuación sobre el que pivota la normativa de ejecución (artículos 6-8 Directiva de Ejecución y 9 de la Ley 45/1999). Se proclama en este sentido, como punto de partida, el *principio de la asistencia mutua*, sin demoras injustificadas, en virtud del cual compete a las autoridades públicas la obligación de entablar relaciones de cooperación en una diversidad de planos de actuación: respuesta a peticiones motivadas de información;

comprobación, inspección e investigación en relación con las situaciones de desplazamiento; o bien sobre el posible cobro de sanciones y multas administrativas, notificación de decisiones, envío y notificación de documentos, etc.

Como también, en segundo lugar, el *principio de la responsabilidad de las autoridades laborales del estado de acogida en relación con la inspección de las condiciones de empleo* que se han de cumplir durante el desplazamiento, sin perjuicio de la cooperación, cuando sea necesario, con las del Estado miembro donde radique el establecimiento. Tales inspecciones, que incluyen la posibilidad de comprobaciones aleatorias, han de basarse especialmente en la evaluación de determinados factores de riesgo aludidos en el artículo 10 de la Directiva de Ejecución: realización de grandes proyectos de infraestructuras, existencia de largas cadenas de subcontratación, proximidad geográfica, problemas de sectores concretos, historial de infracciones, vulnerabilidad de determinados tipos de trabajadores, etc. En España, el artículo 8 de la Ley 45/1999 se remite a la Ley 23/2015, ordenadora de la ITSS, como marco general de ordenación de las funciones en materia de inspección, así como directamente a la LISOS como marco regulador de las infracciones y sanciones en materia de desplazamientos transnacionales. En todo caso, aunque los Estados son soberanos a la hora de establecer sus propias infracciones y sanciones frente a los incumplimientos del derecho interno, deben regular y ejercer la potestad sancionadora con sujeción a los principios generales del derecho comunitario (STJUE 13-11-2001, c-262/99, *Paraksevas*), y en particular, atendiendo al principio de proporcionalidad (PÉREZ GUERRERO, 2020, p. 364).

La promoción de *medidas de acompañamiento a la cooperación administrativa*, es, en tercer lugar, una obligación de los Estados, a quienes compete en particular, con ayuda de la Comisión, facilitar el intercambio de funcionarios a tales efectos, así como garantizar el apoyo adecuado de los interlocutores sociales.

1.4.- *Una valoración conclusiva: el refuerzo del principio de la igualdad salarial en el país de destino como límite frente al “dumping social”:*

A modo de balance final, a propósito del análisis de los aspectos centrales del marco normativo regulador de los desplazamientos transnacionales de trabajadores que aquí se ha efectuado, resulta relevante destacar la decidida apuesta que, a partir de la Directiva 2018, el ordenamiento de la UE viene efectuando en favor de lo que podría denominarse como el “*principio de igual salario por trabajo de igual valor en el mismo lugar*” (CARTER, 2018, pp. 31 y ss; SALA FRANCO-LALAGUNA HOLZWARTH, 2019, p. 51). El refuerzo de este principio puede considerarse, a todas luces, como un objetivo esencial de la operación reformadora, dando lugar a un marco europeo más equilibrado, justo, seguro y especializado (MARCHAL ESCALONA, 2019, p. 81). Sin operarse ciertamente en 2018 ningún cambio en la base jurídica de la Directiva -la libre prestación de servicios en el ámbito de la UE (artículo 56 TFUE)- y por tanto, sin formar parte propiamente del Derecho Social de la UE, lo cierto es que la regulación de los desplazamientos transnacionales de trabajadores se sitúa ahora en línea con las coordenadas de refuerzo del principio de igualdad y no discriminación propias de destacados exponentes del Derecho Social de la UE -Directivas 2006/54/CE (hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación); 97/81/CE (trabajo a tiempo parcial); 99/70/CE (trabajo de duración determinada); ó 2008/104/CE (empresas de trabajo temporal)-.

El propio Preámbulo de la Directiva 2018 resulta clarificador, en este sentido, al aludir a las necesidades de reformular el equilibrio adecuado entre la necesidad de fomentar la libre prestación de servicios y garantizar condiciones de competencia equitativas, por un lado, y la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores desplazados, por otro, aludiéndose además ahora expresamente, de manera novedosa, al propósito de “*alcanzar una verdadera convergencia social*”. No resultó ajena a la génesis de la operación reequilibradora efectuada en 2018, desde luego, a la aparición en escena de una sucesión de conocidas resoluciones emanadas del TJUE en aplicación de la inicial Directiva de 1996 (SSTJUE 11-12-2007, C-438/05, *Viking*; 18-12-2007, C-341/05, *Laval*; 3-4-2008, C-346/06, *Ruffert*; y 19-6-2008, C-319/06, *Comisión c Luxemburgo*, en particular), escoradas hacia la

garantía preponderante de la libertad comunitaria de prestación de servicios, hasta el punto de reducir al mínimo la propia capacidad reguladora de los Estados miembros en relación con aspectos esenciales de los sistemas nacionales de relaciones laborales. Muy en particular, la de aquellos países de la Europa continental y escandinava que albergan “economías de mercado coordinadas” (*Coordinated Market Economies*: CME), como modelo alternativo al de los países del centro y este de la UE, más inclinados a la economía liberal de mercado (*Liberal Market Economy*: LME). La Directiva de 2018 alberga, en buena medida, una respuesta reequilibradora frente a la citada línea interpretativa, de fuerte impacto desregulador, protagonizada por el TJUE, ensanchando el margen de actuación de los marcos normativos nacionales, así como de los modelos de relaciones laborales y de la propia esfera de actuación de los interlocutores sociales en los países de acogida de los trabajadores desplazados que ha de estimarse como compatible con las libertades comunitarias.

La vaporosa y multifacética noción del “dumping social”, intrínsecamente vinculada a la desregulación socio-laboral (aquella es, al tiempo, causa y consecuencia de ésta), subyace ciertamente, a la operación de reequilibrio normativo. Si bien ha de aceptarse que la disparidad salarial y de condiciones de trabajo puede aparecer no sólo a nivel transnacional, sino incluso nacional o sectorial, propiciando la reestructuración de las actividades económicas, lo cierto es que cuando los prestadores de servicios compiten, exclusiva o predominantemente, sobre la base de los costes salariales, y lo hacen además por medio del mero uso ventajista de un marco estatal diferente para competir en un mismo territorio, tales comportamientos abren dinámicas de competencia no equitativa, particularmente entre proveedores de servicios internos y externos que operan en el mismo país. De lo cual derivará, a corto plazo, una notoria *presión a la baja* sobre las condiciones de trabajo en el país de acogida, en punto a preservar la competitividad de las empresas locales. E incluso también, a medio y largo plazo, sobre las de los trabajadores desplazados -sólo teóricos y parciales “beneficiarios” a corto plazo de la generación de actividad y empleo- para la preservación de dicha ventaja competitiva, generalizándose la precariedad en los mercados de trabajo (CALVO GALLEGO, 2020, p. 140). Libertad de prestación de servicios, competencia equitativa en el tejido económico y protección laboral encuentran, al menos en ese acotado terreno, una esfera en la que cabe predicar su alineamiento, como efectivamente sucede en la

UE desde la Directiva 2018, cuya contribución a delimitar las fronteras normativas de los desplazamientos lícitos frente a los abusivos resulta esencial.

Desde este prisma cobran pleno sentido, desde luego, las más destacadas aportaciones del derecho vigente de la UE en la materia desde 2018. Particularmente, la inclusión, dentro del “núcleo de disposiciones mínimas de protección”, no ya de la remuneración mínima vigente en el país de acogida, sino de éstas globalmente consideradas. El concepto de “remuneración” viene así actualmente determinado por la *legislación* o las *prácticas nacionales* del estado miembro en cuyo territorio esté desplazado el trabajador, comprendiendo *todos los elementos constitutivos* de la misma que resulten obligatorios en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales, o de los convenios colectivos o los laudos arbitrales de aplicación universal en dicho estado miembro (artículo 3.1).

Tal y como ha declarado el TJUE, la Directiva 98 lleva a cabo un ajuste del equilibrio de los factores en los que las empresas establecidas en los diferentes Estados miembros pueden competir entre sí, sin por ello eliminar la eventual ventaja competitiva que pudieran tener los prestadores de servicios de determinados Estados miembros. Todo ello, sin producir en absoluto el efecto de eliminar toda competencia basada en los costes: lejos de armonizar los costes, sí que establecen las medidas necesarias para garantizar unas condiciones laborales que se adapten a las condiciones y al nivel de vida del estado de acogida, y sólo mientras se desarrolla la prestación de servicios del trabajador desplazado (SALA FRANCO-LALAGUNA HOLZWARTH, 2019, p. 51). Así las cosas, ordena garantizar a los trabajadores desplazados que se aplique un conjunto de condiciones de trabajo y de empleo en el Estado miembro de acogida, entre las que se encuentran los elementos integrantes de la remuneración obligatorios en ese Estado. En consecuencia, la Directiva no incide en los demás elementos de los costes de las empresas que desplazan a tales trabajadores, como son la productividad o la eficiencia de esos trabajadores, factores estos que se mencionan en su Considerando 16. Por lo tanto, la nueva Directiva no crea una distorsión de la competencia, como se argumentaba desde ciertos Estados miembros que ejercieron una fuerte oposición política en el proceso

de aprobación de la Directiva 98 (STJUE 8-12-2020, C-620/18, *Hungría c. Parlamento Europeo*).

Debe hacerse alusión también, en fin, como destacada aportación de la Directiva 2018, a la cláusula de preservación de los derechos constitucionales fundamentales de naturaleza colectiva vigentes tanto a nivel interno como de la propia UE (conocida como “Cláusula Monti”) introducida en el artículo 1 Bis de la Directiva desde 2018: y es que la misma no afecta en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga, o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales. Como tampoco puede afectar al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales.

Recientemente, en abril de 2024, la Comisión Europea ha realizado un balance a propósito del grado de cumplimiento de la Directiva 2018, afirmando que la transposición de la misma ya completada por parte de todos los Estados miembros ha mejorado las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados, especialmente en los que se refiere a su remuneración, la igualdad de trato de los trabajadores desplazados cedidos por ETTs y el reembolso de los gastos ocasionados por el desplazamiento. Se descarta así, hoy por hoy, elaborar propuestas adicionales de modificación de la normativa comunitaria vigente sobre el desplazamiento transnacional de trabajadores (COMISIÓN EUROPEA, 2024, p. 13). Sin embargo, pese al sustancial cumplimiento de los requisitos de la Directiva, también se han detectado problemas de no conformidad de ciertas medidas nacionales que podrían ser objeto de actuaciones concretas.

Por lo que aquí interesa, **resulta relevante señalar que la comisión ha identificado precisamente a Portugal como uno de los dos países - junto a Irlanda- que no han sustituido en su normativa interna el concepto de “cuantías de salario mínimo” por el de “remuneración”, como exige la Directiva 2018 (COMISIÓN EUROPEA, 2024, p. 5).** Conviene, por consiguiente, **prestar atención a los acontecimientos futuros a los que pueda dar lugar dicha situación de incumplimiento técnico de la Directiva 2018 en el país vecino si la misma no se subsana por la vía**

legislativa, en relación precisamente con una de las aportaciones basilares de la misma: desde las actuaciones frente al incumplimiento a cargo de la Comisión -apuntadas explícitamente en su antecitado Informe de 30 de abril de 2024-, hasta las posibles actuaciones judiciales en que las personas trabajadoras podrían acabar incluso reclamando la aplicación directa de la Directiva 2018, al estar vencido su plazo de transposición y tener dicha previsión una clara virtualidad *self executing* (efecto directo), etc.

En todo caso, que la garantía comunitaria de equiparación en el plano salarial -a través de normas relativas al derecho aplicable a los contratos de trabajo- no abarca la totalidad de los costes sociales en relación con los trabajadores desplazados, resulta un hecho incontrovertible. Tanto más cuanto persisten sustanciales diferencias entre los Estados miembros en el plano de las cotizaciones a los diversos sistemas nacionales de Seguridad Social. Se procede seguidamente a analizar este segundo plano regulatorio de los desplazamientos de trabajadores en el marco de las prestaciones transnacionales de servicios.

2. Desplazamientos intracomunitarios de trabajadores y Seguridad Social: Los Reglamentos de Coordinación.

2.1.- El marco jurídico aplicable: los artículos 12, 13 y 16 del Reglamento 883/2004 (RC):

El segundo pilar del marco normativo regulador de los desplazamientos intracomunitarios de trabajadores en la UE viene determinado por los **Reglamentos de Coordinación en materia de Seguridad Social: Reglamentos (CE) 883/2004** -en adelante RC- y **987/2009**, que desarrolla las normas de aplicación del anterior. Su naturaleza jurídica es la de normas de derecho internacional público, o normas del Derecho Internacional de la Seguridad Social (LÓPEZ GANDÍA, 2020, p. 16), basadas en la libre circulación de trabajadores, que se dirigen a determinar la legislación nacional que resulta aplicable a aquellos trabajadores cuya trayectoria laboral se ve afectada por supuestos de movilidad transnacional. Concretamente para los desplazamientos de

trabajadores, tales disposiciones contemplan una norma de conflicto específica que exime temporalmente de la aplicación del criterio general: esto es, el de la aplicación de la ley del lugar de trabajo (“*lex loci laboris*”). Excepcionando tal criterio (LÓPEZ GANDÍA, 2017, pp. 60-64; ÁLVAREZ CORTÉS, 2020, pp. 191-198), durante el desplazamiento se permite continuar con la aplicación de la legislación de Seguridad Social del Estado de origen, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones (**artículo 12 RC**). Junto a ello, existen normas particulares para aquellos casos en los que, de una manera habitual, los trabajadores prestan servicios en dos o más Estados miembros (**artículo 13 RC**).

Se persigue, a través de estas normas, evitar los perjuicios que se derivarían para las personas trabajadoras de la excesiva fragmentación de sus carreras de cotización, y de sus relaciones de aseguramiento público en general, en una pluralidad de Estados miembros como consecuencia de su movilidad. De este modo, las normas citadas se basan en el propósito de remover obstáculos al ejercicio de las libertades de circulación en el ámbito comunitario y al desarrollo del mercado interior, mediante la eliminación de complicaciones de tipo administrativo. Se trata de un criterio normativo, por cierto, el del mantenimiento de la legislación de Seguridad Social del Estado de origen, comúnmente acogido también en Convenios bilaterales en la materia, con idéntica filosofía promotora de la movilidad laboral entre distintos países. No obstante, y dado que la acogida de esta pauta normativa puede también favorecer el “*dumping social*” al otorgar a las empresas en países con cotizaciones sociales más bajas una evidente ventaja competitiva, el mantenimiento de la ley de origen en materia de Seguridad Social queda, como enseguida se verá, sometido a importantes condicionamientos.

Si bien el objetivo básico de los Reglamentos de Coordinación es el de la tutela de los trabajadores desplazados temporalmente -sea o no en el marco de una prestación transnacional de servicios (v. gr.: viajes de negocios)-, lo cierto es que no siempre resulta sencillo determinar cuál puede llegar a ser, en cada caso, la opción más protectora para el trabajador, especialmente a largo plazo (v. gr., en el momento de solicitar el disfrute de una prestación futura), dado, entre otros factores, las propias variaciones que puedan experimentar los sistemas nacionales de Seguridad Social implicados. En todo caso, y pese a tales reservas, lo cierto es que la fragmentación de las carreras de cotización en periodos cortos en diversos Estados -así como la

propia necesidad de recurrir a los sistemas de coordinación cada vez que se solicite una prestación- suelen ocasionar, de ordinario, perjuicios e inconvenientes para los trabajadores.

Nótese, en todo caso, cómo en el plano de las relaciones de Seguridad Social la contraposición de intereses no se produce entre las personas trabajadoras y los empleadores, cuando más bien exclusivamente en relación con las distintas Administraciones nacionales de Seguridad Social. Son éstas las que exhiben intereses contrapuestos a la hora de poder defender, en su caso, el aseguramiento bajo sus respectivas normas nacionales y la propia recaudación de las cotizaciones correspondientes. Sucede además que, en este terreno del Derecho Público, no resulta posible esgrimir la aplicación del derecho nacional de un Estado ante los tribunales de otro diferente, ni puede éstos imponer obligaciones de Seguridad Social vigentes en su ámbito jurisdiccional a Administraciones propias de otros Estados. El *principio de la cooperación leal entre las administraciones nacionales de Seguridad Social* cobra, pues, en este contexto, una relevancia capital. Una destacada manifestación del mismo es el **artículo 16 RC**, en virtud del cual las instituciones nacionales de Seguridad Social pueden en todo momento formalizar acuerdos “ad hoc” para determinar la normativa nacional aplicable a los trabajadores desplazados, siempre atendiendo al beneficio de éste.

El cuadro normativo se completa con determinados instrumentos (Decisiones y Recomendaciones), emanados de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (CACSS) carentes propiamente de eficacia normativa pero dotados de un relevante valor interpretativo del marco jurídico precitado, cuyos contenidos vienen expuestos con sistematicidad en la relevante “Guía Práctica sobre la legislación aplicable” (COMISIÓN EUROPEA, 2013) elaborada por la propia CACSS –contenidos, no obstante, que no reflejan según se indica, la postura oficial de la UE-:

- La **Decisión A1**, de 12 de junio de 2009, relativa al establecimiento de un proceso de diálogo y conciliación sobre la validez de los documentos, la determinación de la legislación aplicable y el pago de las prestaciones en virtud del RC (D.O.U.E., C-106, 24-4-2010).

- La **Decisión A2**, de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 RC, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que ejercen temporalmente su actividad fuera del Estado competente (D.O.U.E., C-106, 24-4-2010).
- La **Recomendación A1**, de 18 de octubre, sobre la expedición del Certificado al que se refiere el artículo 19.2 del Reglamento 987/2009.

2.2- El documento Portátil A1 (Certificado A1) como pieza documental básica en la ordenación del desplazamiento:

El Reglamento de Aplicación (987/2009) dispone, en su artículo 19.2, que, a petición del interesado (trabajador) o del empleador, la institución de Seguridad Social competente del **Estado miembro cuya legislación sea aplicable**, tiene la obligación de proporcionar un **certificado indicativo** de que esa legislación es aplicable, indicando, si procede, hasta qué fecha y en qué condiciones. Así las cosas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 16 RC, dicho Certificado es el documento exigible que sirve para acreditar que el trabajador desplazado mantiene una relación de aseguramiento con la Seguridad Social del Estado miembro competente (Estado de origen), siendo éste el perceptor de las cotizaciones sociales, y también quien debe hacer frente a las prestaciones, incluida la cobertura de la asistencia sanitaria recibida en el Estado de acogida. Aunque lo preferible es que el **Certificado A1** se emita antes del desplazamiento, la norma permite también su emisión con carácter retroactivo, como documento cuya virtualidad es, de algún modo, la de aportar legitimación formal a la no sujeción al principio de la ley del lugar de trabajo (“*Lex loci laboris*”).

En este sentido, recae sobre la Administración que emite el Certificado A1 el deber de recopilar toda la información que resulte relevante para la emisión del mismo, estando aquella igualmente obligada a verificar cualquier información que sea solicitada a petición de las instituciones del Estado miembro de acogida, que a su vez está obligado por este certificado

(artículo 5 Reglamento 987/2009 y Recomendación A1 CACSS). Y en todo caso, incluso en los casos de desplazamiento irregular o fraude, solamente el Estado miembro emisor está capacitado para retirar el Certificado A1.

El punto crítico en relación con la dinámica de funcionamiento de los Certificados A1 reside en aquellos supuestos en los que existan desavenencias entre las distintas autoridades estatales implicadas a propósito de la validez o la exactitud de las circunstancias sobre las que se sustenta la expedición de los Certificados A1. En tales casos, resultará preceptiva la iniciación de un proceso de diálogo, en el que la CACSS puede desplegar, a solicitud de alguna de las partes, una labor de conciliación en favor del diseño de una salida consensuada al conflicto planteado (artículo 5 Reglamento 987/2009 y Decisión A1 CACSS). A este respecto hay que decir, no obstante, que en señaladas ocasiones el TJUE ha llegado a aceptar, solamente en casos excepcionales -concretamente, en el marco de un proceso penal- que, en casos de fraude debidamente acreditado, los Certificados A1 puedan llegar a ser desestimados por los tribunales jurisdiccionales del Estado miembro de acogida (SSTJUE 6-2-2018, C-359/16, *Althum*; 2-4-2020, C-37/18, *Vueling*; y 14-5-2020, C-17/19, *Bouygues travaux publics*). Lo cual quedaría sujeto a ciertas condiciones, como por ejemplo, la rápida iniciación del procedimiento de diálogo, y eventual conciliación ante la CACSS, anteriormente aludido. En todo caso, cualquier posible excepción al carácter vinculante de los Certificados A1 habilitada por resoluciones de un tribunal nacional, no implicaría en ningún caso un cambio de la legislación de Seguridad Social aplicable, hasta el momento en que la institución emisora no retire o invalide el Certificado A1 expedido: tan sólo permitiría sancionar a los empresarios de origen y destino implicados en el fraude (CARRASCOSA-CONTRERAS, 2022, pp. 71-76).

