

# *Descentralización de la actividad productiva<sup>1</sup>.*

**Fernando Sicre Gilabert**

*Doctor en Derecho y Doctor en Ciencias Económicas*

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

## *1. La subcontratación laboral.*

### 1.1. El contrato de empresas en el ámbito laboral (comúnmente denominada descentralización productiva).

Se define la descentralización productiva como “aquella forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud de la cual una empresa -que denominaremos empresa principal- decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales -que llamaremos empresas auxiliares-, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo. Vía descentralización productiva, la empresa principal opta por no realizar el conjunto del ciclo productivo con sus trabajadores, pues deriva parte de su actividad para que la lleven a cabo otras empresas o profesionales autónomos con su organización, personalmente o con asalariados a su servicio”<sup>2</sup>. El supuesto de hecho en el que consiste el concepto supone que una empresa decide no realizar directamente ciertas actividades, optando en su lugar encargar la realización de ciertas actividades a otra empresa, que es la que efectivamente los ejecuta y en cuya virtud se formaliza un contrato, ya sea civil o mercantil.

Nos encontramos ante diferentes formas de contratación entre empresas que desarrollan su actividad en un contexto de descentralización productiva a través de formas de contratación variopintas, sometidas en cualquier caso a los ámbitos del ordenamiento civil<sup>3</sup>, mercantil o administrativo<sup>4</sup>. En cualquier caso, las relaciones que se suscitan entre

---

<sup>1</sup> Extractos del autor. Sicre Gilabert, F. El empresario y las crisis empresariales: *los diferentes instrumentos para la gestión y solución de las relaciones laborales*. Editorial jurídica Sepín, Madrid 2017. Páginas 131 a 141.

<sup>2</sup> Cruz Villalón, J. XVIII Congreso Mundial de Derecho del trabajo y de la seguridad. Tema II Derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva. Paris, 5-8 de septiembre de 2006. Páginas 2-3.

<sup>3</sup> El uso de los instrumentos dispuestos por el Derecho civil se materializa, con carácter general, aunque no exclusivo, mediante el contrato de arrendamiento o ejecución de obra recogido en el artículo 1588 CC.

<sup>4</sup> El TS en sentencias de 27 de septiembre de 1996 y de 26 de abril de 1999, incluye en el ámbito de la contratación entre empresas o descentralización productiva los supuestos de concesiones administrativas. Resaltar, a efectos legales, el artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

las empresas son externas al Derecho del trabajo, que sí resulta de aplicación a la prestación de trabajo de los trabajadores intervinientes en todos los ámbitos de la descentralización productiva, lo cual implica también un peculiar régimen de responsabilidades regulado por dicha rama del Derecho.

La cuestión parte originariamente del derecho que asiste al empresario de decidir cómo realizar las actividades propias del objeto al que se dedica. El TS, de manera reiterada, fundamenta este derecho del empresario a la gestión, organización y decisión sobre la actividad desplegada como parte integrada en el concepto de la libertad de empresa dispuesto de manera genérica en el artículo 38 CE. A los efectos de la cuestión ahora objeto de análisis, la posibilidad de elegir entre la realización directa con sus propios trabajadores o a través de la prestación de la actividad de otra empresa, con el concurso lógicamente de su propia plantilla.

Como fenómeno institucional jurídico laboral