Debe resaltarse, por consiguiente, el efecto vinculante que los Documentos Portátiles A1 despliegan para las administraciones de la Seguridad Social del Estado de acogida, mientras los mismos no sean retirados por la administración de Seguridad Social del Estado de origen. Efecto vinculante que han de respetar los tribunales del Estado de destino. La legislación del país de destino del desplazamiento no puede autorizar a su propia Administración a desvincularse de los A1 emitidos por otro país, ni amparar el aseguramiento de los desplazados a su propia Seguridad Social,

aunque los considere fraudulentos (STJUE 11-7-2018, C-356/16, *Comisión e Irlanda c. Bélgica*). Solamente los tribunales del estado de origen, emisor de los A1, puede invalidarlos o retirarlos si no son correctos (STJUE 6-9-2018, C-527/16, *Alpenrid*). Téngase en cuenta, en todo caso, que la sentencia de un tribunal del Estado de destino que hipotéticamente obligase a asegurar y cotizar a los desplazados de otro país a su sistema nacional no vincularía a la Administración de origen, que podría seguir exigiendo cotizaciones. Lo cual acabaría obligando a la empresa a asumir una doble cotización contraria a la unicidad de la ley aplicable y al principio de seguridad jurídica (CARRASCOSA-CONTRERAS, p. 72-73).

Precisamente este carácter vinculante de los documentos A1 justificaría el incremento de los requisitos y las obligaciones de control de la autoridad nacional que los emite. En España, concretamente, en caso de detectarse que la empresa que efectúa el desplazamiento es una empresa ficticia (empresas sin actividad sustancial en el país de origen o “empresas-buzón”), la TGSS podría llegar incluso a cancelar su inscripción en el sistema de Seguridad Social de nuestro país. De resultar la “empresa buzón” radicada en Portugal -v.gr., creada por parte de una empresa española, para después desplazar ficticiamente trabajadores a España-, la hipotética cancelación de la inscripción en Portugal correspondería, en cambio, a la Seguridad Social portuguesa. Se pasará revisión seguidamente a los principales requisitos que los organismos que expiden los certificados A1 deben comprobar.

2.3.- Los desplazamientos de duración previsible inferior a 24 meses (artículo 12 RC): requisitos para la expedición de los DP A1:

El supuesto que podríamos denominar como ordinario de desplazamiento temporal de trabajadores entre dos Estados miembros de la UE -un país de origen y un único país de destino- se regula en el artículo 12 RC, según el cual:

“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 de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona”.

La dinámica ordinaria de aplicación de este precepto remite, si se atiende a los instrumentos interpretativos anteriormente citados que lo complementan, a cinco requisitos o condiciones esenciales para que el desplazamiento de trabajadores permita la lícita exceptuación del principio de la *“Lex loci laboris”*:

- 1) En primer lugar, se requiere la existencia de una **relación laboral directa** entre el empleador radicado en el Estado miembro de origen y el trabajador desplazado; y además, que dicha relación se mantenga durante todo el periodo de duración del desplazamiento. Dicha relación directa se vería quebrada, en cambio, cuando se produzca un “doble desplazamiento”: esto es, cuando la empresa que recibe a los trabajadores desplazados los ponga a disposición de otra empresa -sea en el mismo o en otro país-.
- 2) En segundo lugar, es exigible la **previa existencia de aseguramiento** (la persona trabajadora “seguirá sujeta...”) en el sistema cuya legislación de Seguridad Social se pretende precisamente mantener. En concreto, se exige que el sometimiento previo de la persona trabajadora desplazada a dicha legislación de Seguridad Social haya comenzado, al menos, un mes antes del desplazamiento. Lo cual no equivale a exigir que lo haya sido como empleada de quien la desplaza (STJUE 25-10-2018, C-451/17, *Walltopia*). Recuérdese que la contratación con fines de desplazamiento transnacional resulta una práctica permisible y lícita, amparada por las Directivas laborales sobre desplazamiento transnacional (RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, 2021, p. 34). Y también que, en relación con trabajadores extracomunitarios, los Estados de destino no pueden exigir permiso

de trabajo, si cuentan con autorización para trabajar en el país de origen (LÓPEZ GANDÍA, 2020, p. 24).

- 3) Se exige, inexcusablemente, desplegar una **actividad empresarial de carácter sustancial** en el estado de origen, por parte de la empresa de desplazamiento, distintas de la “mera gestión interna” o el puro desarrollo de actuaciones únicamente destinadas al funcionamiento interno de la empresa (artículo 14.2 Reglamento 987/2009). El Estado de origen asume, pues, la obligación de garantizar que la empresa que desplaza no es, en realidad, una simple “*empresa-buzón*” (*letterbox office*, en la jerga de los documentos comunitarios), debiendo tener en cuenta, para efectuar la valoración correspondiente, todos los criterios que caracterizan las actividades realizadas por la empresa en cuestión, adecuándose a las características específicas de cada empresa y a la naturaleza real de las actividades que realiza.
- 4) En todo caso, la **duración previsible o efectiva del desplazamiento** no puede exceder de **24 meses**. En caso de superarse dicha duración, la continuidad en la aplicación de la legislación de Seguridad Social del país de origen requerirá de un acuerdo específico entre las administraciones de Seguridad Social involucradas (artículo 16 RC). Tales acuerdos, que tienen una duración máxima de 5 años, sólo pueden realizarse en beneficio de trabajador. El cómputo de los 24 meses de duración máxima, por otra parte, no se interrumpe con motivo de interrupciones de tiempo breves (enfermedad, vacaciones, formación del trabajador, etc.). Finalizado el mismo, es necesario el transcurso de al menos dos meses para que pueda emitirse un nuevo A1 que habilite para un nuevo desplazamiento al mismo Estado.
- 5) Por último, el desplazamiento del trabajador no puede servir para sustituir a otro trabajador desplazado previamente. No cabe el encadenamiento de desplazamientos, incluidas las situaciones en las que se recurra a trabajadores procedentes de distintas empresas para el desempeño del mismo puesto de trabajo (STJUE 6-9-2018, C-527/16, *Alpenrid*).

La evaluación de todos estos elementos, en síntesis, remite fundamentalmente a la esfera del país de origen del desplazamiento, siendo las autoridades públicas de éste a las que corresponde la decisión última sobre la expedición y la propia validez de los Certificados A1. Una vez expedidos, estos se comunican al país de destino a través del *Electronic Exchange of Social Security Information* (EESSI), según lo dispuesto en los artículos 12 RC y 15 del Reglamento 987/2009.

2.4.- La prestación de servicios ejecutada con regularidad o habitualidad en dos o más Estados miembros (artículo 13 RC):

Diferentes de los desplazamientos temporales de trabajadores resultan, en principio, las situaciones reguladas en el artículo 13 RC, que contempla a las personas trabajadoras que trabajan con habitualidad o regularidad en dos o más Estados miembros distintos, ya sea de manera simultánea, o ya sea de forma alternativa. El citado precepto dispone 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”.*

Se articula, pues, una regla de conflicto específica para aquellas situaciones en las que la movilidad del trabajador entre dos o más Estados diferentes no es una circunstancia coyuntural sino estructural o permanente. Por consiguiente, para aplicar estas reglas, se requiere que la persona trabajadora lleve a cabo sus actividades en dos o más Estados miembros de

una manera habitual o regular, sin tener en cuenta actividades profesionales marginales: como tales se propone considerar, por parte de la CACSS, aquellas realizadas durante menos del 5% de la jornada y por un salario que suponga menos del 5% de la remuneración ordinaria (COMISIÓN EUROPEA, 2013, pp. 28-29).

La habitualidad o regularidad en la movilidad del trabajador se puede manifestar, no obstante, de dos maneras diferentes: o bien a través de actividades concurrentes o simultáneas en el tiempo en más de un Estado miembro -las menos problemáticas-; o bien a través de actividades sucesivas en diferentes Estados. Fuera de tal regularidad o habitualidad, el marco aplicable sería, en cambio el de los desplazamientos temporales del artículo 12 RC.

Sucede, no obstante, que el artículo 13 TC se viene utilizando, de manera cada vez más frecuente, como cobertura para supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores. Lo cual permite huir de una buena parte de los estrictos condicionamientos del artículo 12 RC: por ejemplo, no es necesario que la empresa realice actividades sustanciales en origen; ni existe un límite máximo de tiempo, ni tampoco la prohibición de sustituir a los trabajadores desplazados. Por este motivo, el TJUE hace hincapié en la necesidad de considerar, en cada caso, la duración de los periodos de actividad y la naturaleza de la contratación, para determinar si en realidad el artículo 13 RC puede resultar de aplicación. Se ha rechazado su aplicación, por ejemplo, en casos de existencia de contratos de trabajo diferentes para cada desplazamiento, o de desplazamientos de duración prolongada (superior al año cada vez), etc.

En cualquier caso, la institución competente para determinar la ley aplicable en virtud del artículo 13 RC es el Estado miembro de residencia del trabajador, teniendo en consideración tanto las circunstancias personales actuales del trabajador como la situación laboral prevista para los 12 meses siguientes. Para ello, habrá de seguir el procedimiento regulado en el artículo 16 del Reglamento 987/2009: a) determinación provisional de la legislación aplicable e información a los estados implicadas; b) determinación definitiva dos meses después, salvo opinión en contrario de alguna de las

administraciones implicadas, y c) procedimiento específico de diálogo y negociación en caso de desacuerdo (artículo 6 Reglamento 987/2009).

CAPÍTULO II.-

LOS DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES ENTRE PORTUGAL Y ESPAÑA. ¿UNA EXTRAPOLACIÓN SOBRE EL ESCENARIO INTERREGIONAL DE CASTILLA Y LEÓN - REGIÓN CENTRO DE PORTUGAL?

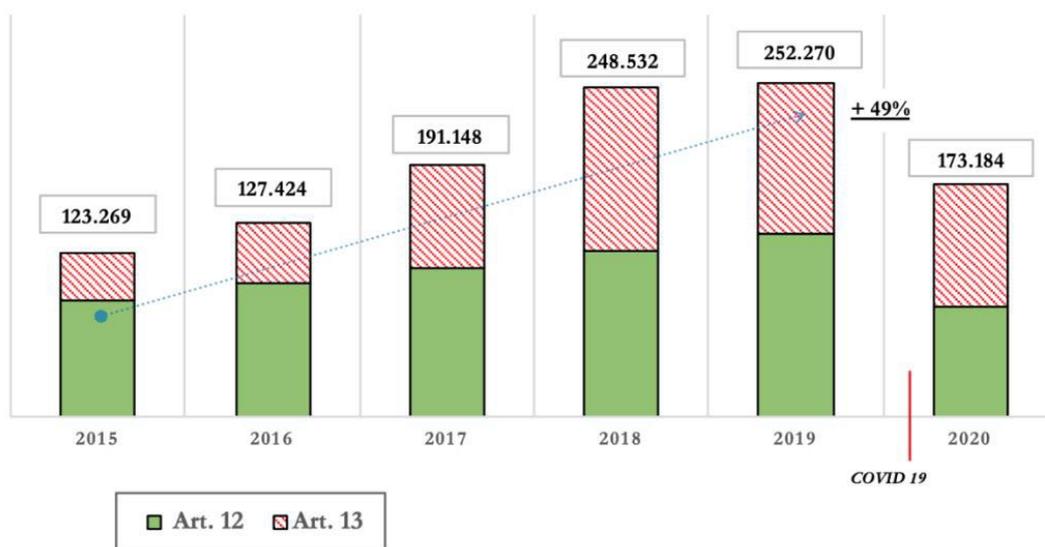
El estudio fenomenológico del desplazamiento transnacional de trabajadores en la UE resulta una materia que presenta un elevado grado de dificultad a la hora de calibrar su impacto (volumen, características, sectores implicados, duración de los desplazamientos, etc.), tanto en general, como más aún en cuanto al escenario particularizado del intercambio entre dos concretos Estados miembros como España y Portugal. Los escasos informes y estudios dedicados hasta el momento a esta tarea suelen manejar, desde la perspectiva del país de origen, la información procedente de los certificados A1 expedidos por la Seguridad Social. Y, desde la perspectiva del país de acogida, los datos procedentes de las comunicaciones presentadas ante las autoridades laborales competentes por razón del territorio en el que se hayan de prestar los servicios: en el caso de España, las pertenecientes a las CC.AA. La dificultad se incrementa, en este segundo plano, por cuanto que en España aún no se ha creado el “registro central” que ha de reunir tales datos para ponerlos a disposición pública (artículo 5.1 y D.A. 6ª Ley 45/1999), previa elaboración de un protocolo de colaboración para el funcionamiento del mismo que garantice su adecuada intercomunicación.

Partiendo de estas carencias, el denominado *Proyecto Europeo Posting.Stat*, de 2022, sobre “*Mejora de la recogida y el análisis de datos nacionales sobre el desplazamiento dentro de la UE*” Proyecto nº VS/2020/0499 resulta, hoy por hoy, una aportación de referencia en la materia, como iniciativa transnacional que ha tratado de efectuar una caracterización general de las dinámicas de desplazamiento intracomunitario de trabajadores, a través de la solicitud de información a las autoridades competentes tanto en materia de expedición de los certificados A1 (DE WISPELAERE - DE SMEDT - PACOLET, 2021), como de recepción de la comunicación de los desplazamientos en cada territorio (en España, *vid.* CARRASCOSA BERMEJO - CONTRERAS HERNÁNDEZ, 2022). Contamos únicamente, empero, con los datos e informaciones correspondientes exclusivamente a la primera edición del citado Proyecto, a la espera de los resultados de su segunda edición (*Posting.Stat 2.0*), que abarcará próximamente el periodo de estudio bianual comprendido entre abril de 2024 y marzo de 2026 (<https://hiva.kuleuven.be/en/research/theme/welfarestate/p/POSTING-STAT20:13/05/2024>).

1. El desplazamiento de trabajadores desde España: panorámica general y eventuales perspectivas de impacto en el desplazamiento desde Castilla y León con destino a Portugal.

Como punto de partida para la caracterización general del fenómeno, conviene en primer término señalar la existencia de una clara y potente tendencia al alza de los desplazamientos transnacionales de trabajadores desde España hacia otros países de la UE desde el año 2015 en adelante, siendo Portugal, de manera continuada, el segundo destino cuantitativamente más relevante de dichos desplazamientos -tras Francia-.

Gráfico nº 1: N° Certificados A1 emitidos en España (2015-2019).
Fuente: Carrascosa-Contreras, p. 32.



La consulta de los datos disponibles, ilustrados en el gráfico, muestra cómo desde el año 2015 hasta la llegada de la pandemia de la Covid-19 el desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde España hacia otros países de la UE venía creciendo linealmente a un ritmo medio anual del 20%, esto es, llegándose más que a duplicar en el periodo 2015-2019, donde el incremento global fue del 104% (de 123.269 a 252.270 desplazamientos con origen España, de los cuáles el 93% serían trabajadores por cuenta ajena, y

sólo el 7% trabajadores por cuenta propia). Si ante la falta total de datos posteriores se asume, como hipótesis de trabajo dotada de un alto grado de probabilidad, la continuidad de esta misma tendencia interanual, recuperándose idéntico ritmo de crecimiento plurianual una vez superada la fase álgida de la pandemia, tendríamos que en el periodo 2021-2025 el volumen total de desplazamientos desde España se habría incrementado igualmente en el 104%, pasando de 252.270 desplazamientos a 514.630 desplazamientos al final de dicho quinquenio (año 2025).

En el ranking de los países receptores de dichos desplazamientos desde España, Portugal ocupa, como se ha apuntado, el segundo lugar, asumiendo un porcentaje del 18% -en 2020, último año del que se disponen datos-, por detrás de Francia 35% y por delante de Alemania 12%. Si se asume, como segunda hipótesis de trabajo, una eventual continuidad de dicho reparto porcentual, a los efectos de realizar un somero cálculo aun meramente aproximativo, se llegaría a la previsión de que, durante el año 2025 serán 92.633 los desplazamientos efectuados desde España a Portugal.

Resulta muy aventurado, a partir de tales estimaciones, determinar qué porcentaje o cifra de tales desplazamientos desde España hacia Portugal tienen como origen concreto empresas y trabajadores radicados en el territorio de Castilla y León. Entre otras cosas, porque concurre una diversidad de factores condicionantes (proximidad geográfica entre las zonas y regiones afectadas; disponibilidad de empresas y trabajadores en determinados sectores; diferencias existentes en los costes laborales y de Seguridad Social, etc.). Prescindiendo de lo anterior, y de nuevo a efectos de la formulación de estimaciones meramente aproximativas, si se toma, como parámetro objetivo de referencia, el porcentaje de participación de la población ocupada de Castilla y León en el conjunto de la correspondiente al ámbito nacional, dicho porcentaje sería el 4,71% (1.001.654 ocupados en Castilla y León, frente a 21.249.996 en el conjunto de España, según los últimos datos EPA disponibles: abril de 2024). Pues bien, aplicando dicho reparto porcentual al total de trabajadores desplazados desde España, la conclusión -se insiste, puramente estimativa o aproximativa- sería que, **desde el territorio de Castilla y León cabría contemplar, de manera estimativa, un desplazamiento temporal de trabajadores hacia Portugal de en torno a 4.363 trabajadores durante el año 2025** (el 4,71% de 92.633 trabajadores desplazados desde el conjunto de España a Portugal). Si bien

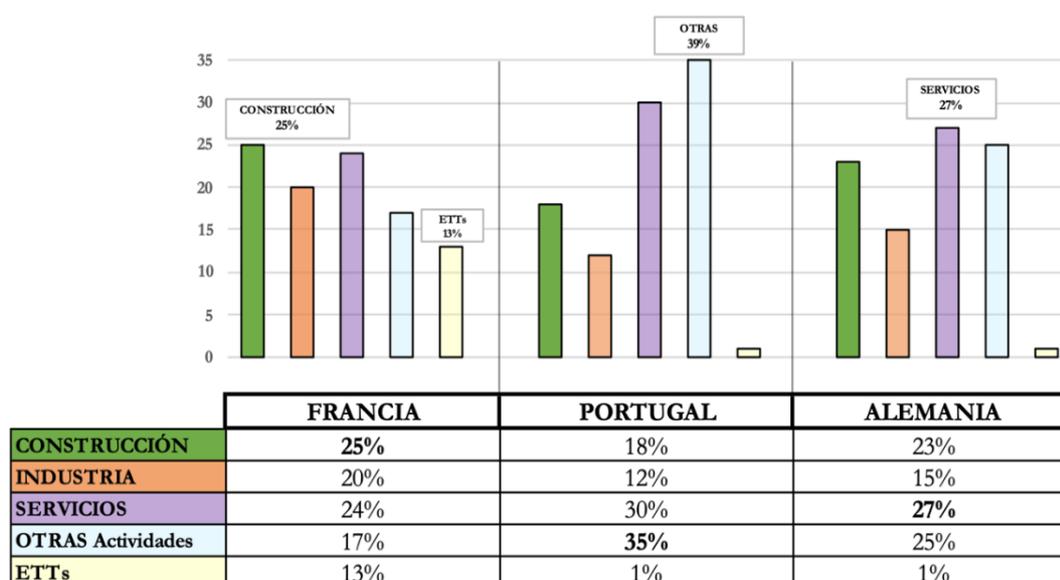
dicha cifra estimativa se referiría al desplazamiento de trabajadores castellano-leoneses hacia el conjunto del país vecino, resulta factible pensar que un porcentaje muy importante, al menos altamente significativo de dichos trabajadores, recaiga precisamente en la región Centro de Portugal, por razones de proximidad geográfica. Ante la imposibilidad de poderse efectuar una investigación con base documental a este respecto, sería preciso efectuar algún tipo de trabajo de campo (entrevistas, cuestionarios, encuestas, etc.) para confirmar o no dicho extremo, y en su caso, en qué medida.

En otro orden de cosas, los datos disponibles (*vid. infra*, Gráfico número 1) también exhiben una tendencia general muy destacable, como es la del crecimiento exponencial de los Certificados A1 expedidos sobre la base del artículo 13 RC. Si en el quinquenio de referencia (2015-2019) el número de DP A1 aumento de manera muy moderada (en torno al 15%), en cambio el número de certificados A1 expedidos a partir del artículo 13 RC (desplazamiento para trabajar regularmente en varios países) se incrementó de manera significativamente mayor (en torno al 320% en idéntico periodo). Lo cual tiene que ver con la indudable mayor flexibilidad que el marco normativo del artículo 13 RC dispensa a los empleadores: a) la duración del desplazamiento no está limitada a un periodo concreto, más allá de prorrogarlo sucesivamente por periodos de 12 meses, según la práctica española; b) no hay límites a la sustitución de trabajadores desplazados; c) no se limitan los posibles destinos; d) no se exige expresamente que el empresario realice normalmente actividades sustanciales, distintas de la mera gestión interna en el territorio del Estado miembro del establecimiento. Ventajas que se unen a la aparente facilidad para obtener los certificados A1 por esta vía, al no exigirse, en principio, la obligación de señalar a priori cuáles son los diversos Estados en los que el trabajador desplazado prestará sus actividades. Debido a este cúmulo de circunstancias, en un número indeterminado de supuestos, podría indicarse que el destino serían todos los países de la UE y el AELC, y finalmente desplazar al trabajador exclusivamente desde España a Portugal.

El análisis histórico de los sectores de actividad afectados por el desplazamiento de trabajadores desde España a Portugal arroja un balance hasta cierto punto similar al de los otros dos países de destino más frecuentes (Francia y Alemania, situados, respectivamente, en la primera y tercera

posición como países receptores). Sin que pueda hablarse, en ninguno de los tres casos, de que exista un predominio absoluto de un solo sector, sí que cabe apuntar a la **construcción**, la **industria** y los **servicios** como los **sectores más intensivos en efectuar desplazamientos transnacionales desde España**. Así como también a la práctica marginalidad de otros, tales como la agricultura o la pesca (menos del 1%, por ejemplo, en el año 2019, según los datos del proyecto *Posting.stat*, obtenidos a partir de la información obtenida de la Seguridad Social española).

Gráfico nº 2: Distribución de los desplazamientos desde España a los principales países de destino, por sectores de actividad, año 2019. Fuente: Carrascosa-Contreras, p. 37.



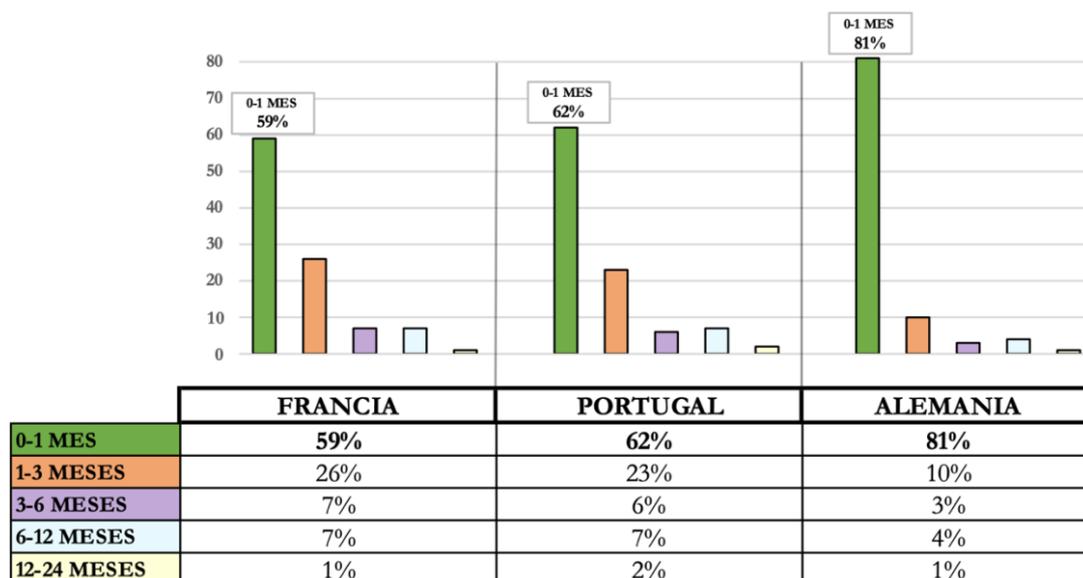
Dicho lo cual, hay que señalar que, pese a que los datos disponibles exhiben una estructura relativamente equilibrada en lo que se refiere a la distribución sectorial de los desplazamientos efectuados desde España hacia los tres principales países receptores, lo cierto es que, en el caso de Portugal, cabe apreciar también un **peso relativo menor de los sectores de la construcción y la industria, en favor del mayor volumen, en términos comparativos, de los servicios (30%) y del capítulo genérico de otras actividades (35%)**. Y al mismo tiempo, también una **dimensión prácticamente insignificante de los desplazamientos efectuados por empresas de trabajo temporal (ETT)** desde España hacia Portugal. Un

dato que cabe relacionar con el escaso peso del sector agrícola, si se tiene en cuenta, por ejemplo, el contraste con los desplazamientos con destino a Francia.

En términos generales, así las cosas, debe señalarse que la movilidad de trabajadores desde España hacia Portugal, dejando a salvo el sector de la construcción, no se produce en ninguno de los ámbitos de actividad considerados por los estudios comunitarios recientes como más problemáticos en cuanto a la observancia de los derechos de los trabajadores, tales como las tareas de cuidados personales a domicilio, procesamiento de carne, agricultura-horticultura y trabajo en hoteles-turismo catering (ANDRIESCU et Alter, 2023, p. 5).

Finalmente señalar que, en cuanto a la duración de los desplazamientos, en España la tónica dominante viene siendo la del claro predominio de los desplazamientos de corta duración. Una parte claramente mayoritaria de los desplazamientos de trabajadores efectuados desde España se refieren a desplazamientos inferiores a 1 mes de duración. Así viene sucediendo también en el caso de trabajadores desplazados a Portugal, según los datos de *Posting.Stat*: en 2019, los desplazamientos de duración inferior a 1 mes fueron hasta el 62% de los que se realizaron hacia Portugal, siendo el 23% de duración entre 1 y 3 meses. Sólo un 15% de los desplazamientos tuvieron una duración superior a 3 meses de duración e inferior al plazo máximo de los 24 meses.

Gráfico nº 3: Principales países receptores de los desplazamientos desde España y duración de los mismos, años 2019. Fuente: Carrascosa-Contreras, p. 39.



2. El desplazamiento de trabajadores desde Portugal: panorámica general y eventuales perspectivas de impacto en el ámbito de Castilla y León.

La labor de indagación sobre el desplazamiento de trabajadores desde otros países europeos con destino a España se ha venido basando tanto en los certificados A1 expedidos por otros países como, de manera fundamental, en la recogida de datos de las instituciones laborales competentes. Concretamente, en las notificaciones previas realizadas por parte de los empresarios que desplazan a sus trabajadores, dirigidas a las autoridades laborales de las distintas CC.AA. españolas. Como se indicó más atrás, el artículo 5.1 de la Ley 45/1999 establece el deber de notificar los desplazamientos, a través de una comunicación -cuyos contenidos vienen precisados normativamente (artículo 5.2 Ley 45/1999)- con anterioridad al inicio de la actividad. Si bien, con la excepción de aquellos desplazamientos de duración inferior a 8 días -salvo que la empresa que efectúe el desplazamiento sea una ETT- en que la Ley exime de dicha obligación de notificación del desplazamiento. Dicha excepción puede causar una relativa

subestimación de los desplazamientos realizados hacia España, que frecuentemente son de pocos días de duración (alrededor de 5 días). Además de impedir una visión completa de la dimensión real de los desplazamientos de trabajadores hacia España, dicha opción normativa, junto a la falta de notificación, en otros casos, por inobservancia del aludido deber legal, dificulta la labor de calibrar las dimensiones reales del fenómeno de los desplazamientos hacia España, así como, desde luego, el control de los mismos por parte de la Inspección de Trabajo. En sentido contrario, también hay que decir que cabe la posibilidad de que se realicen notificaciones del desplazamiento de un trabajador a distintas CC.AA. españolas, si éste es cambiado de destino durante el desplazamiento dentro de nuestro país.

Como se apuntó con anterioridad, pese a que desde 2017 debería existir un protocolo de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y las CC.AA. para el establecimiento de un registro centralizado de las notificaciones (artículo 5.1 y D.A. 6ª Ley 45/1999), dicho mandato legal sigue hasta la fecha incumplido. Desde el Proyecto *Posting.Stat* se ha tratado de suplir dichas carencias, efectuando solicitudes de información a las CC.AA. Sucede, no obstante que cuatro de ellas no tuvieron a bien aportar la información solicitada: Canarias, Murcia Andalucía y, lamentablemente, también Castilla y León.

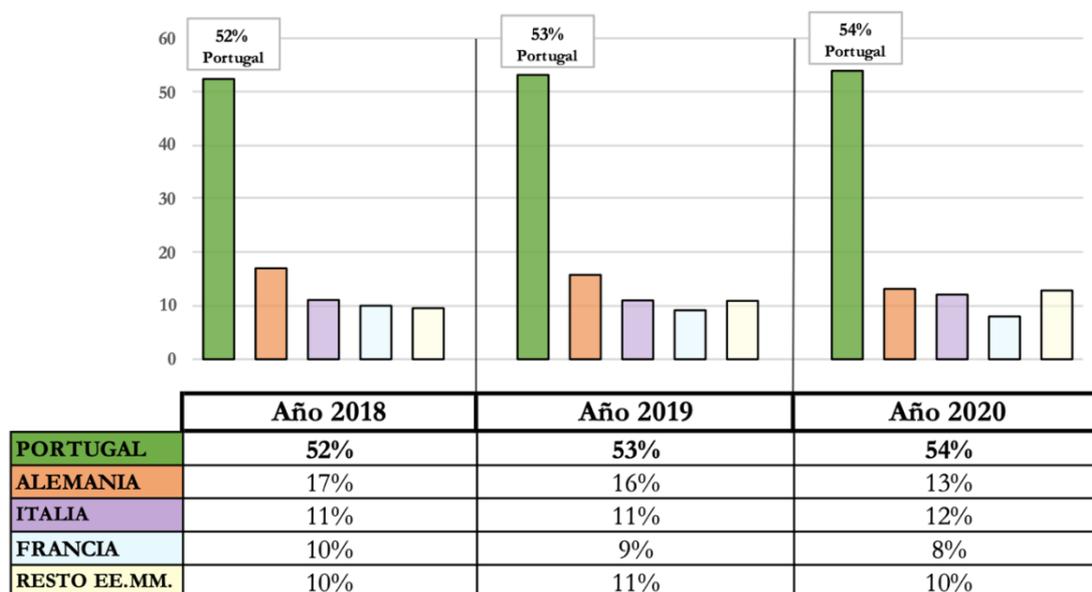
Con todas estas reservas, cabe no obstante esbozar algunos trazos de carácter general sobre las características y el impacto del desplazamiento de trabajadores con destino a España, y concretamente cuando el mismo tiene su origen en Portugal. España ocupa el octavo lugar en el ámbito de la UE/AELC como país receptor de trabajadores desplazados, alcanzando en 2019 -año inmediatamente anterior a la pandemia Covid-19-un número de 169.913 certificados A1 expedidos. Si se someten a contraste los datos de tales certificados, con las notificaciones recibidas por las CC.AA., parecen observarse diferencias significativas, al resultar éstos notablemente inferiores: de hecho, entre los años 2018 y 2020 (esto es, en un periodo trianual) se notificó a las CC.AA. españolas un total de 112.845 desplazamientos, que representaron a un número total de 54.990 personas, porque muchos de los trabajadores desplazados a territorio español son enviados varias veces al año.

Pese a que no se incluyen en estas cifras, a diferencia de los certificados A1, los desplazamientos de trabajadores autónomos -al estar

excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva-, lo cierto es que las diferencias de estimación entre una y otra fuente de información resultan muy relevantes. Diferencias atribuibles, en esencia, a la suma de tres factores anteriormente apuntados: el alto grado de incumplimiento empresarial de la obligación de comunicar los desplazamientos; la falta de obligación de comunicar en España los desplazamientos inferiores a 8 días; y por otro lado, la falta de remisión de información procedente de 4 CC.AA. (Canarias, Murcia, Andalucía y Castilla y León), cuyo impacto total quizá oscile entre un 10%-15% adicional, siendo además dos de ellas -Andalucía y Castilla y León- limítrofes con Portugal.

Importa precisamente subrayar el hecho de que **Portugal constituye de manera sistemática, año tras año, el principal país emisor de desplazamientos de trabajadores hacia España**, a gran distancia en relación con el resto de los principales países europeos de origen de los desplazamientos hacia nuestro país. Así, por ejemplo, en el periodo trianual inmediatamente anterior a la pandemia (años 2018-2020) los desplazamientos de trabajadores desde Portugal hacia España siempre supusieron más de la mitad del total de los recibidos en nuestro país (52%, 53% y 54%, respectivamente), pudiéndose percibir además, a diferencia de los desplazamientos desde el resto de países más relevantes en este terreno, un moderado crecimiento sostenido en el tiempo.

Gráfico nº 4: Desplazamientos de trabajadores a España por país de origen (Porcentaje del total). Años 2018-2020. Fuente: Carrascosa-Contreras, p. 50.



Al no disponer de datos procedentes de las notificaciones de desplazamientos a las autoridades laborales de Castilla y León, no resulta posible aportar los datos y porcentajes correspondientes a los desplazamientos de trabajadores desde Portugal a nuestra Comunidad Autónoma. Sí disponemos, en cambio, de datos de otras CC.AA. vecinas igualmente limítrofes con Portugal (Galicia y Extremadura), que podrían ofrecer cierta utilidad a los efectos de efectuar algún tipo de estimación aproximativa. Así las cosas, en Galicia, en el citado trienio 2018-2020 tomado como referencia, el número total de desplazamientos comunicados fue de 15.735 (un 14%); mientras que en Extremadura la cifra fue más modesta: 3.070 desplazamientos comunicados (un 3%). Cabe, desde luego, pensar que en ambas CC.AA. el porcentaje correspondiente a los desplazamientos procedentes de Portugal resulta mayoritario, y a buen seguro superior al que se detecta en el conjunto del ámbito nacional, acercándose, según una hipótesis de trabajo que podría resultar verosímil, quizá al 70%-75% en ambos casos. Pues bien, en la estela de esta línea de estimación, podría quizá pensarse que en Castilla y León, donde el grado de integración económica con Portugal resulta notablemente inferior al existente en Galicia, las cifras de recepción de trabajadores desplazados desde Portugal podría más cercana a la situación apreciable en Extremadura. Asumiendo, a partir de una relativa mayor analogía económico-social, dicha

referencia, **cabría quizá estimar que en el territorio de Castilla y León se estarían quizá recibiendo entre 2.000 y 3.000 desplazamientos anuales de trabajadores desde Portugal**, correspondiendo quizá el predominio, desde el punto de vista de su origen regional, a los trabajadores desplazados precisamente desde la región fronteriza de Centro de Portugal, por razones obvias de cercanía geográfica y mayor grado de integración económico-social. Todo ello, sin descartar que en los últimos años, correspondientes al periodo postpandémico, pueda haberse intensificado el ritmo de crecimiento de los desplazamientos desde Portugal a Castilla y León en un ritmo superior a lo sucedido en el ámbito global de la realidad española, tal y como parecería detectarse a partir de la propia observación de la realidad socioeconómica en nuestro ámbito regional.

Desde el punto de vista de la distribución de los desplazamientos por sectores de actividad, con carácter general, las notificaciones de desplazamientos de trabajadores a España se vienen centrando, según los datos del periodo 2018-2020, en los sectores de la **construcción (49%)** y la **industria (23%)**, como sectores preponderantes, seguidos a cierta distancia por el sector **servicios** (entre el 15% y el 18%) y el **sector agrícola** (algo menos del 12%). Pero si se focaliza el análisis en las CC.AA., se observa, por ejemplo, que un buen número de CC.AA., como sucede por ejemplo en Extremadura -no así en Galicia-, las actividades predominantes de la construcción y la industria suponen entre el 75% y el 80% de todos los desplazamientos notificados. Si el referente extremeño sirve también en este terreno para efectuar algún tipo de analogía, **habría que pensar que quizá el predominio de ambos ámbitos sectoriales (construcción e industria) pudiera quizá igualmente estarse produciendo en el panorama de Castilla y León**, incluso con cifras superiores a las estatales.

Desde una perspectiva histórica, el sector de la construcción, de hecho, ha sido el verdadero protagonista hegemónico en cuanto al desplazamiento de trabajadores desde Portugal: por poner un ejemplo, en el año 2015, más de la mitad de los trabajadores portugueses desplazados temporalmente hacia otros países europeos lo fue para trabajar en la construcción (54,3%), seguido a gran distancia de la industria (22,4%) (ABRUNHOSA E SOUSA, 2020, pp. 200-201).

En esta misma línea, en el caso de los trabajadores portugueses desplazados a España, cabe constatar cómo en todos los casos de CC.AA. en

las que la mayoría de los desplazamientos comunicados tuvieron su origen en Portugal (Asturias, Cantabria, Galicia, Castilla-La Mancha, Extremadura, Madrid, País Vasco, La Rioja, Comunidad Valenciana y Navarra), se aprecia precisamente la circunstancia de que los sectores de actividad preponderantes fueron la construcción (edificación e infraestructuras) y la industria (metalurgia, instalación de maquinaria, montaje industrial y soldadura). Por consiguiente, parece existir una clara correlación entre los desplazamientos desde Portugal y su incidencia en dichos dos sectores productivos en todo el ámbito español, a diferencia de lo sucedido en otros ámbitos regionales, con trabajadores de otros orígenes desplazados para trabajar en otros ámbitos de actividad económica (v. gr., trabajadores desplazados o migrantes desde Rumanía a Aragón o Andalucía para actividades en el sector agrícola).

Dejando de lado el sector de la construcción al igual que se apuntó en relación con los desplazamientos desde España a Portugal, en sentido inverso (Portugal hacia España), la movilidad transnacional tampoco viene presentando un particular ámbito de incidencia en ninguno de los ámbitos de actividad considerados por los estudios comunitarios recientes como más problemáticos en cuanto a la observancia de los derechos de los trabajadores, tales como las tareas de cuidados personales a domicilio, procesamiento de carne, agricultura-horticultura y trabajo en hoteles-turismo catering (ANDRIESCU et Alter, 2023, p. 5).

No obstante, la cuestión del claro predominio sectorial de dos grandes tipos de actividades (construcción e industria) en los desplazamientos desde Portugal debe matizarse efectuando dos consideraciones: la primera es que las actividades de construcción realizadas por trabajadores desplazados, en ocasiones son contratadas por empresas locales españolas (clientes finales, intermediarias o contratistas) cuya actividad principal o cuyo objeto social no es la construcción, pero que contratan a la empresa extranjera (v. gr., portuguesa) para construir sus instalaciones o para colaborar en otras actividades relacionadas con la cadena de producción. Por consiguiente, los desplazamientos estarían relacionados con el sector de la construcción, pero las empresas clientes españolas en ocasiones no pertenecen a dicho sector. En segundo lugar, señalar que los desplazamientos relativos a determinadas actividades de prestación de servicios (v. gr., trabajos de primera instalación y/o mantenimiento de maquinaria), en las CC.AA. se encuadran, sin un

criterio claramente definido, en ámbitos de adscripción sectorial diferentes (construcción, industria o servicios). Dos matizaciones que inciden, ciertamente, en la importancia de distinguir entre la actividad de los clientes locales y la actividad desarrollada por los trabajadores desplazados, que no siempre resulta coincidente.

Desde el punto de vista de la modalidad de desplazamiento de trabajadores hacia las distintas CC.AA. españolas, debe señalarse que los vinculados a contratos de servicios y los desplazamientos intragrupo representan un porcentaje altamente mayoritario en el volumen total: entre el 90% y el 95%. Lo cual significa que la tercera modalidad, la del desplazamiento a través de ETTs, supone un porcentaje muy poco significativo en los desplazamientos de trabajadores hacia el territorio español en general, y desde Portugal en particular.

Finalmente, **en cuanto a la duración** de los desplazamientos notificados a las diferentes CC.AA., hay que señalar que también en este apartado se aprecian tónicas generales bastante coincidentes en todos los casos, las cuales, por consiguiente, serían seguramente extrapolables, pese a la ausencia concreta de datos, a la realidad de Castilla y León. Así las cosas, la información facilitada por las diversas autoridades autonómicas competentes viene señalando que **la duración media de los desplazamientos de trabajadores, en las distintas CC.AA. de manera coincidente, no suele superar los seis meses, siendo la mayoría de los desplazamientos de una duración de entre dos y cuatro meses, dato que, por consiguiente, sería extrapolable a la realidad de Castilla y León.** Con matices de carácter sectorial: en los desplazamientos vinculados al sector industrial, (instalación y mantenimiento de maquinaria) la duración suele ser más bien de corta duración (inferior a 15 días, en muchos casos).

Recuérdese que cuando los desplazamientos son de duración inferior a 8 días no resulta obligatoria su notificación a las CC.AA. españolas. Lo cual no sólo repercute en el conocimiento del volumen total de los desplazamientos, sino también en el conocimiento de la duración media real del conjunto de los desplazamientos. Por otra parte, téngase presente que los trabajadores desplazados suelen realizar más de un desplazamiento al año hacia el mismo país (entre dos y tres veces al año), siendo, como se ha apuntado, la duración media de cada desplazamiento de entre dos y cuatro meses.

Gráfico nº 5: Duración media de los desplazamientos notificados a las CC.AA. españolas Año 2020. Fuente: Carrascosa-Contreras, p. 56.

DURACIÓN DEL DESPLAZAMIENTO	% DE PARTICIPACIÓN SOBRE EL TOTAL
Entre 9 días y 1 mes	15 %
Entre 1 mes y 3 meses	36 %
Entre 3 meses y 6 meses	32 %
Entre 6 meses y 12 meses	12%
Desplazamientos superiores a 12 meses	5 %

CAPÍTULO III.-

ASPECTOS CRÍTICOS DE LOS DESPLAZAMIENTOS TRANSFRONTERIZOS EN LA UE. EL CASO PARTICULAR ENTRE PORTUGAL Y ESPAÑA.

1. Derecho Social Europeo y desarrollo de la libertad de circulación de personas (trabajadores) dentro de la libre prestación de servicios. El camino hacia un sistema armónico.

Este tercer capítulo del Documento Técnico incidirá más en la aplicación efectiva de la normativa y en el análisis de los problemas que actualmente concurren en el mercado de trabajo transnacional, con especial referencia a la simbiosis ibérica. Pero antes de entrar en detalle procede hacer un pequeño resumen orientado del panorama en la Unión Europea y en España.

El Título IV del TFUE se refiere a la libre circulación de personas, servicios y capitales. En el artículo 57 se define como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Pero el mismo precepto sigue diciendo que sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales. Por ello, se considera que el desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de una prestación de servicios es manifestación combinada de dos libertades, la de prestación de servicios y la de circulación de personas.

La libertad de trabajadores asalariados es una de las figuras clásicas del proceso de integración de la Unión Europea. A su vez, dentro de la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena, se encuentran los desplazados en el marco de una prestación temporal de servicios, que dispone de un régimen jurídico especial ubicado en una norma *ad hoc*, la Directiva 96 y su sostén, la Directiva de Ejecución o *Enforcement* de 2014, que trata de garantizar su cumplimiento. La libre circulación de asalariados, tal y como se ha afirmado, no constituye un derecho que se haya ejercido masivamente,

estimando la Comisión que nos encontramos con una movilidad baja. De hecho, la UE suele recibir el doble de trabajadores de terceros Estados comparados con los trabajadores de otros Estados miembros (CARRERA HERNÁNDEZ, 2013, p. 391).

La efectividad de la libre prestación de servicios mercantil vino a confirmarse por la STJUE 27-3-1990 (Asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*), que declaró que los artículos del Tratado referidos a la libre prestación de servicios se oponen a que un Estado miembro prohíba a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro desplazarse libremente por su territorio con todo su personal, aun tratándose de ciudadanos de terceros países. Tal y como se ha afirmado autorizadamente, mientras que esta sentencia fue una buena noticia para las empresas subcontratistas, se agitó el fantasma de la competencia desleal. Así, la publicación de la Directiva 96 fue vista por los sindicatos, especialmente los del norte, como una manera de proteger los derechos de los trabajadores (BARNARD, 2022, pp. 423-424).

Esa inquietud siguió generándose con el ingreso en la UE de países con menor renta. De tal manera que los sindicatos de los países occidentales argumentaron, sobre todo después de la ampliación de la UE en 2004, que la normativa de desplazamiento genera “*dumping social*”. Por ello uno de los objetivos era definir bien los auténticos establecimientos (“*genuine establishments*”) y los auténticos desplazamientos (“*genuine posting*”) para combatir los abusos. (DE WITTE, 2021, pp. 140-143).

En esa doble naturaleza, sobre los derechos sociales va a primar la originaria libertad de creación de un mercado, que además de ser más eficiente, contribuye decisivamente a la integración europea (BARNARD, 2022, p. 4). La STJUE 18-12-2007, C-341/05, Asunto *Laval*, mostró que la Directiva 96 era primigeniamente una medida para facilitar la libertad de prestación de servicios y no tanto para facilitar la consecución de los objetivos de políticas sociales de la UE. La normativa comunitaria se basa en la libre prestación de servicios, antes que en libertad de movimiento de personas como “libertad social” (DE WITTE, 2021, p. 134).

La intervención en materia de desplazamientos intracomunitarios se puede analizar desde una doble perspectiva: por un lado, teniendo en consideración los trabajadores que se desplazan a España y por otro, contemplando a los que se desplazan desde España. A su vez se puede abrir otra ventana en ambos casos, si se analizan también las consecuencias colaterales en materia de competencia para los trabajadores y empresas establecidas en el Estado de prestación de servicios.

La cuestión central para el Derecho del Trabajo puede ser la **dificultad práctica para la defensa de los derechos que las legislaciones les reconocen a los expatriados**, que hacen posible la implantación de la empresa fuera del territorio nacional (GOÑI SEIN, 2017, p. 11). A diferencia de los que únicamente trabajan y viven en el mismo Estado, donde pueden tener fácil acceso a organismos públicos, sindicatos, asesores, ONGs, etc, los desplazados temporales, se encuentran al albur de la voluntad cumplidora de la empleadora, con escasos mecanismos de defensa en caso de vulneración de sus derechos. La Directiva *Enforcement* 2014 es consciente de este problema (Considerandos 16 y 34), que además de a las instituciones, le da importancia a la colaboración de los interlocutores sociales, y alude a los mecanismos eficaces de reclamación junto a la posibilidad de apoyo en el inicio de acciones de los sindicatos, y lo regula en su artículo 11, de defensa de los derechos, facilitación de denuncias y pago de atrasos.

Pero la realidad siempre es más complicada. Tal es así que la evolución de la normativa comunitaria empuja hacia un mayor reconocimiento de derechos sociales y la evitación de abusos, tal y como se desprende de las dos últimas Directivas (2018/957 y 2020/1057): en el caso de la primera, de modificación de la Directiva 96, ha venido a tratar de buscar un equilibrio entre la necesidad de fomentar la libre prestación y la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores desplazados; y en el caso de la segunda, norma específica del sector del transportes por carretera, procurar que sea seguro, eficiente y socialmente responsable.

Las consecuencias prácticas son muy diferentes, en todo caso, según si se envían o se reciben trabajadores.

1) Desplazados desde España: respecto a los que se desplazan desde España, surge la **dificultad para ellos de conocer cuáles son las condiciones laborales a las que tienen derecho**, más allá de las que le presente la empleadora que, aunque puedan ser más beneficiosas, compensando de alguna manera el desplazamiento, pueden no alcanzar a las exigibles legalmente. Por ejemplo, es frecuente que las mismas cantidades se presenten como salarios en el país de destino y como dietas excluidas de la base de cotización en el de origen.

Según la D.A. 1ª de la Ley 45/1999, a los desplazados desde España, las empresas españolas deberán garantizar las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de las Directivas 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.

Otro supuesto mucho más complicado para la defensa efectiva de sus derechos se produce **en el caso de empresas “buzón” españolas**, que también se analizará posteriormente en el punto 2 de este mismo apartado. **Apenas hay instrumentos legales en nuestro derecho interno que contemplen la respuesta a este nocivo fraude**. Solamente desde el 2 de marzo de 2022 existe un tipo infractor, cuando el RD-Ley 3/2022 añadió el apartado 1) al art.23.1 de la LISOS como infracción muy grave en materia de Seguridad Social. No obstante, la propia Directiva 2014, en su considerando 42, lanza un mensaje a las autoridades competentes para que no concluyan el procedimiento por razones de forma, sino que deben continuar investigando para identificar al responsable del fraude. Pero una vez identificado, la imposición de responsabilidades, y sobre todo la protección y reparación de los perjuicios de los trabajadores, van a depender en gran medida de la inescrutable coordinación administrativa entre autoridades competentes, tanto en el caso de los demás Estados implicados, como en el de los diferentes organismos intervinientes de un propio Estado.

2) Desplazados a España: En cuanto a los que se desplazan a España, aunque la Ley 45/1999, en su artículo 3.1.h), contempla como derechos a

garantizar la libre sindicación y derechos de huelga y reunión, todavía surgen mayores problemas que con la defensa de los establecidos en España, dado que la temporalidad y la condición de no nacionales limitan su aplicación práctica, haciendo complicado la interposición de denuncias o demandas, excepto que sean por hechos derivados de un accidente de trabajo mortal o muy grave, donde caben muchas posibilidades de que la actuación sea de oficio y se le facilite también la personación a la víctima o sus causahabientes. Hay que recordar que el artículo 4 ET contempla los tres derechos citados, pero también los de negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo e información, consulta y participación en la empresa como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa. En cualquiera de los casos, la implementación práctica de estos derechos va a ser excepcional.

La tónica general es que van a ser los **poderes públicos** los que **intervengan de oficio vigilando el cumplimiento de la normativa** y que ni los propios trabajadores, ni la intervención sindical tengan protagonismo en la defensa de sus propios derechos en la mayoría de los desplazamientos, que son realizados por empresas y ETTs. Cuestión aparte sería el análisis de la incidencia sobre las empresas de dimensión comunitaria conforme a la definición que efectúa la Ley 10/1997 y la Directiva 2009/38, sobre la que ya existe una propuesta de reforma publicada el 24-1-2024. A la cuestión de cuáles son los motivos para la **carencia de defensa endógena de los derechos de los trabajadores desplazados** se puede responder aludiendo al propio origen de la normativa. El origen de las Directivas en los artículos del TFUE sobre libertad de circulación es distinto del resto de las Directivas exclusivamente “sociales” que desarrollan la “Política Social” que dimana del título X del TFUE. Aunque no se pueden disociar las diversas normas que forman parte de un ordenamiento jurídico, desde una concepción integrativa y coherente del mismo, se suele percibir el sesgo etiológico y la mayor influencia de lo social en ellas.

Sin embargo, no hay que olvidar que la doble finalidad de la normativa de euromovilidad, social y económica, es la de fomentar las prestaciones transnacionales de servicios asegurando un marco de competencia leal entre empresas que garantice el respeto de las condiciones laborales de los

desplazados. El equilibrio entre ambas se tiene que lograr prohibiendo las restricciones a la libre prestación de servicios, tal y como obliga el art 56 del TFUE. Coincide con que **las actuaciones de control por la ITSS rara vez tienen origen en una denuncia de trabajadores desplazados**. La mayor parte proceden de comunicaciones de desplazamiento (de hecho, hay una campaña específica en el OEITSS con origen mayoritario en dichas comunicaciones) y alguna vez se actúa por conocimiento de accidentes de trabajo o a iniciativa del actuante al encontrarse trabajadores desplazados en cualquier visita a centro de trabajo. Los márgenes de beneficios empresariales por la generalizada infracotización y/o tributación permiten normalmente a las empresas de Estados miembros con salarios inferiores, ofrecer a los trabajadores desplazados mejorar las condiciones retributivas (hay un beneficio mutuo de las dos partes, “win-win”) con lo que raramente deriva en consultas y peticiones en sindicatos, denuncias ante la ITSS, o demandas en los tribunales locales.

En cuanto a la afectación a los trabajadores del Estado de prestación, tratándose de España, serían los de las empresas españolas y los trabajadores residentes en nuestro país, que pueden ser perjudicados por competencia desleal. La percepción puede variar dependiendo de la evolución económica. En una coyuntura favorable, con alta demanda de trabajadores no se vería internamente como un fenómeno perjudicial, a no ser que implicara una bajada de salarios o una falta de aumento de las retribuciones. Al contrario, en época de crisis con altas tasas de desempleo, si podría considerarse un “*dumping social*” pernicioso especialmente en casos de actuaciones empresariales fraudulentas. Evidentemente habría que realizar un análisis global, ponderando la situación del Estado como exportador o importador de mano de obra.

De la jurisprudencia europea se puede deducir qué países son claramente más proclives a un mayor control y exigencia de las condiciones de trabajo, los que son claramente importadores de desplazados, entre los que se encuentran Alemania, Países Bajos, Bélgica, Austria y cuales son partidarios de primar los desplazamientos sin restricciones, como Hungría, Polonia, Estonia, Lituania. Tensión que se plasma en el dictamen del abogado general de la STJUE 8-12-2020, C-620/18, *Hungría c. Parlamento*

Europeo, donde se trata por el demandante de cuestionar el refuerzo del núcleo duro de las condiciones de trabajo realizado por la Directiva 2018. Ya se han analizado en el capítulo II algunos datos que pueden aportar luz sobre la situación que pueden ocupar España y Portugal, tanto en el conjunto de la UE como entre sí.

2. Control, inspección e infracciones y sanciones: la (in)eficacia del sistema.

La eficacia de la normativa del orden social depende no solamente de la cultura y civismo de los destinatarios de las obligaciones, esto es, de lo que se conoce como responsabilidad social y cumplimiento voluntario, sino también, y en una medida aún mayor, de un cuerpo institucional que garantice su cumplimiento, que suele articularse con órganos administrativos de control, en particular las inspecciones de trabajo, y un aparato jurisdiccional que garantice la tutela judicial efectiva, con jueces y tribunales especializados en el orden social. La complejidad de articular sistemas de control en ordenamientos jurídicos diferentes ha conllevado que las sucesivas Directivas comunitarias proyecten a los Estados miembros unas obligaciones de adaptación de sus sistemas sancionatorios a las nuevas realidades y fraudes que han ido surgiendo desde el incremento de los desplazamientos intracomunitarios y la publicación de la originaria Directiva 96.

Para poder entenderlo mejor se hace imprescindible distinguir los dos niveles legislativos, el de la UE y el interno de los Estados del territorio de desplazamiento, para a continuación entrar en el análisis del nivel político institucional de control, cooperación y coordinación comunitario y nacional, española, en materia de ejecución de dicha legislación.

2.1- *Ámbito legislativo: en la Unión Europea (de la eliminación de trabas a la perspectiva social) y en España.*

A) Ámbito Legislativo de la UE:

En el ámbito legislativo de la UE, la propia evolución normativa comunitaria muestra una evidente preocupación en la evitación de conductas fraudulentas que atenten gravemente contra los principios del desplazamiento intracomunitario de trabajadores. Sin duda la publicación de la Directiva 96 supuso un paso trascendental en la regulación del desplazamiento intracomunitario, pero su finalidad fundamental era evitar los obstáculos que los Estados miembros pudieran utilizar para imposibilitar una aplicación real de la libre prestación de servicios.

No es una norma armonizadora de legislaciones nacionales sino de coordinación de las normativas laborales que se aplicaban a los trabajadores desplazados, y en materia de control dedicaba dos artículos, el 4 y el 5, que apenas esbozaban principios. Estos artículos fueron reformados por la Directiva 2018. El original artículo 4 se refería a la cooperación en materia informativa, con una llamada a la asistencia administrativa recíproca entre Estados miembros, que se plasma en el actual sistema IMI (Información Mercado Interior). Por su parte, el artículo 5, con el genérico título de “medidas”, se remitía escuetamente a los Estados para que adopten “medidas oportunas en caso de incumplimiento” y para que velen por que los trabajadores o sus representantes dispongan de procedimientos adecuados para que se cumplan las obligaciones.

Es la Directiva 2014, precisamente llamada de “garantía de cumplimiento” la que ha dedicado en profundidad su articulado al control, ya que es una directiva de aplicación, “*enforcement*” de la Directiva 96 y la complementa sobre aspectos de control y vigilancia. Así, a lo largo del preámbulo se preocupa de enumerar numerosas necesidades en materia de inspección (Considerandos 27 a 33, 42 y 47) y artículo 10, que serán

expuestas posteriormente. Y tampoco se olvida (Considerando 34 y artículo 10), de la conveniencia de que existan mecanismos eficaces de reclamación. Pero en este apartado corresponde referirse con detenimiento a cuestiones de derecho material y obligaciones administrativas que incumben directamente a empresas y trabajadores, contempladas en el artículo 9 (Requisitos administrativos y medidas de control) en el 4 (Identificación de los desplazamientos reales y prevención de abusos y elusiones) y en el 12 (Responsabilidad en la subcontratación). Otros artículos (6, 7, 8 y 13 a 19), versan sobre cuestiones interinstitucionales como la información, cooperación, asistencia mutua y ejecución transfronteriza de sanciones, cuyo interés se ciñe primordialmente a los funcionarios competentes y no tanto a las partes de la relación laboral.

Por lo que se refiere a los **requisitos administrativos y medidas de control para las empresas**, como punto de partida, en consonancia con el espíritu de fomento de los desplazamientos y del mercado interior, el citado artículo 9 restringe los requisitos administrativos y medidas de control a las estrictamente necesarias para garantizar la supervisión efectiva y siempre que estén justificados y sean proporcionados. Entre ellos está la posibilidad, -que no imposición- de los Estados miembros de obligar al prestador de servicios a presentar una declaración simple a las autoridades del Estado de acogida, a efectos de posibilitar controles materiales en el lugar de trabajo, conteniendo en particular, la identidad del prestador, de los trabajadores, del representante de la empresa en el Estado de acogida, la duración, dirección del lugar de trabajo y naturaleza de los servicios. A ello se añaden las obligaciones de poner a disposición de las autoridades, incluso en el lugar de trabajo, el contrato de trabajo, nóminas con comprobantes de pago y fichas horarios. Estas obligaciones están recogidas para las empresas que desplacen trabajadores a España en los artículos 5 y 6 de la Ley 45/1999, cuyas peculiaridades se discernirán en su apartado correspondiente.

En relación con la **coordinación de sistemas de Seguridad Social**, junto a los requisitos laborales es fundamental tener en cuenta que para que se produzca la excepción al “*lex loci laboris*”, hay que cumplir con la exigencia de obtención del documento A1. El considerando 13 de la Directiva 2014 recuerda que la aplicación tanto de esta Directiva, como de

la Directiva 96 no es óbice para la aplicación de los reglamentos comunitarios de Seguridad Social. Por tanto, son de aplicación los Reglamentos comunitarios sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, el 883/2004 (Base) y el 987/2009 (de ejecución) que afectan también a la libertad de prestación de servicios y de circulación de personas.

Las dos reglas generales para la determinación de la Seguridad Social aplicable a las situaciones de movilidad europea es la “*lex loci laboris*” y el principio de afiliación única, esto es a un solo Estado y no simultáneamente a varios. El artículo 12 del Reglamento 883/2004 permite la conservación de la Seguridad Social del Estado de origen durante 24 meses en caso de desplazamiento temporal, aunque conforme al art 16, puede haber acuerdos específicos entre las autoridades de dos Estados miembros que amplíen ese periodo. Los trabajadores que se desplacen deben obtener el documento A1 para acreditar que están sujetos de la Seguridad Social del país de origen. Esta acreditación es vinculante para las autoridades del Estado de acogida, que no puede darle de alta en su sistema de Seguridad Social mientras no sea retirado. No es necesario que se solicite o se obtenga con anterioridad al desplazamiento y se admite que tiene carácter retroactivo. La carencia o sospecha de falsificación puede ser verificada mediante el sistema IMI.

Uno de los problemas prácticos que se plantean en las inspecciones es la **tardanza de los organismos competentes en la emisión del A1 desde el momento de la solicitud**, pudiendo prolongarse más de 6 meses en el caso de algunas oficinas de la región norte de Portugal. En España, la TGSS en el boletín 06/2023 informa de un nuevo servicio para la expedición de los A1, con la puesta a disposición del formulario al día siguiente siempre que se cumplan los requisitos, concluyendo que en caso contrario, se deberá solicitar a través del servicio SEDE TA 300.

En relación con el **carácter real y no ficticio de los desplazamientos**, de manera específica en el artículo 4 de la Directiva 2014 se contempla una doble exigencia, tanto para trabajadores como para empresas. Las empresas han de tener actividades sustanciales en el Estado de origen y no meramente administrativas para evitar el fraude de las llamadas “empresas-buzón”, lo

cual supone una armonización con lo dispuesto en el artículo 12.1 RC (Decisión A2 de la CACSS, de 12 de junio de 2009, y Guía Práctica de ésta (CACSS, 2013).

A tal fin se determina que debe hacerse una evaluación global de los elementos fácticos por las autoridades competentes, sin que puedan considerarse de forma aislada, debiendo valorarse cada caso particular, para a continuación establecer una serie de elementos específicos para empresas. En el caso de las **empresas** hay que considerar al menos, el domicilio social y el espacio físico de la sede administrativa, territorio en el que paga impuestos y cotizaciones sociales; ubicación de su actividad empresarial fundamental; el lugar de contratación de los desplazados y de desplazamiento; el Derecho aplicable a sus trabajadores y clientes; el número de contratos y el volumen de negocios en el Estado.

También se especifican las circunstancias que deben concurrir en los **trabajadores**, entre las que se encuentran la limitación del periodo; fecha de inicio del desplazamiento, si se realiza a un Estado miembro distinto de en el que suele desempeñar su labor; el regreso para trabajar en el Estado desde el que se desplaza; la naturaleza de las actividades; la cobertura del viaje, manutención y alojamiento por el empresario y los periodos de ocupación en el puesto de trabajo, aún por otro trabajador. Añade el examen de la condición de trabajador, si entra en la definición de tal, con la consideración de la subordinación, ante posibles situaciones de encubrimientos formales, debiendo aplicar el principio de primacía de la realidad en el caso de los falsos autónomos.

Es importante tener en cuenta que cuando no exista un desplazamiento real y surja un conflicto de leyes los Estados miembros deben asegurar que se dicten las disposiciones oportunas para que los trabajadores que no estén realmente desplazados gocen de la protección adecuada (Considerando 11 de la Directiva 2014). Estas obligaciones están recogidas para las empresas que desplacen trabajadores a España en el art. 8 bis de la Ley 45/1999, cuyas peculiaridades veremos en el análisis de la legislación española.

A propósito de la **responsabilidad en la subcontratación**, el artículo 12 de la Directiva 2014 efectúa un llamamiento al establecimiento de

garantías en caso de incumplimiento de las condiciones de trabajo por los empleadores directos. Estas garantías consisten en la responsabilidad del contratista. Pero no impone la obligación para los Estados, sino que simplemente les da la posibilidad de regularlo. Excepto en el caso del punto 2 que usa la palabra “establecerán” referida al sector de la construcción, el resto de los puntos se contenta con una mera posibilidad con el uso constante de la palabra “podrán” para que los Estados contemplen medidas sobre la responsabilidad solidaria o subsidiaria. Tanto para que la asuman en detrimento de cumplimiento de obligaciones en los salarios y cotizaciones (aplicando normas más estrictas en sectores diferentes del de construcción, en el que ya son exigibles como hemos dicho) como estableciendo sanciones efectivas para combatir el fraude y abuso. Y siempre, pudiendo eximir de responsabilidad al empresario que haya actuado con la diligencia debida y limitando la posible responsabilidad a los derechos adquiridos en el ámbito del contrato mercantil entre subcontrata y contratista o empresa principal.

Una cuestión interesante y compleja es la definición de *diligencia debida empresarial* en esta materia. Obviamente habría que analizar caso por caso, teniendo en cuenta las dificultades que se presentan para conocer las situaciones de la empresa en el Estado de origen conforme al Derecho nacional del Estado de acogida. Podría tratarse de falseamientos, indetectables para un empresario normal, de documentos A1 u otro tipo de documentación del Estado de origen desconocida para los contratistas de un Estado distinto, que desconozcan el ordenamiento jurídico del Estado de origen. Una regulación similar se encuentra en el art. 55.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social para la responsabilidad solidaria del contratista o subcontratista intermedios, que no podrán ser considerados responsables si hubieran respetado la diligencia debida definida en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Serían casos de falsificación de pasaportes, u otros documentos de identidad, cuyo descubrimiento esté fuera del alcance de las personas que no sean competentes en cuestiones de seguridad, estafas y falsedad documental. Es muy común la utilización fraudulenta de la documentación, falsificada o no, suplantando la identidad de otro conciudadano para eludir las normas de

autorizaciones de trabajo. Para su control, dada la variedad de documentos de identificación en cada país, puede resultar útil el sistema PRADO, Registro Público de Documentos Auténticos de Identidad y de Viaje en Red, seleccionados por expertos en documentos de todos los Estados miembros de la UE y de Islandia, Noruega y Suiza (<https://www.consilium.europa.eu/prado/es/prado-start-page.html>).

En la Ley 45/1999 el establecimiento específico de las responsabilidades para las usuarias y contratistas se contempla en la D.A. 2ª. Con posterioridad a la Directiva 2014 se dictó la Directiva 2018 de modificación de la del 96. Y en ese caso, el voluntarismo ya se sustituye por la imperatividad, puesto que en el considerando 25 establece la obligación de adoptar medidas adecuadas de conformidad con el artículo 12 de la Directiva 2014.

En otro orden de cosas, el artículo 2 de la Directiva 2018 contempla la **elaboración de un informe por la Comisión** sobre la aplicación y la puesta en marcha de la misma, proponiendo, en su caso, las modificaciones necesarias, en el que incluirá una evaluación de la necesidad de adoptar nuevas medidas para garantizar condiciones de competencia equitativas y proteger a los trabajadores específicamente en caso de subcontratación. El 30-4-2024 se publicó el “Estudio de apoyo al seguimiento de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores 2018/957/UE y de la Directiva de aplicación 2014/67/UE. La situación de los trabajadores móviles transfronterizos temporales y de los trabajadores de las cadenas de subcontratación”

(<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8608&furtherPubs=yes>)

Uno de los casos analizados en dicho informe es el papel de las «empresas buzón» en las complejas cadenas de subcontratación en las que intervienen trabajadores desplazados y no desplazados, y los retos que plantea su aplicación. Sería deseable que hubiera una legislación interna homogénea en este sentido, ya que normalmente va a ir en detrimento de las empresas contratistas del Estado de acogida y regulador, que serían responsables de los incumplimientos de empresas de Estado de origen, que

es el que no regula. La solidaridad entre Estados y el compromiso de ayuda mutua debería considerarse para exigir algo que en los derechos nacionales es común respecto a subcontrataciones internas.

Por otra parte, en su artículo 1.4, la Directiva 2018 contempla una amplia modificación del artículo 5 de la Directiva 96. Ante la escueta redacción anterior, y abstracto título de “medidas”, se intitula con mayor concreción “Vigilancia, control y ejecución” y se recoge la responsabilidad mutua de Estado de acogida y de origen, además de evitar que en los casos de “empresa-buzón” sus trabajadores se vean sometidos a condiciones menos favorables que las aplicables a los trabajadores desplazados.

Finalmente hay que recordar que la Directiva 2020/1057 como “*lex specialis*” establece una regulación diferente y exclusiva para el sector de transporte por carretera, que no va a ser objeto de tratamiento en este estudio.

B) Ámbito legislativo español:

En nuestro ordenamiento jurídico interno, la norma básica que ha acogido las sucesivas transposiciones de las directivas europeas a la legislación española es la Ley 45/1999, que ha sido reformada por el RD-Ley 9/2017 para transponer la Directiva 2014; por el RD-Ley 7/2021 para transponer la Directiva 2018/957 y por el RD-Ley 3/2022 para transponer la Directiva 2020/1057. Además, hay que señalar que en el ámbito sancionador, después de una primera regulación autónoma en la Ley 45/1999, se ha codificado en el RD Legislativo 5/2000, por el que se aprueba la LISOS.

Es importante precisar que casi todo el cuerpo legal de la Ley 45/1999 se refiere a los desplazamientos a España de empresas de otros Estados miembros. Solamente la D.A. 1ª se dedica a los desplazamientos de empresas establecidas en España, lo que supone un claro síntoma de las preferencias legislativas. Por ello, vamos a analizar primero las cuestiones relativas a los desplazamientos a España en correspondencia a la legislación comunitaria.

- Comunicación de desplazamiento:

En lo que se refiere a los requisitos administrativos, el artículo 5 de la Ley 45/1999, además de los requisitos ya relatados que establecía la Directiva 2014, concreta como contenido, el domicilio fiscal de la empresa y su número de identificación a efectos del IVA (Impuesto sobre el Valor Añadido). Las medidas de control del art 9 de la D 2014 están descritas de manera precisa, lo que limita el margen de maniobra de los Estados miembros (MARTÍN HERNÁNDEZ, 2017, p. 325). También es destacable que en los casos de desplazamientos breves no será exigible la comunicación cuya duración no exceda de ocho días, salvo en el caso de que se trate de los realizados por una ETT.

Respecto a las medidas de control, el artículo 6 de la Ley 45/1999, impone la obligación de comparecencia y de conservación y aportación de documentación ante la ITSS, además de la disponibilidad en el lugar de trabajo de los documentos que señalaba la Directiva 2014: los contratos de trabajo, recibos de salarios, registros de jornada, a los que se adiciona el documento por el que se acredite la autorización para trabajar de los nacionales de terceros países conforme a la legislación del Estado de establecimiento.

A este último efecto cabe recordar que la STJUE de 24-1-2019, (C 477/17, Asunto *Balandin*), interpreta que la aplicación del Reglamento (CE) 883/2004 y del Reglamento (CE) 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no están cubiertos por ellos, no puede dar a los interesados ningún derecho de entrada, estancia ni residencia ni tampoco acceso al mercado laboral en un Estado miembro. La aplicación de dichos Reglamentos no debe afectar, en consecuencia, a la potestad de los Estados miembros de denegar o retirar un permiso de entrada, estancia, residencia o trabajo en su territorio, o de denegar la renovación de tales permisos, de conformidad con el Derecho de la Unión.

En materia de SS hay que recordar la necesidad de que acrediten su alta en la Seguridad Social del país de origen mediante la obtención del Certificado A1 y que la legislación es comunitaria, como ya se ha explicado anteriormente.

- **Desplazamientos fraudulentos:**

El artículo 8 bis de la Ley 45/1999, añadido por transposición de la Directiva 2014, transcribe casi literalmente el artículo 4 de ésta y persigue el fraude de las llamadas “*empresas-buzón*”, creadas *ad hoc* para el desplazamiento, exigiendo que tengan actividades sustanciales en el Estado de origen y no meramente administrativas. Por ello no vamos a reiterar los requisitos, ya anteriormente expuestos.

Por lo que concierne a los **trabajadores**, el art.8.bis.3 señala que el trabajador debe prestar servicios habitualmente en el país de origen y ser desplazado desde ese país. Tampoco es necesario que trabaje con anterioridad para la empresa que lo contrata y puede ser contratado “*ad hoc*” para el desplazamiento (es la diferencia con el Art. 40 ET) y transpone el art. 2.1 Directiva 96. También la redacción es una mera traducción.

La **consecuencia del fraude en el desplazamiento**, la recoge el art. 8 bis 6 de la Ley 45/1999, cuando, tras una evaluación global realizada de conformidad con este artículo, se compruebe que una empresa está creando, de manera indebida o fraudulenta, la impresión de que la situación de trabajador entra en el ámbito de aplicación de la presente Ley, tendrá derecho a la aplicación de la legislación española de trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier orden que puedan exigirse a la empresa.

No solamente se aplicará el núcleo duro del art. 3 de la Directiva 96 y art. 3 Ley 45/1999 sino toda la legislación laboral, es decir, **se produce una aplicación íntegra de la legislación laboral española a la relación laboral, a menos que le sea menos favorable que la del país de origen** como razonablemente recuerda el Considerando 24 de la Directiva 2018 y el segundo párrafo del art 8.bis.6: “*lo anterior no podrá dar lugar a que la persona trabajadora de que se trate se vea sometida a condiciones menos favorables que las aplicables a las personas trabajadoras desplazados*”. El problema práctico que se plantea en estos casos es el difícil ejercicio de los derechos y de la tutela judicial una vez que ha finalizado la relación laboral y han retornado al país de origen, que es la situación habitual después de la detección de un fraude de este tipo. Respecto a la aplicación de la legislación

de Seguridad Social española, si los trabajadores tienen el documento A1 debe ser previamente revocado para poder tramitar su alta en la seguridad social española (en aplicación del principio de legislación única y valor vinculante del A1 (artículo 11.1 Reglamento 883/2004 y artículo 5 Reg. 987/2009)). Estas dos cuestiones se analizarán con mayor profundidad en el apartado de sanciones.

Para finalizar, respecto a las empresas fraudulentamente establecidas en España, esto es, sin actividades sustanciales en nuestro país, empresas buzón españolas, que aparentan el desplazamiento de sus trabajadores a otros Estados, el único precepto sustantivo que lo regula, esto es, la D.A. 1ª, tampoco contempla específicamente ninguna peculiaridad, más allá de la posibilidad de entablar acciones judiciales en España con ocasión del desplazamiento (se debe entender también de las derivadas de un desplazamiento fraudulento), sin perjuicio de la posibilidad de recurrir al sistema judicial del Estado de acogida.

La realidad es que los efectos para los trabajadores pueden ser muy perjudiciales porque pueden perder los derechos laborales y de Seguridad Social en España y quedarse sin ellos en el Estado de acogida, en el posible caso de que sus autoridades competentes no realicen ninguna actuación ni respecto a la empresa buzón ni contra la contratista. Y tampoco si los trabajadores no tienen capacidad de reclamar en el Estado donde han prestado sus servicios, una vez que ya no están allí. Es usual que las empresas constituidas para una prestación transnacional fraudulenta, desaparezcan una vez obtenido el lucro buscado, creando maliciosamente una situación de insolvencia y dejando un reguero de deudas salariales.

La forma correcta de proceder para no dejar en indefensión a los trabajadores sería que las autoridades competentes en Seguridad Social se coordinaran para realizar simultáneamente la anulación en el Estado miembro en el que aparentan tener actividad y el alta en la Seguridad Social del Estado donde deberían haberse establecido. La realidad muchas veces, dista de esta deseada coordinación y las decisiones administrativas pueden acabar teniendo un efecto pernicioso en los trabajadores.

Hay que tener en cuenta que solamente desde el 2-3-2022 se contempla una infracción para estos casos, la tipificada como muy grave en el art 23.1.1) de la LISOS que posteriormente analizaremos.

- **Subcontratación:**

Como antes se expresó, la Ley 45/1999 contempla en la D.A. 2ª el establecimiento de responsabilidades para las empresas que reciban en España la prestación de servicios que apunta el art. 12 de la Directiva 2014, realizando una remisión genérica a la legislación española para tales supuestos, independientemente del lugar donde radique la ETT o la prestataria de servicios. Es decir, no hay ninguna excepción a la responsabilidad del contratista por subcontratación transnacional ni de la usuaria por recurrir a una ETT de otro Estado miembro. **La regulación general viene establecida en el art 42 del Estatuto de los Trabajadores, sin que haya razones para excepcionar en materia de responsabilidad salarial a las empresas desplazadas** (como tampoco en el caso de la responsabilidad en orden a las prestaciones que establece el art.168 de la LGSS).

Pero **no es el mismo caso en materia de cotizaciones de Seguridad Social**. El artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que “La empresa principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.” El punto 1 alude a los *descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social*, es decir, no establece la posibilidad del art.12.1 de la Directiva. Tampoco se hace en la LGSS.

Las cantidades contempladas en los convenios colectivos son las que como mínimo deben haberse declarado como bases de cotización en la Seguridad Social del Estado de establecimiento, añadiendo las que las incrementarían por dietas que no estuvieran destinadas a compensar gastos realmente asumidos por los trabajadores. Puede haber una infracotización en la Seguridad Social del Estado de establecimiento al estimar que aparentemente cumplen con la obligación establecida en el art.4.1 de la Ley

45/1999 (Los empresarios que desplacen trabajadores a España deberán garantizar a éstos la cuantía mínima del salario prevista en las disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios colectivos a que se refiere el artículo 3.4), pero del análisis de las nóminas y demás documentación, se percibe que las bases de cotización en la Seguridad Social del Estado de origen son inferiores, lo que puede redundar en perjuicios a los trabajadores y a la propia Seguridad Social donde cotizan.

Por ello, cuando se refiere a la responsabilidad del contratista, se entiende por su literalidad que **no abarca las deudas con otros sistemas de Seguridad Social sino solamente a las referidas al sistema español**, al igual que el artículo 18 del TRLGSS que establece en su punto 3 que *“Son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes. Dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esta ley y en su normativa de desarrollo.”*

Así pues, **el único sistema para evitar que se produzca competencia desleal por infracotización** respecto a las empresas que sí cumplan con sus obligaciones de cotización **es el control por los organismos competentes de los países de origen** en caso de desplazamiento transnacional de trabajadores.

Cabe recordar también que el art 16.6 LGSS establece una obligación de control para las contratistas respecto a las subcontratas establecidas en España que también sería aplicable a subcontratistas desplazadas: *“Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los empresarios que contraten o subcontraten*

con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata”.

También habría que considerar el artículo 16.6 de la LGSS que establece lo siguiente: *“Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata”.*

El equivalente para poder considerar la diligencia debida sería la **comprobación de los A1** y tal y como se ha dicho podría suponer la responsabilidad solidaria de la contratista. Si bien, tanto desde la Comisión Europea de Sindicatos (CES) , como desde el Comité de la Regiones, se ha considerado que se debería eliminar de la Directiva 2014 este término jurídico de la “diligencia debida”, por indeterminado, en sendos informes de 5-6-2012 y 19-1-2013.

Una cuestión que se podría plantear es la atribución específica y directa de responsabilidad al empresario real, en los abusos cometidos en las **cadena de subcontratación** o suministro principal de mano de obra, sean dentro de **grupos de empresas** reconocidos o sean en empresas de grupos patológicos internacionales, que constituyen ad hoc una empresa instrumental o de conveniencia en un Estado con condiciones tributarias y laborales inferiores.

Sector con normativa específica en la subcontratación es el de la **construcción**. Con la finalidad de reducir la siniestralidad laboral en el momento álgido de la burbuja inmobiliaria, se publicó la Ley 32/2006, de 18

de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. En su art.7.2 insiste sobre la solidaridad de la responsabilidad de contratista y subcontratista: *“Sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2, o del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas”*.

Su reglamento de desarrollo, el RD 1109/2007, de 24 de agosto, que dedica su D.A. 1ª al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, señala que las empresas que desplacen trabajadores a España deben cumplir lo previsto en dicho RD con las peculiaridades de que se inscriban en el Registro dependiente de la autoridad laboral (REA) en cuyo territorio se vaya a llevar a cabo su primera prestación de servicios en España y les permite acreditar que cumplen los requisitos para poder ser contratadas ostentando la documentación justificativa del cumplimiento de las obligaciones establecidas en sus respectivas normas nacionales de transposición de los artículos 7 y 12 de la Directiva 89/391/CEE.

La disposición adicional segunda de la Ley 32/2006 extiende su aplicación a la subcontratación en obras públicas. En el régimen del **sector público**, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, contempla ciertas exigencias a las contratistas que no aparecen en la normativa general. Así en base al art 201 LCSP deben acreditar el cumplimiento por la subcontratista de las obligaciones laborales, ya que los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional social y laboral que vinculen al

Estado, y su incumplimiento dará lugar a la imposición de las penalidades correspondientes. El art 215.4 LCSP atribuye al contratista principal las responsabilidades por los incumplimientos de subcontratistas frente a la Administración, incluidas las obligaciones en materia social o laboral a que se refiere el artículo 201. Hay que recordar que para las empresas de otros Estados miembros, conforme al artículo 14 de la Ley 45/1999, también serían de aplicación las limitaciones a la facultad de contratar con la Administración española por comisión de infracciones muy graves.

Finalmente, en la Ley 45/1999 no se contempla ninguna peculiaridad respecto a las empresas establecidas en España que desplazan trabajadores, entendiéndose que su regulación debería hacerse en el Estado de acogida.

En el apartado de sanciones se analizarán las peculiaridades en subcontratación del artículo 42 de la LISOS.

2.2.- Órganos de control e inspección en la Unión Europea y en España:

A) Órganos de control e inspección en la Unión Europea:

A este respecto se hace necesario recordar que la Directiva 2018 insiste en la conveniencia de **reforzar la coordinación** entre las autoridades y organismos competentes de los Estados miembros y la cooperación a escala de la Unión en materia de lucha contra el fraude relacionado con el desplazamiento y la movilidad de trabajadores. Señala igualmente la mencionada Directiva que el carácter transnacional de ciertas situaciones de fraude o abusos en relación con el desplazamiento de trabajadores justifica la adopción de medidas concretas para reforzar la dimensión transnacional de las inspecciones, investigaciones e intercambios de información entre las autoridades u organismos competentes de los Estados miembros afectados. A tal fin, en el marco de la cooperación administrativa prevista en las

Directivas 96 y 2014, en particular en el artículo 7.4, de la Directiva 2014, las autoridades u organismos competentes deben disponer de los medios necesarios para alertar de la existencia de las mencionadas situaciones e intercambiar información con el fin de prevenir y luchar contra el fraude y los abusos.

La confluencia de autoridades de los distintos Estados miembros implicados y de la propia UE hace que sea importante delimitar el *ámbito competencial* para cubrir los vacíos de control que sin duda se pueden producir en la prestación de servicios transnacional. Así, se van a distinguir las dos posibilidades de intervención material en el Estado de acogida y de origen y la de colaboración y asistencia de la Autoridad Laboral Europea.

a) COMPETENCIA DE INSPECCIÓN DEL ESTADO MIEMBRO DE ACOGIDA:

Según el art. 7.1 de la Directiva 2014, **la inspección de las condiciones de empleo es responsabilidad de las autoridades del Estado miembro de acogida** en cooperación, cuando sea necesario, con las del Estado miembro de establecimiento. Sin duda, la territorialidad, el elemento físico y presencial, es esencial para poder controlar condiciones de empleo, que se lleva a cabo mediante la visita sin previo aviso al lugar de trabajo, como forma más eficaz de comprobación.

Se deja la puerta abierta a la **cooperación del Estado miembro de establecimiento**, que por ejemplo en el caso de “*empresas buzón*”, es el que puede constatar la ausencia de actividad sustancial y su carácter de mero domicilio de conveniencia.

El Art. 7.6 añade que el Estado miembro de establecimiento no puede realizar comprobaciones y controles materiales en el territorio del Estado miembro de acogida en el que se preste el servicio. Es decir, en el caso de **inspecciones conjuntas**, la participación de funcionarios de otro Estado va a ser coadyuvante, siempre dependiente y **bajo dirección y supervisión de las autoridades del país donde se realiza**. Podrán ser realizados los controles tanto en el Estado de acogida como en el de establecimiento por

las autoridades del Estado miembro de acogida a petición de las autoridades competentes del Estado miembro de establecimiento o por iniciativa propia.

b) COMPETENCIA DE INSPECCIÓN DEL ESTADO MIEMBRO DE ORIGEN:

De conformidad con el art. 7.3, el Estado miembro en que esté establecido el prestador de servicios ayudará al Estado miembro de desplazamiento a garantizar el cumplimiento. Pero no se podrán reducir las posibilidades del Estado miembro al que se desplaza el trabajador en relación con la supervisión, el control o la adopción de cualesquiera medidas de supervisión o de ejecución que sean necesarias.

c) AUTORIDAD LABORAL EUROPEA (ELA):

Creada en 2019 y con sede en Bratislava, la ELA tiene un papel fundamental en cuestiones transfronterizas relacionadas con la movilidad laboral, ya que dentro de sus finalidades está la coordinación de inspecciones conjuntas, la mejora de la cooperación entre los países de la UE, y la actuación como mediadora en los litigios entre países de la UE. En su propia presentación, señala que contribuye a garantizar que las normas de la UE sobre movilidad laboral y coordinación de la seguridad social se apliquen de manera justa, sencilla y eficaz, facilita que los ciudadanos y las empresas aprovechen las ventajas del mercado único y ayuda a las autoridades nacionales a cooperar de manera que las normas se apliquen efectivamente. Además de la euromovilidad tiene como objetivo la lucha contra el trabajo no declarado.

Más concretamente, en el artículo 9 del Reglamento que la crea, el 2019/1149, aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo, de 20 de junio de 2019, regula las **inspecciones concertadas y conjuntas**, asumiendo el establecimiento de los términos y las condiciones de realización de dicha inspección, incluidos el ámbito y la finalidad de la inspección. Tienen que

contar con el Acuerdo previo de los Estados ante la Autoridad Laboral Europea.

Las inspecciones concertadas son las realizadas simultáneamente en dos o más Estados miembros con respecto a casos relacionados, actuando cada autoridad nacional en su propio territorio y con el apoyo, cuando proceda, del personal de la Autoridad. Las inspecciones conjuntas son las realizadas en un Estado miembro con la participación de las autoridades nacionales de otro o de otros Estados miembros y con el apoyo, cuando proceda, del personal de la Autoridad. Estas últimas implican la participación y presencia física de inspectores de dos o más Estados en la actuación inspectora y, en su caso, también de los agentes de la Autoridad Laboral Europea y se desarrollan siempre bajo la dirección de la Inspección del Estado anfitrión, que es la única que tiene potestades legales para llevarla a cabo. Los inspectores visitantes de otros Estados tienen el estatus de meros acompañantes u observadores en la visita y no pueden tomar decisiones propias sin la aceptación de la Inspección del Estado anfitrión.

El OEITSS tiene un representante gubernamental permanente, el llamado funcionario nacional de enlace (NLO) y varios inspectores destacados prestando servicios para la UE en la sede de Bratislava.

Para la organización de las inspecciones, se da traslado de la propuesta por los interlocutores de cada Estado miembro al funcionario nacional de enlace (NLO) en la Autoridad Laboral Europea de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 8.3 del Reglamento ALE para haga las oportunas gestiones ante el funcionario nacional de enlace (NLO) del país correspondiente. Si hubiera una inicial aceptación por los Estados implicados de la conveniencia de realizar la inspección conjunta se abre el proceso para redactar la solicitud con la “descripción del caso” ante la Autoridad Laboral Europea.

Ya se han realizado numerosas inspecciones conjuntas, especialmente en el sector agrícola, en el de la construcción y en el del transporte por carretera, los tres que acumulan el mayor número de supuestos de incumplimientos.

El OEITSS tiene un representante gubernamental permanente y varios inspectores destacados prestando servicios para la UE en la sede de Bratislava.

B) Órganos de control e inspección en España:

A diferencia de la legislación, que con la técnica de las Directivas ha logrado unos considerables niveles de homogeneidad, la organización político-administrativa de cada EM es muy heterogénea. En España, la Ley 45/1999 atribuye a la ITSS, en su artículo 8, las funciones en materia de inspección, de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la Ley, remitiéndose a la Ley 23/2015 y a la LISOS. Ello sin perjuicio de las competencias de la TGSS en materia de aplicación de los Reglamentos comunitarios de SS.

En este sentido y comparando la situación española con la de la mayoría de los otros Estados, se da la paradoja de que, a pesar del alto grado de descentralización de la organización estatal y la amplitud competencial de las CCAA en ejecución, existe un órgano que facilita una intervención con cierta coherencia en materia de desplazamiento. Este organismo es la ITSS. **La amplitud de competencias que ostenta la inspección española, laborales, incluyendo a la Seguridad y Salud Laboral, de Seguridad Social, y de extranjería,** convierte al Organismo Estatal de ITSS en un caso único en la UE, con una **inspección generalista**, sin dependencia orgánica de las autoridades autonómicas (a excepción de las CCAA de País Vasco y Cataluña, que en los años 2010 y 2011, crean sus propias inspecciones) manteniendo la unidad de acto, y con capacidad y competencias para intervenir decisivamente en materia de desplazamientos.

Lo común en el resto de Estados es que haya diversos cuerpos de inspección, por una parte la de trabajo, por otra la de seguridad y salud, la de SS o la de extranjería con dependencia de distintos organismos y sin unidad de acción. Por ejemplo en Portugal, ACT (“*Autoridade para as condições do trabalho*”) es competente tanto en materia laboral como en PRL, y también en desplazamientos intracomunitarios, pero no en materia de SS,

que hay una inspección propia, y tampoco en la de extranjería, que es exclusivamente competencia de interior.

De esta manera, **en España la unidad de acción inspectora contrarresta la dispersión.** Desde el punto de vista de homogeneidad en los criterios de actuación actualmente se dispone del Criterio Técnico 97/2016 de la DGITSS sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que sustituyó al anterior, 42/2005.

Desde el punto de vista operativo, ha sido fundamental la creación en 2020 de la *Unidad Especial de Coordinación sobre Lucha contra el Fraude en el Trabajo Transnacional*, en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social por la Orden TES/967/2020, de 6 de octubre. Se busca con esta Unidad especializada, la actuación coordinada de todos aquellos esfuerzos y actuaciones dirigidos a la protección de los derechos de los trabajadores en la prestación de servicios transnacional. También persigue la adecuada aplicación de los principios de «*lex loci laboris*» y «*lex domicilii*» en los desplazamientos temporales de trabajadores motivados por una prestación transnacional de servicios.

La propia **Ley 23/2015** Ordenadora del Sistema de Inspección contempla en 5 preceptos **cuestiones específicas en la materia:**

- Atribución competencial: El 12.1.4 sobre la función inspectora, que será desempeñada por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en su integridad, comprende la vigilancia y exigencia del *cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos*, en el sistema de relaciones laborales, y específicamente, de las normas en materia de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

- Visitas de inspección: El 13.2, relativo al ejercicio de sus funciones, amplía las posibilidades para los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social para *poderse acompañar en sus visitas de personas peritas o expertas pertenecientes a otros Estados Miembros de la Unión Europea y Estados signatarios del Acuerdo del Espacio Económico Europeo, de la Autoridad Laboral Europea u otras personas habilitadas oficialmente.*

En el término “personas peritas o expertas” cabría entender que se refiere a todos los funcionarios y personal que trabaje al servicio de otras administraciones europeas y no solamente a los inspectores.

Hay que recordar que si un funcionario de la ITSS el curso de la visita conjunta a otros Estados en el marco del Reglamento ALE observara de forma personal y directa determinados hechos estos tendrían presunción de veracidad de igual manera que en una visita en España.

- Auxilio y colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social..

En cuanto a la utilización comprobada por otras inspecciones, el punto 11 del art.16 establece que la colaboración de las Autoridades de los Estados Miembros de la Unión Europea con competencias equivalentes a las de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se regirá por la normativa de la Unión Europea o por los instrumentos o acuerdos bilaterales o multilaterales de los que sea parte el Estado Español y que los hechos comprobados por dichas autoridades en el ámbito de la cooperación administrativa internacional que sean facilitados a las autoridades españolas podrán ser aducidos como prueba por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos iniciados por esta y serán tenidos por ciertos, salvo prueba en contrario de los interesados.

También el Art. 21.2 sobre la utilización de la información remitida desde otros Estados miembros, dispone que “la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá actuar mediante comprobación de datos o antecedentes que obren en las Administraciones Públicas. A tal efecto, podrá utilizar los datos o antecedentes que le suministren otras Administraciones Públicas de la Unión Europea”.

- El 16.7 contempla como auxilio y colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el de las *autoridades competentes en materia de transporte terrestre*, que facilitarán la información de que dispongan con trascendencia en el ejercicio de la función inspectora y, en particular, la necesaria para la vigilancia, en el ámbito de sus competencias, del

cumplimiento de lo previsto en el capítulo V de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

- Obligación de prestar ayuda y colaboración por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a las autoridades de otros Estados de la Unión Europea con competencias equivalentes: El 17.4 contempla la remisión de datos e información relativas al ejercicio de sus funciones inspectoras. Asimismo, podrá cooperar con las autoridades de otros Estados, cuando así esté previsto en los convenios y tratados en los que España sea parte.

- Comunicación por la ITSS de ilícitos a autoridades de otros Estados miembros: Finalmente el art. 22.15 establece como la ITSS *puede poner en conocimiento de la autoridad competente del Estado Miembro de origen para que inicie el procedimiento sancionador* en los supuestos en que la actuación inspectora afecte a empresas establecidas en otros Estados Miembros de la Unión Europea y los hechos comprobados sean sancionables por dicho Estado.

Un caso frecuente sería el del fraude a la Seguridad Social del Estado miembro de establecimiento por no cotizar las cantidades pagadas por dietas que se aducen en cambio como salario en España para justificar el cumplimiento de las condiciones laborales.

Aunque no se especifique en la Ley, cabría también la propuesta por la ITSS del **recargo de prestaciones** a empresas españolas desplazadas, si se demuestra una infracción por un incumplimiento de las normas de seguridad y salud del país de acogida que fuera constitutiva de infracción también en España de acuerdo con la LISOS. Hay que recordar que el recargo de prestaciones es una institución que solo existe en la legislación española de seguridad social. La ITSS podría valerse de otras pruebas como los hechos probados por otras inspecciones, en sentencias judiciales o por las declaraciones de testigos de esos hechos realizadas directamente en comparecencias ante la Inspección española.

No obstante, queda trabajo por hacer y la evolución del mercado siempre conlleva una rápida capacidad de adaptación. Muestra de ello es lo

contemplado en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023 (BOE 3-12-2021) en su eje n.º 4, estando pendiente:

- a) *Dictar instrucciones operativas que complementen la Orden TES/967/2020, de 6 de octubre, la Unidad Especial de Coordinación sobre Lucha contra el Fraude en el Trabajo Transnacional*
- b) *Modificar la aplicación Integra para mejorar la cooperación interinstitucional en las actuaciones en materia de fraude transnacional, introduciendo la identificación de las inspecciones y actuaciones sobre trabajo transnacional y se autorizará la consulta y cooperación con otras Inspecciones de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, con la Tesorería General de la Seguridad Social, la Agencia Estatal de Administración Tributaria y con el Ministerio Fiscal*
- c) *La suscripción de acuerdos con otros organismos públicos para coordinar las acciones sobre movilidad laboral (Treasurería General de Seguridad Social, Instituto Nacional de Seguridad Social, Servicio de Empleo Público Estatal, Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, Agencia Estatal de la Administración Tributaria).*
- d) *La adaptación del Criterio Técnico sobre actuaciones inspectoras en relación con los desplazamientos transnacionales desde un enfoque integral (laboral, Seguridad Social...).*

2.3.- Infracciones en España:

En el ámbito de las infracciones y sanciones, las Directivas de desplazamiento, al margen del intento de asegurar la ejecución transfronteriza de las sanciones, se limitan a una remisión genérica a los ordenamientos jurídicos nacionales, que no deben imponer cargas administrativas que no respeten la libre prestación de servicios combinándolo con la garantía del cumplimiento de las normas, (Considerando 23 de la Directiva 2014). Así, se reconocen las competencias

de los Estados para determinar sus sistemas de penalización, multa y sanción (Considerando 44 Directiva 2014).

Cuando se publicó la Ley 45/1999 se recogieron en sus artículos 10 a 13 las infracciones específicas en materia de desplazamiento, pero poco tiempo después, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, los derogó.

La tipificación de las infracciones se contempla en los artículos 10, 23.1.l) y m) y 19. *bis*, *ter* y *quater* de la LISOS. Para explicar cómo se articulan las infracciones por los incumplimientos específicos de los empresarios en materia de desplazamiento hay que distinguir entre las que se podrían aplicar a empresarios desplazados a España y a los desplazados desde España en el caso de “*empresas-buzón*”. Esta distinción se puede hacer desde el 2-3-2022.

La D.A. 1ª en su punto 3 contempla como infracciones administrativas las acciones u omisiones de los empresarios que desplazan trabajadores desde España por las que se incumplan las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de las Directivas sobre el desplazamiento.

Hasta **febrero de 2022** no se ha podido sancionar pecuniariamente a las **empresas que no tenían actividad sustancial en España**. Desde entonces se tipificó como **muy grave** dentro de las infracciones de SS en el art.23.1.l).

Para empresarios desplazados a España, el art.2 de la LISOS establece como sujetos responsables, las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente Ley y, en particular, p.11: “*Los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa reguladora del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, respecto de las obligaciones establecidas en dicha normativa*”.

Se hace preciso diferenciar entre las que afectan a incumplimientos materiales comunes a todas las empresas y las que se ciñen a la normativa específica, que solamente son aplicables a dichos empresarios desplazados desde otro Estado miembro distinto de España:

- Las que afectan a *incumplimientos materiales comunes* a todas las empresas se pueden imponer en virtud del punto 4 del art.10 que hace una remisión genérica al incumplimiento de las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española, en términos que deben entenderse amplios siempre que sea compatible con su condición de empresa no establecida en España, esto es en cualesquiera de las materias del orden social, laboral prevención de riesgos laborales, Seguridad Social, incluida la extranjería.
- Las *infracciones específicas* vienen contempladas en los tres primeros apartados del art.10 de la LISOS y son en su gran mayoría de tipo formal, con excepción de las que afectan a empresas buzón desplazadas fraudulentamente a España, que tienen desde el 2-3-2022 dos tipos calificados como muy graves aplicables, uno laboral del 10.3.b) y otro de SS, del 23.1.m)

Las infracciones denominadas *formales* se sustancian sobre la obligación de comunicación de los desplazamientos, de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y de presentación de documentación ante la ITSS.

En el caso de comunicación de los desplazamientos, hay tipos calificados como leve, grave y muy grave. Como leve tipifica los meros defectos formales de la comunicación de desplazamiento; como grave la presentación con retraso, es decir con posterioridad a su inicio o sin designar al representante de la empresa en España, así como alegar hechos y circunstancias falsos o inexactos en los motivos de la ampliación del desplazamiento; en la muy grave, se incluye la falta de presentación, así como la falsedad o la ocultación de los datos contenidos en la misma.

Sobre el supuesto del incumplimiento de información sobre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales hay dos tipos, uno

calificado como leve y otro como grave. La leve se refiere a no dar cuenta, en tiempo y forma cuando tengan los AATT o EEPP se han considerados leves, mientras que la grave, cuando la consideración de tales contingencias profesionales sea de grave, muy grave o mortal.

Mientras que la leve no sería aplicable hasta que no se desarrolle reglamentariamente la notificación de accidentes, ya que no se puede hacer en el sistema establecido, el DELTA, que solamente admite trabajadores afiliados en la TGSS, en el caso de la grave, sería posible aplicarla no en la notificación por el mismo motivo, pero si en la comunicación en el plazo de 24 horas que contempla la Orden de 16 de diciembre de 1987 por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo y se dan instrucciones para su cumplimentación y tramitación en su artículo 6, ya que permite hacerlo “*por telegrama u otro medio de comunicación análogo...*”. Es decir, que podría hacerse por teléfono, fax, correo electrónico, presencialmente por escrito registrado, etc.

Finalmente, en cuanto incumplimientos sobre la presentación de documentación ante la ITSS, viene recogida en dos tipos infractores, ambos calificados como graves. Uno es la falta de disposición en España, durante el desplazamiento, de la documentación relativa al mismo, en los términos legalmente establecidos y la otra la no presentación de la documentación requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o presentar alguno de los documentos sin traducir.

Es decir, que en caso de que se diera alguno de los dos comportamientos anteriores se debería sancionar por el art.10.2 pero no es óbice para que se apliquen el resto de sanciones por obstrucción contempladas en el art.50 LISOS.

En cuanto a las infracciones de las ETT, se añadieron tres apartados al artículo 19, el *bis* para las ETT establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea, el *ter*, para las empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España a partir del 29-4-21 y el *quater* para las usuarias establecidas en otro Estado miembro.

Son infracciones comunes a las de las ETT y usuarias españolas, salvo la de la 19.ter g) y la *quater*, sobre la ausencia de información de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal con la antelación suficiente sobre el inicio de un envío temporal de una persona trabajadora desplazada respectivamente en los términos previstos legalmente o para que dicha empresa pueda comunicar el desplazamiento a las autoridades españolas.

Entre 2018 y 2020 se llevaron a cabo 1.543 inspecciones para controlar el cumplimiento de obligaciones laborales y de seguridad social de trabajadores desplazados a España, con 315 sanciones. Es decir, una **tasa de infracción del 20,4%**. (CARRASCOSA BERMEJO - CONTRERAS HERNÁNDEZ, 2022). En los dos últimos informes anuales de la ITSS disponibles, en 2021 el número de actuaciones fue de 265, con 44 infracciones (tasa del 16,6%), mientras que en 2022, el número de actuaciones fue de 324, con 50 infracciones (tasa del 15,4%).

Aunque no se especifica en las memorias, la mayoría de los incumplimientos fueron formales en materia de comunicación de desplazamiento. Tampoco se especifica la cuantía de las sanciones. Teniendo en cuenta el número aproximado de inspectores (1.000) y la media de actuaciones anuales (500.000 órdenes de servicio), no es difícil deducir que no es una de sus materia habituales, considerando que a su vez, cada orden de servicio contiene diversas actuaciones.

2.4.- Sanciones en España:

El artículo 20 de la Directiva 2014 obliga a los Estados miembros a adoptar un régimen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que garanticen la aplicación y el cumplimiento de la normativa de desplazamiento. En el ordenamiento jurídico español, al igual que las infracciones, las sanciones se regulan como el propio nombre indica, en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Concretamente es su art.40, el precepto que contiene las **cuantías pecuniarias** que se pueden imponer por los incumplimientos en sus grados mínimo, medio y máximo,

tanto en la materia concreta de desplazamiento como en el resto de infracciones en las que podrían incurrir las empresas que desplacen trabajadores por remisión del artículo 10.4 de la misma norma, como ya se ha explicado.

Las leves, graves y muy graves del art 10.1, 2 y 3, incluidas las muy graves del 23.1.l) y m) junto con todas las laborales, de Seguridad Social, de obstrucción, de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, se sancionarían respectivamente desde 70, 751, y 7.501 hasta 225.018 euros.

Las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales se sancionarán, desde 45, 2.451 y 49.181 hasta 983.736 euros

En el caso de las infracciones graves relacionadas con contratos, los casos de los arts. 19 *bis*.1.b), 19 *ter*.2.b) y 19 *ter*.2.e) se sancionarán con multas de 1.000 a 10.000 euros.

También contempla la LISOS en su art.42 la **responsabilidad empresarial** relacionada con las infracciones cuando se trate de **empresarios complejos**, esto es, que concurren en el proceso productivo, trabajadores de distintos empleadores. En los casos de subcontratación, cesión ilegal y sucesión, se remite a la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos establecidos en los artículos 42 a 44 del Estatuto de los Trabajadores. Las responsabilidades entre empresas de trabajo temporal y empresas usuarias en materia salarial se regirán por lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 14/ 1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

El punto 3 del artículo 42 contiene una importante derivación en las infracciones de prevención de riesgos laborales para los empresarios contratistas y subcontratistas con propia actividad, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal, ya que la empresa principal responderá solidariamente por el incumplimiento de las subcontratistas, durante el período de la contrata. También en infracciones de prevención de riesgos laborales, se atribuye a la empresa usuaria la responsabilidad de las condiciones de ejecución del trabajo en todo

lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional de un trabajador desplazado de otros Estado miembro, tanto para las contratistas, como para las empresas usuarias establecidas en España no habría responsabilidad del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene, ya que es una institución propia del Régimen General de la Seguridad Social española y se aplicaría exclusivamente a quienes estén o deban estar de alta en el mismo.

Finalmente hay que recalcar que el punto 4 del artículo 42 introduce una nueva responsabilidad solidaria específica para desplazamientos a los cargadores que, en el marco de una actividad empresarial, contraten la realización de transportes de forma habitual, los transportistas, los operadores de transporte y los intermediarios del transporte de viajeros, que deben comprobar el cumplimiento por el transportista efectivo con el que contraten del cumplimiento del artículo 10 de la empresa transportista en lo que se refiere a la obligación de comunicar el desplazamiento en el marco de una prestación de servicios transnacional.

En relación con el **principio “non bis in ídem”**, en el artículo 3 de la LISOS se regula el caso de concurrencia de una infracción administrativa con el orden jurisdiccional penal, imposibilitando que se sancionen los hechos que hayan sido ya sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. Por el Real Decreto-ley 7/2021 se introduce en dicho artículo, una aplicación específica del non bis in ídem para las empresas españolas que desplacen trabajadores prohibiendo sancionarlas si ya lo han sido en el país de acogida en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Otra cuestión sobre las consecuencias de los incumplimientos que debe exponerse son las actuaciones derivadas de la detección de un **desplazamiento fraudulento con incumplimiento de los Reglamentos europeos de Coordinación.**

Las consecuencias de la declaración de la actividad como fraudulenta serían las derivadas de la aplicación de la normativa civil (art.6.4 C.Civ.), es decir, los actos que se consideraran ejecutados en fraude de ley no impedirán la debida aplicación de la norma que se trata de eludir, la normativa del Estado donde se prestan servicios y las condiciones laborales y de Seguridad Social que esta marque.

Es importante tener en cuenta que cuando no exista un desplazamiento real y surja un conflicto de leyes los Estados miembros deben asegurar que se dicten las disposiciones oportunas para que los trabajadores que no estén realmente desplazados gocen de la protección adecuada, tal y como apunta el considerando 11 de la Directiva 2014: *“Cuando no exista una situación de desplazamiento real y surja un conflicto de leyes, deben tenerse debidamente en cuenta las disposiciones del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (5) («Roma I») o del Convenio de Roma (6), dirigidas a garantizar que los trabajadores no se vean privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio. Los Estados miembros deben asegurar que se dicten las disposiciones oportunas para que los trabajadores que no estén realmente desplazados gocen de la protección adecuada”*.

Al no tratarse de un desplazamiento amparado por las Directivas europeas sobre la materia, habría que estar a lo contemplado en el artículo 8.2 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos individuales de trabajo, debiéndose regir por la ley del país en el cual presta el trabajo, en aplicación del principio *“lex loci laboris”*, siempre que les sean más favorables al trabajador en las condiciones de trabajo.

Para analizar la situación **en materia de Seguridad Social**, se podrían citar como casos de **incumplimientos** respecto a los supuestos de envío o desplazamiento, los siguientes:

- 1) La falta de actividad sustancial de la empresa en el Estado de origen de acuerdo con los criterios del Art. 12 RB, Art. 14.2 y 3 RE, Decisión A2 y, por extensión, los previstos de forma análoga, en el

Art. 4.2 Directiva 2014/67 y Art. 8 bis 2 Ley 45/1999 para los desplazamientos de personas trabajadoras por cuenta ajena.

- 2) La ausencia de relación laboral directa de los trabajadores desplazados con la empresa o la falta de condiciones para ser desplazados, conforme al Art. 12.1 RB, Art. 14.1 RE, Decisión A2 y apartado 4 de la parte I de la Guía Práctica de la Comisión Administrativa.
- 3) La superación del plazo máximo de 24 meses de duración, entendiendo caducado el A1 anterior, siempre que no medie el acuerdo entre las instituciones competentes de los Estados afectados para prorrogar dicho período.
- 4) El reemplazo de trabajadores desplazados por otros de la misma o de otra empresa igualmente desplazada (según la interpretación del Art. 12.1 RB que hace la citada STJUE asunto Alpenrind y el apartado 2 de la parte 1ª de la Guía Práctica de la Comisión Administrativa) cuando se supera el período máximo de 24 meses y un mismo puesto de trabajo es ocupado sucesivamente por personas trabajadoras desplazadas.
- 5) Los trabajadores no residen en el Estado en el que se encuentran afiliadas y/o no desarrollan actividad significativa (como dato indicativo un 25% conforme al Art. 14.8 del RE) en dicho Estado conforme al Art. 13.1.a) del RB y la legislación que se aplica no se corresponde con la que se establece en el Art. 13.1.b) RB.
- 6) Los supuestos de cesión de trabajadores (STJUE de 16.07.2020 C-610/18 Asunto AFMB).

Para exponer las **actuaciones inspectoras** procedentes, vamos a distinguir entre empresas y trabajadores desplazados fraudulentamente a España (inscritas en la Seguridad Social de otros Estados de la UE) y desde España (inscritas en la Seguridad Social española).

En el primero de los casos, a su vez, según se trate de personas trabajadoras que tienen expedido un documento A1 o no sean portadoras de dicho documento

Si carecen de dicho documento A1, se extenderá acta de infracción y liquidación con el tipo del 23.1.m) de la LISOS. También cabe tipificar una sanción laboral por el 10.3.b); se comunicaría la propuesta de inscripción de empresa y alta de los trabajadores a TGSS y se le remitiría informe a TGSS para que proceda a solicitar la baja en la SS del país de origen.

Si los trabajadores fueran extracomunitarios y carecieran de permiso de residencia y/o trabajo se extendería acta de infracción en materia de extranjería, con el incremento en la sanción de la cantidad que debería haber cotizado.

Si ostentan el documento A1 pero de forma improcedente, se le remitiría informe a TGSS para que proceda a solicitar a la Seguridad Social del Estado de origen, la revocación del A1; se extenderá acta de infracción y liquidación con el tipo del 23.1.m) de la LISOS (que quedará suspendida hasta la efectiva a la revocación de los A1, bien cuando se haya realizado efectivamente o por falta de deber de cooperación leal (SSTJUE 6-2-2018, C-359/16, *Althum*) y se extenderá acta de infracción laboral con el tipo el 10.3.b).

En el caso de fraude de empresas inscritas en la Seguridad Social española, esta vez se hayan o no expedido los documentos A1, se emitirá informe dirigido a la respectiva Dirección Provincial de la TGSS recogiendo los elementos descriptivos que expresen una realidad verosímil, distinguiendo si han prestado efectivamente servicios en otro Estado miembro o se trata de una simulación, es decir de un alta ficticia, y los elementos valorativos para concluir que no ha lugar al alta en la TGSS, sirviendo de motivación para la nulidad de las altas de los trabajadores, y en su caso de la de la inscripción de la empresa.

En caso de que en España solamente hayan prestado servicios efectivos trabajadores de pura gestión o administración, se entiende que se deberá mantener el alta solamente de dichos trabajadores, y por tanto, la

inscripción de la empresa, sin perjuicio de que en la Seguridad Social del Estado miembro de prestación efectiva se deba inscribir la empresa y tramitar las altas. Asimismo, se deberán extender actas de infracción con el tipo del art. 23.1. 1).

La TGSS es la competente para la comunicación a la Seguridad Social del Estado donde hubiera tenido que establecerse y para la anulación de las altas, y si concurre conducta engañosa o fraudulenta no procedería la devolución de cotizaciones indebidas en base al artículo 26.2 de la LGSS, sobre todo no antes de que realizaran la cotización debida en el la Seguridad Social del Estado donde hubiera tenido que establecerse, ya que en caso contrario se podría producir que la empresa fraudulenta se beneficiara de su conducta infractora, lucrándose de la no cotización.

Una vez constatado el fraude, habría que impedir la percepción de prestaciones indebidas con origen en esas altas improcedentes.

En el conflicto de leyes que surge en una situación de desplazamiento fraudulento es esencial que se haga efectiva la cooperación y coordinación entre las instituciones competentes de los dos Estados ya que de lo contrario puede provocar una situación de desprotección.

Un caso indicativo es el de la **cobertura por la institución competente en caso de falta de pago de salarios**. Las empresas que actúan fraudulenta y maliciosamente, una vez descubiertas, suelen desaparecer, dejando un reguero de deudas, entre las que están habitualmente las de sus trabajadores, y provocando dolosamente la insolvencia. La Directiva 2008/94/CE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario contempla situaciones transnacionales en los artículos 9 y 10.

Para determinar el Estado miembro cuya institución de garantía es competente para el pago de los créditos salariales impagados de los trabajadores debe considerarse que el empresario insolvente tenga actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros, para lo cual no basta con que el trabajador ejerza allí cualquier forma de trabajo, sino que la empresa debe tener *presencia económica permanente*, lo que se traduce

en la contratación estable de uno o más trabajadores asalariados. Entonces, *la institución competente es la del Estado miembro en el que el trabajador preste habitualmente sus servicios, con independencia del Estado a cuya Seguridad Social se encuentre afiliado* (STJUE 16-2-23, C-710/21, Asunto IEF Service).

En cambio, en España, es el **art. 33.9 ET** el que establece los **requisitos para ser beneficiario de la prestación del Fondo de Garantía Salarial** en relación con los créditos impagados de los trabajadores que ejerzan o hayan ejercido habitualmente su trabajo en España cuando pertenezcan a una empresa con actividad en el territorio de al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, uno de los cuales sea España, exigiendo la concurrencia conjunta de a) la solicitud de la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario en un Estado miembro distinto de España, previsto por sus disposiciones legales y administrativas, que implique el desapoderamiento parcial o total del empresario y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar y b) Que se acredite que la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones, ha decidido la apertura del procedimiento; o bien que ha comprobado el cierre definitivo de la empresa o el centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento

Así se puede dar el caso de que no se cumplan estas condiciones quedando desprotegidos los trabajadores si ninguna de las instituciones de los Estados miembros cubre la insolvencia. El caso paradigmático que no resuelve la literalidad de la normativa expuesta sería el de las “*empresas-buzón*”, las que en realidad solamente han tenido actividades en un Estado, es decir que los trabajadores de producción solamente han trabajado para esa empresa en el Estado de acogida, habiendo mantenido fraudulentamente la Seguridad Social en el Estado de origen. Para la demanda por despido y cantidades podría ser competente la Jurisdicción del Estado donde se firmó el contrato, pero en caso de insolvencia de la empresa, es dudoso que la institución de garantía tenga que soportar la prestación por los salarios que corresponderían en el Estado de origen.

Un caso distinto sería el de **simulaciones y altas ficticias**, en el que aunque exista una sentencia firme de condena donde se haga responsable subsidiario al organismo, si el alta ha sido en empresas declaradas ficticias por la Inspección de Trabajo tras constatarse que no tuvieron actividad empresarial y que su creación o desarrollo tenía por finalidad la obtención fraudulenta de prestaciones públicas, no pueden lucrar las del FOGASA (STSJ Cataluña (Social), sec. 1ª, S 09-02-2015, nº 854/2015, Rec. 6934/2014).

3. Cuestiones pendientes de desarrollo reglamentario: su trascendencia.

3.1.- Registro Central de Comunicaciones de Desplazamiento (DA 6ª Ley 45/1999)

Como se viene apuntando a lo largo de este Documento Técnico, no hay un sistema que aúne las comunicaciones de desplazamientos. Por ello, no se puede disponer de un conocimiento de datos estadísticos suficientes y precisos del Estado miembro Reino de España. Algo que es de la máxima importancia como se encarga de recalcar la Directiva 2018 en su Considerando 5. Las autoridades autonómicas tienen sus registros y no están coordinados. Para poder conocer la información derivada de las comunicaciones de desplazamientos es preciso recabar datos de todos ellos y no siempre es posible.

Por consiguiente, los datos obrantes son estimativos y fruto de estudios académicos, sin que oficialmente se dispongan de estadísticas de empresas desplazadas a España, más allá de los referidos a formularios A1 emitidos por la TGSS para empresas españolas desplazadas.

Pero hay que tener en cuenta que además del uso meramente estadístico de los datos de desplazamiento, que ya en sí es importante para

la articulación de políticas económicas y laborales adecuadas, las TICs y las nuevas tendencias en la inspección laboral pueden hacer un uso valioso para poder planificar actuaciones de control. Tal y como sucede con muchas otras materias, la herramienta de lucha contra el fraude (HLF) es una potente herramienta de planificación de la ITSS. Si a ello le sumamos las posibilidades de desarrollo de las actuaciones administrativas automatizadas (AAA) no se acaba de entender que el propio Ministerio de Trabajo, no finalice esta tarea pendiente en beneficio del interés general y de su propia inspección.

3.2.- Comunicación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de trabajadores desplazados (Art. 6.4 Ley 45/1999).

Actualmente los sistemas de comunicación son el DELTA para accidentes de Trabajo y el CEPROSS para enfermedades profesionales. Ambos afectan a competencias de Seguridad Social y de PRL y se ocupan de permitir la comunicación de las llamadas contingencias profesionales establecidas en los artículos 156 y 157 de la LGSS, que conforme a la disposición adicional primera de la LPRL tanto en su definición como en su régimen jurídico son de aplicación en PRL.

Los sistemas señalados exigen al alta en el sistema de SS español para poder utilizarlos y por ello **no es posible que respecto de los trabajadores desplazados se pueda cumplir con la obligación de comunicación** tal y como se ha especificado en el apartado de infracciones. Es obvio que una de las cuestiones más trascendentes de las condiciones de trabajo, si no, la que más, es la preservación de la vida y la salud de los trabajadores y para ello, es básico que el control de los accidentes de realice y que sea lo más inmediato posible y eso depende de tener noticia de los mismos.

3.3.- *Ejecución transnacional de sanciones administrativas* (DA 7ª Ley 45/1999)

Pese a que la Directiva 2014 dedica gran parte de su articulado a esta materia, el capítulo VI, artículos 13 a 19, más el art. 20, **no ha habido avances sustanciales que permitan un sistema de cobro efectivo a empresas desplazadas**, con lo que supone para un importante freno para desincentivar el fraude. La ineficacia y la lentitud en la exigencia de las responsabilidades administrativas conllevan la posibilidad de un ecosistema para defraudadores profesionales que, conscientes de la inoperancia en la práctica y, en definitiva, de su inmunidad, van a explorar nuevas vías de incumplimientos y abusos sin respuesta legal disuasoria.

Ejemplificantes por su ineficacia, valga la contradicción, en la imposición de sanciones a empresas extranjeras, son los casos de multas a empresas extranjeras por incumplimiento de la actual Ley del Juego o a plataformas y redes sociales con residencia fuera de España, que en algún caso incluso de orden judicial de suspensión de actividad, se ha tenido que anular por el magistrado actuante.

4. Jurisprudencia nacional: página en construcción.

Las dificultades inherentes al fomento de la integración económica mediante la acción del legislador de la UE (debidas a un proceso decisorio complejo y difícil) han trasladado al TJUE la carga de equilibrar el interés legítimo de los Estados con el interés de la UE (https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-labour-authority-ela_es).

Como se ha venido expresando, en contraste con la amplia repercusión de la libertad de prestación de servicios en el TJUE, los tribunales españoles apenas se han pronunciado sobre los derechos sociales. **Son escasos los**

pronunciamientos judiciales en España sobre desplazamiento en el marco de una prestación de servicios.

Sobre la posibilidad de imponer un **recargo de prestaciones** por accidente ocurrido en otro Estado en el que prestaba servicios durante un desplazamiento se han pronunciado favorablemente dos reseñables sentencias.

La más reciente es la del TSJ Madrid (Social), sec. 1ª, S 15-03-2019, nº 306/2019, rec. 919/2018. En ella se plantea el caso de un trabajador que sufre un accidente el 20-6-2013 en unas obras en el Estadio Olímpico de Marsella. Fue contratado por una empresa española, que era subcontrata de otra española, y ésta a su vez, de la contratista francesa. El juez de instancia da credibilidad al informe de la inspección francesa (al considerar que se ha realizado por un organismo objetivo, profesional, especializado, imparcial y público, con inmediatez temporal y geográfica) sobre la falta de medidas de seguridad no de la empleadora, sino de la contrata. Y es a esta a la que hace responsable del recargo, declarando la incompetencia sobre las empresas francesas implicadas.

Más antigua pero también, con argumentos de peso, es la del TSJ Galicia (Social), sec. 1ª, S 18-03-2008, nº 270/2008, rec. 318/2008. En este caso se trató de un accidente mortal ocurrido el 21-8-2001 en una obra en el hospital de Vilanova de Cerveira (Portugal) llevando a cabo trabajos de demolición, sobre el que existía ya una sentencia del Juzgado de lo Social, confirmada por el TSJ, en la que se apreciaba falta de medidas y el derecho de la viuda del trabajador a ser indemnizada. El trabajador era de nacionalidad colombiana contratado por una empresa española y desplazado a la citada obra, donde su empresa era subcontratista y la contratista también era española. Todas ellas son responsables solidarias del recargo, entendiéndose que a efectos del recargo, es de aplicación la “*lex loci delegationis*”, es decir la normativa española, ya que no se trata de un domicilio de conveniencia.

En ninguno de los dos casos, se inició el expediente de recargo por la Inspección española que por razones de territorialidad no pudo investigar el

accidente. En consulta de 2016 se apunta por la DGITSS tres razones que condicionan la actuación inspectora:

- En primer lugar, por la imposibilidad de investigar directamente en el lugar de trabajo las circunstancias fácticas del accidente, al haberse producido éste fuera del territorio español, imposibilidad que no es exclusiva ni específica de los supuestos de desplazamiento transnacional contemplados en la Ley 45/1999, sino que concurre en cualquier otro supuesto de accidente de trabajo acaecido fuera del territorio español.

- En segundo lugar, en el caso del eventual incumplimiento de condiciones únicamente establecidas en la ley del país de destino y no contempladas en la legislación aplicable a los trabajadores que prestan servicios en España, por la posible dificultad de conocer y probar el contenido de dicha legislación.

- En tercer y último lugar, por la eventual duplicidad de actuaciones sancionadoras por parte de las autoridades inspectoras de los países de origen y destino, que pudiera afectar a la prohibición del bis in ídem.

Otro supuesto distinto es el de la consideración del alta en España de un trabajador de una “*empresa buzón*” española, es decir, sin actividad material en España que contrata trabajadores en España para que realicen su actividad laboral en Bélgica: la TGSS, previo informe de la ITSS anula el alta de un trabajador y este recurre contra dicha anulación y acaba resolviendo la sala de lo contencioso del de Valencia (STSJ CV 5509/2021 - ECLI:ES:TSJCV:2021:5509) que no ha existido actividad laboral material en España, y por tanto, durante los cinco días que trabajó en Bélgica estaba sometido a la legislación Belga y no procede el alta.

En un supuesto muy parecido de empresa española establecida en Portugal, y sin actividad allí, el TSJ Asturias, en sentencia de 1 de febrero de 2013 (Rec. 2813/2012) no apreció fraude de ley, aunque hay que tener en cuenta la evolución normativa (SERRANO GARCÍA, 2017, p. 168).

5. Actuaciones inspectoras conjuntas hispano-lusas, con especial referencia a Castilla y León:

Las actuaciones de colaboración internacional entre inspecciones de la UE se han venido realizando con asiduidad desde finales del siglo pasado, a través del Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo de la UE (*Senior Labour Inspectors Committee - SLIC*) órgano asesor de la Comisión Europea formado por las Inspecciones de Trabajo de los Estados Miembros para temas relacionados con el cumplimiento de la normativa de la Unión Europea en materia de seguridad y salud en el trabajo, que le pueden proponer iniciativas que favorezcan la aplicación efectiva y equivalente de la legislación de la UE. Es importante tener en cuenta que el SLIC sólo se ocupa de **temas de seguridad y salud en el trabajo** (tema común a todas las inspecciones europeas, sean generalistas -como la española- o especializadas). No se ocupa, por tanto, de cuestiones laborales o de Seguridad Social. Aunque desde 1982 ya venía operando informalmente, el SLIC fue constituido institucionalmente mediante la Decisión 95/319, de 12 de julio de 1995 de la Comisión.

Hay que destacar también la participación de la ITSS en la Red europea contra trabajo no declarado o en el proyecto CIBELES sobre asistencia mutua de inspecciones.

Como ya se explicó, al Art. 16.11 de la LOSITSS posibilitaba la colaboración de las Autoridades de los Estados Miembros de la Unión Europea con competencias equivalentes a las de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social teniendo como base legal dos vías normativas, bien la normativa de la Unión Europea o bien, los instrumentos o acuerdos bilaterales o multilaterales de los que sea parte el Estado Español.

Actualmente hay acuerdos bilaterales firmados por la ITSS con la Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) de Portugal, la Dirección General de Trabajo de Francia y hay memorandos de entendimiento, esto es, acuerdos más generales, con otros Estados como Rumanía, Polonia e Italia. Estos acuerdos tienen la categoría de “acuerdos internacionales no

normativos” de acuerdo con lo dispuesto en el título IV (art. 43 y ss.) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales y no constituyen fuente de obligaciones internacionales.

Respecto a la euromovilidad, cada vez son más habituales los encuentros entre inspecciones, y como muestra los acuerdos suscritos entre la inspección española y la francesa, rumana o polaca, pero especialmente intensa es la relación entre las dos inspecciones ibéricas.

Ya en octubre de 2003, en el contexto del artículo 4 de la Directiva 96 se formalizó un *“Acuerdo de intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España y la Inspección General de Trabajo de Portugal”* donde se plasma que las estructuras y mecanismos existentes ofrecen un medio de cooperación transnacional y que ambas Inspecciones han venido manteniendo contactos desde el año 2000 con sustanciales avances en la identificación de los ámbitos de actuación inspectora que son objeto de común interés, así como en su análisis, diagnóstico y propuestas de cooperación derivadas de los mismos, especialmente gracias a las valiosas aportaciones realizadas en las reuniones celebradas entre las Inspecciones más próximas a nivel regional.

En este nivel regional se enmarcan las numerosas colaboraciones realizadas por la Inspección de Castilla y León en estos últimos 20 años. Ya en 2004 se colaboró en la elaboración de una *“Guía práctica o vademécum para desplazamientos de empresas portuguesas”* y mediante diversas inspecciones conjuntas, como en la obra de construcción del Puente internacional de Quintanilha en 2010; en empresas agropecuarias en 2015; entre 2016 y 2017 se llevó a cabo la Campaña Ibérica Prevención de Accidentes de Trabajo en la que participaron la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) y la *Autoridade para as Condições do Trabalho* (ACT) de Portugal, con visitas conjuntas entre Castilla y León y provincias colindantes de Portugal para investigación de accidentes, incluyendo una jornada formativa en Braganza; en 2019 se colaboró en la elaboración de una *“Guía en materia de actuaciones conjuntas con inspectores de Portugal”*.

Más recientemente, en junio de 2023 se ha llevado a cabo dentro del *Proyecto Eurodétachement* (Proyecto europeo de formación común de inspectores de trabajo y agentes implicados en el control de la efectividad del Derecho comunitario para la protección de los trabajadores desplazados) diversas colaboraciones realizadas con la “*Autoridade para as Condições do Trabalho del Centro Local do Nordeste Transmontano – Bragança y Guarda*”, con visitas y comparecencias conjuntas en el sector de la construcción; reunión conjunta en Zamora.

Por encomienda del Jefe de la Unidad Especial de Coordinación en la Lucha contra el Fraude en el Trabajo Transnacional (Eumobility) de la Oficina Nacional de la Lucha contra el Fraude (ONLF) (Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (OEITSS) y con el amparo de la Autoridad Laboral Europea, se organizó una reunión en Zamora el 21-9-2023 a efectos de intercambiar información, formación y emitir conclusiones sobre actuaciones realizadas en junio de 2023 (visitas y comparecencias) conjuntas entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Salamanca y Zamora, con las Inspecciones de la ACT de Guarda y Braganza respectivamente.

Se concluyó que la colaboración entre las autoridades portuguesas y españolas ha de ser permanente y debe ponerse inmediatamente en marcha ante cualquier acontecimiento que pueda requerir de una acción conjunta, adquiriendo el **compromiso de colaboración permanente** ante problemas puntuales, que de forma no exhaustiva, pueden ser los siguientes: sospecha de una empresa buzón en España o Portugal; sospecha que una empresa solo tiene actividad en un país distinto al que se encuentra la sede formal de la empresa; accidentes de trabajo de trabajadores desplazados; cualquier consulta directa de información sobre trabajadores portugueses o españoles desplazados al país vecino accidentados en las zonas fronterizas sin perjuicio de la comunicación que se haga mediante el sistema de información IMI para solicitar información; sospecha de fraude de trabajadores desplazados nacionales de terceros países; cuando existan dudas razonables sobre las condiciones de residencia y trabajo en España o Portugal de trabajadores nacionales de terceros países; sospecha de fraude en las prestaciones de seguridad social o sospecha de que un trabajador está compatibilizando el

trabajo en un país con el percibo de prestaciones de seguridad social en el otro país de manera ilegal.

Se culmina esta colaboración con un **encuentro hispanoluso en Mérida los días 3 y 4 de octubre de 2023**, donde tuvo lugar un encuentro entre el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Autoridad de Condiciones de Trabajo de Portugal (ACT), que ha contado también con la presencia y apoyo de la Autoridad Laboral Europea (ALE).

La reunión, presidida por la Directora del OEITSS y la Inspectora General de la ACT, y con asistencia del Jefe de la Unidad de Inspección Autoridad Laboral Europea, y los dos Oficiales de Enlace de España y Portugal, en la misma, además del Jefe de Inspección provincial de Salamanca, entre otros, ha servido para acordar la **creación de un nuevo marco regional de cooperación reforzada entre las dos inspecciones**. Este nuevo marco supone el fortalecimiento de la cooperación entre las autoridades de inspección de trabajo de las regiones fronterizas entre España y Portugal. Así, se crean **cuatro ámbitos de cooperación bilateral entre los que está el de Castilla y León/zona de Guarda**, además de Galicia/Norte de Portugal, Extremadura/Alentejo y Andalucía/Algarve. En cada una de estas regiones se reforzará la relación fronteriza, con identificación de puntos de contacto, realización de reuniones de coordinación anuales y desarrollo de nuevas actuaciones inspectoras.

Junto a lo anterior, se ha revisado el grado de cumplimiento del Plan de Actividades acordado entre ambas inspecciones para el período 2023-2024 y se han abordado importantes **aspectos para el refuerzo de la efectividad de ambas inspecciones**:

-Se ha realizado un análisis conjunto del modo en que se comunican los accidentes de trabajo de las personas trabajadoras desplazadas por sus empresas para trabajar de forma temporal en España y en Portugal. Como resultado de este análisis, se ha acordado la adopción de medidas para mejorar y agilizar la información que cada país dispone de este tipo de accidentes de trabajo.

-Se ha avanzado en la posibilidad de intercambiar datos entre ambas inspecciones de trabajo, analizando qué datos son susceptibles de intercambio y examinando posibles vías de transmisión.

-Se ha analizado el modo en que se llevan a cabo las inspecciones de trabajo concertadas y conjuntas en el marco de la Autoridad Laboral Europea, con vistas a mejorar este tipo de actuaciones inspectoras. Entre otras medidas, se ha acordado actualizar un vademécum que data del año 2009, con el fin de establecer criterios interpretativos conjuntos para los funcionarios de ambos países que realizan las actuaciones inspectoras.

Se da la circunstancia de que la cooperación hispano-portuguesa en materia de inspección de trabajo cumplía este año su veinte aniversario, pues fue en 2003 cuando se firmó el primer acuerdo de cooperación bilateral entre ambas instituciones. En virtud de estos acuerdos de cooperación, es tradicional que los equipos directivos de OEITSS y ACT mantengan un encuentro anual

Hay programada una **reunión en Estremoz (Portugal) para los días 3 y 4 de octubre de 2024**. Se trata de llevar a cabo un encuentro de los equipos, unidades y responsables sobre movilidad laboral de la ACT y la ISS de Portugal y la ITSS española y de los agentes sociales del sector de la construcción que presentará la forma de visita de estudio (study visit) en el marco de las actividades de creación de capacidades (capacity building) de la Autoridad Laboral Europea.

Los objetivos son, por una parte, abordar las acciones conjuntas en temas de movilidad como las relativas al control de los desplazamientos de nacionales de países terceros que provengan de ambos países, el control de las empresas buzón y el control del fraude a las cotizaciones a la seguridad social por los trabajadores desplazados en los salarios, dietas o “ayudas de custo”, por otra abordar los problemas que surgen en la movilidad de trabajadores del sector de la construcción cuando se aplican las respectivas disposiciones de los convenios colectivos de ambos países en materia de formación profesional y preventiva (exigencia de titulaciones y cursos de formación diferentes en cada país) y en materia de salarios (equivalencia entre categorías profesionales de cada país).

Se intentará hacer un análisis profundo de las legislaciones de ambos países y de las posibilidades de actuación armonizada o común sobre los distintos aspectos haciendo finalmente un Vademécum con todos los documentos escritos que se aprueben de forma consensuada para que sirva de orientación a los inspectores de trabajo y de seguridad social de ambos países.

6. Defensa de los derechos laborales.

A lo largo del informe se percibe que, de un lado, la búsqueda por los empleadores de la eliminación de trabas burocráticas a la libre prestación transnacional de servicios es el origen de numerosas sentencias del TJUE, empezando por la icónica Rush portuguesa. Ante la inexistencia de otras instituciones, los operadores económicos han intentado utilizar las disposiciones sobre libre circulación para fomentar su libertad económica, (POIARES MADURO, 2013, p. 391).

De otro lado, el incremento de los desplazamientos y el aprovechamiento por algunos empleadores de resquicios para conseguir deslealmente beneficios están ocasionando situaciones claras de indefensión en los trabajadores, especialmente preocupantes en los casos de desplazamientos fraudulentos y el trabajo transnacional no declarado. (MARTÍNEZ GAYOSO, 2017, p. 359): estos trabajadores sufren altos niveles de precariedad. Los estudios empíricos más recientes elaborados a propósito de las experiencias constatadas en algunos países europeos vienen confirmando, de hecho, la **existencia de altos niveles de precariedad en el ámbito de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en Europa, así como la efectiva subsistencia, en muchas situaciones, de notorias diferencias entre las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados y los autóctonos** (LASEK-MARKEY, 2024, pp. 1-15).

Para resolver los conflictos de leyes provocados por las “*empresas-buzón*” por las autoridades administrativas y judiciales, es necesaria una

coordinación adecuada que en la práctica no existe muchas veces entre organismos de un solo Estado y no digamos, cuando hay distintas instituciones implicadas de dos Estados.

A esta circunstancia se añade un **déficit en la asistencia jurídica de los trabajadores**. A diferencia de los empleadores, especialmente las grandes empresas, que suelen disponer de asesores jurídicos de despachos especializados en derecho internacional a los que retribuyen en proporción a los beneficios obtenidos o que esperan obtener, la defensa jurídica de los trabajadores desplazados se encuentra con el problema de la ausencia de abogados laboristas especializados en su defensa. Es muy frecuente la existencia en los Estados miembros de sindicatos y ONGs dedicados a la ayuda a migrantes extranjeros con y sin permisos de residencia y de trabajo, pero paradójicamente, no son frecuentes servicios de asistencia específica para los trabajadores desplazados. (vid. Asistencia en Alemania para trabajadores expatriados: <https://www.arbeitundleben.de/>).

Si a ello le añadimos las **dificultades** ya apuntadas **para ejercer con eficacia la acción colectiva y sindical en un Estado distinto**, contemplada en el art.1.2 de la D 2014, se puede llegar fácilmente a la conclusión de que en los casos de fraude es improbable que el trabajador acabe viendo satisfechos sus derechos; que los empleadores directos se declaren insolventes y no tengan que responder por sus incumplimientos; y que a los empresarios contratistas y principales que acaban recibiendo la prestación directa o indirectamente de los servicios prestados, tampoco les alcance ninguna responsabilidad. Aún después de la Directiva 2014, en el Derecho de la UE seguía sin darse el paso hacia una solución transnacional que asegurase la igualdad de trato (GARCÍA TRASCASAS, 2017, p. 303).

La modificación del artículo 5 párrafo tres de la Directiva 91/76, introducida por la Directiva 2018/957, obliga a los Estados miembros a velar para que los trabajadores y sus representantes dispongan de procedimientos adecuados para que se cumplan las obligaciones. Pero es el artículo 11 de la Directiva 2014 el que concreta (la) “*Defensa de los derechos (la) Facilitación de las denuncias (y el) Pago de atrasos*”: los Estados miembros deben garantizar que los trabajadores desplazados dispongan de mecanismos

eficaces para presentar directamente denuncias contra sus empleadores, y tengan derecho a iniciar procedimientos judiciales o administrativos también en el Estado miembro en cuyo territorio estén o hayan estado desplazados. Alude también a la capacidad para velar por el cumplimiento de los derechos de los trabajadores de sindicatos y otras terceras partes, como asociaciones, organizaciones y otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en su Derecho nacional, tengan un interés legítimo.

Esos mecanismos eficaces deberán alcanzar a todo derecho resultante de la relación contractual entre el empleador y el trabajador desplazado, debiendo responder el empleador de garantizar dichos derechos, que incluirán toda remuneración neta; los reembolsos de impuestos, cotizaciones a la seguridad social y fondos o instituciones comunes retenidos indebidamente de sus salarios y los costes del alojamiento.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley 45/1999 en sus artículos 15 y 16 regula el ejercicio y la competencia de la potestad jurisdiccional, sin nombrar expresamente el derecho a la defensa por el trabajador. La D.A. 3ª viene a reconocer a los **representantes de los trabajadores desplazados** a España la **posibilidad de ejercer acciones administrativas o judiciales** en los términos reconocidos a los representantes de los trabajadores por la legislación española. Así como las competencias que les reconoce la legislación española a los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias y de las empresas que reciban en España la prestación de servicios de los trabajadores desplazados respecto a dichos trabajadores, con independencia del lugar en que radique la empresa de trabajo temporal o la empresa prestataria de los servicios.

La D.A. 10ª abre la puerta a iniciativas de los interlocutores sociales para informar a las empresas y a los trabajadores sobre las condiciones de empleo aplicables a los desplazamientos de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional.

Por otra parte, respecto a los desplazados desde España, la D.A. 1ª en su punto 2, solamente alude al derecho a la información de los interesados, sin que tampoco haga referencia expresa para los trabajadores el punto 5, que se remite en cuanto a las actuaciones de la Inspección al art 20 de la Ley

23/2025, que establece que también puede actuar la ITSS en virtud de denuncia.

Por otra parte, no nos podemos olvidar de la capacidad de los interlocutores sociales de fijación de salarios y otras condiciones laborales a través de la negociación colectiva. Es uno de los instrumentos más poderosos de los que disponen los sindicatos, que tienen en sus manos la determinación de auténticas normas de aplicación general que tendrían que ser aplicadas tanto a desplazados a España como a los desplazados desde España.

En este último caso, **la posibilidad de intervención sindical en la regulación convencional de las condiciones laborales de desplazamiento internacional ha sido muy poco explotada**. Podemos tomar como ejemplo positivo en el ámbito sectorial, el artículo 44.2 del IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal, registrado y publicado por Resolución de 29 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo. Igualmente se contemplan en los Convenios colectivos de empresa de ADIF, Vestes Eólica y Compañía Española de Petróleo (MENDOZA NAVAS, 2017, p. 210). Sin embargo, no hay constancia de ninguna regulación específica, por ejemplo, en el VII Convenio colectivo general del sector de la construcción, como sector predominante en materia de desplazamientos.

Pero un análisis en profundidad del estado de la cuestión y de las posibilidades de desarrollo debería ser objeto de un más amplio y complementario tema de estudio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA.

- ABRUNHOSA E SOUSA, D.: “Chapter 10: Posting of workers before Portuguese courts”, en RASNACA, Z. – BERNACIAK, M.: *Posting of Workers before national courts*, European Trade Unión Institute (ETUI), Bruselas, 2020.

- ANDRIESCU, M. (et alter): *Study supporting the monitoring of the Posting of Workers Directive 2018/957/EU and of the Enforcement Directive 2014/67/EU. The situation of temporary cross-border mobile workers and workers in subcontracting chains*. European Commission (Employment, Social Affairs and Inclusion), Luxemburgo, 2023.

- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “La protección social en los desplazamiento transnacionales temporales de trabajadores dentro de la Unión Europea: las relaciones entre la Directiva 96/71 Ce y los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social”, en PÉREZ GUERRERO, M.L. – QUINTERO LIMA, M.G. (Dir.) - 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.

- BARNARD, C.: *The Substantive Law of the UE: the Four Freedoms*, 7ª Edición, Oxford University Press, 2022.

- CALVO GALLEGO, F.J.: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores en el seno de la Unión Europea: aspectos individuales y lucha contra la precariedad”, en PÉREZ GUERRERO, M.L. – QUINTERO LIMA, M.G. (Dir.) - 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.

- CARRERA HERNÁNDEZ, J.: “Libre ejercicio de actividades económicas asalariadas”, en BENEITO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo IV, Aranzadi, Pamplona, 2013.

- CARTER, D.: “Equal pay for equal work in the same place? Assessing the revisión to the Posted Workers Directive”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 14, nº 1, 2018.

- CARRASCOSA BERMEJO, D. – CONTRERAS HERNÁNDEZ, O.: *Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras. Proyecto Posting.Stat (VS/2020/0499)*, Lovaina, 2022.

- CASAS BAAMONDE, M.E.: "Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significado de la Ley", en CASAS BAAMONDE, M.E. - DEL REY GUANTER, S. (Dir.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

- COMISIÓN ADMINISTRATIVA DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL UE (CACSS): *Guía Práctica sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*. Comisión Europea (Employment, Social Affaires and Equal Opportunities), Luxemburgo, Diciembre 2013.

- COMISIÓN EUROPEA: *Guía práctica sobre el desplazamiento de trabajadores*. Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, Diciembre 2019.

- COMISIÓN EUROPEA: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación y ejecución de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, Bruselas, 30 de abril de 2024 (COM (2024) 320 final).

- DE WISPELAERE, F. - DE SMEDT, L. - PACOLET, J.: *Posting of Workers. Report on AI Portable Documents issued in 2020*. European Commission (Employment, Social Affairs and Inclusion), Luxemburgo, 2021.

- DE WITTE, B.: “The freedom to provide services. The controversial freedom?”, en GARBEN, S.- GOVAERE, I.: *The Internal Market 2.0*, Bloomsbury, London, 2021.

- FONTINOPOULOU BASURKO, O.: “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de Derecho Social*, nº 70, 2015.

- FONTINOPOULOU BASURKO, O.: “El trabajo “transnacional”. Retos presentes y futuros de la ejecución de servicios extraterritoriales”, *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, nº 1, 2023.

- GÁRATE CASTRO, F.J.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- GÁRATE CASTRO, F.J.: “La modificación de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957: una mejor solución del conflicto entre la libre prestación de servicios y la protección sustantiva del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, Diciembre 2019.

- GARCÍA TRASCASAS, A.: “Desplazamiento de trabajadores y acciones colectivas en conflictos transnacionales”, en FONTINOPOULOU BASURKO, O.: *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017.

- GOÑI SEIN, J.L.: “Prólogo”, en RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

-LASEK-MARKEY, M.: “Effective enforcement of the EU framework on the posting of workers: empirical evidence”, *European Labour Law Journal*, Vol. 1, 2024.

- LÓPEZ GANDÍA, J.: “Movilidad transnacional y Seguridad Social. Especial referencia a los desplazamientos transnacionales de trabajadores”,

Revista de Trabajo y Seguridad Social-Centro de Estudios Financieros, nº 416, 2017.

- LÓPEZ GANDÍA, J.: “El desplazamiento transnacional de trabajadores: regulación aplicable en materia de Seguridad Social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Universidad de Sevilla, Nº Extraordinario 2022.

- LLOBERA VILA, M.: *El desplazamiento trasnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios*, Constitución económica y principio de proporcionalidad. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

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

- MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.: “Seguimiento del cumplimiento de la Directiva 2014/67 y de la Directiva 96/71: El papel de la Inspección de Trabajo”, en FONTINOPOULOU BASURKO, O.: *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017.

- MARTÍNEZ GAYOSO, N.: “Algunos aspectos sobre las garantías de cumplimiento establecidas para facilitar la protección de los trabajadores desplazados”, en FONTINOPOULOU BASURKO, O.: *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017.

- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: “Derechos colectivos de los trabajadores desplazados: situación de statu quo salvo reforma de los Tratados UE”, en PÉREZ GUERRERO, M.L. – QUINTERO LIMA, M.G. (Dir.) - 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.

- MENDOZA NAVAS, N.: “El papel de los interlocutores sociales en el establecimiento de las condiciones laborales en el Estado de acogida de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional”, en FONTINOPOULOU BASURKO, O.: *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017.

- MOLINA MARTÍN, A.M.: “El papel de la negociación colectiva en la regulación de los desplazamientos transnacionales”, en PÉREZ GUERRERO, M.L. – QUINTERO LIMA, M.G. (Dir.) - 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.

- OJEDA AVILÉS, A.: “Trabajadores transfronterizos y migrantes: los círculos aplicativos en los desplazamientos transnacionales”, *Revista de Derecho Social*, nº 99, 2022.

- POIARES MADURO, M.: *Tratado de Derecho y políticas de la unión Europea*, Tomo IV, Aranzadi, pamplona, 2013.

- PÉREZ GUERRERO, M.L.: “Medidas de control y vigilancia de los Estados miembros en materia de desplazamientos temporales de

trabajadores: la Inspección de Trabajo y la Autoridad Laboral Europea en la lucha contra el fraude y la precariedad en el empleo”, en en PÉREZ GUERRERO, M.L. – QUINTERO LIMA, M.G. (Dir.) - 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.

- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. (Coord.): *Guía práctica para el desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea (Actualizado al RD-Ley 7/2021 que transpone la Directiva (UE) 2018/957)*. Wolters Kluwer-CISS, Madrid, 2021.

- 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*, nº 132, 2017.

- SALA FRANCO, T. – LALAGUNA HOLZWARTH, E.: “Evolución y aspectos críticos del desplazamiento transnacional de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-Centro de Estudios Financieros*, nº 439, 2019.

- SERRANO GARCÍA, J.: “La responsabilidad de las contratas y subcontratas en el ámbito comunitario y las necesidades de cambio de la normativa estatal”, en FONTINOPOULOU BASURKO, O.: *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017.

AUTORES DEL INFORME:

- JESÚS BAZ RODRÍGUEZ.
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Salamanca.
- RAÚL DAVID RAMOS MARTÍN.
Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Profesor Asociado de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de
Salamanca.

Documento Técnico elaborado en el marco de las actividades del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Salamanca (G.I.R.): “*Derecho, Trabajo y Protección Social. Digitalización, globalización y cambios sociales y demográficos*” (DERTRAB).

Fecha de cierre del texto: 14 de junio de 2024.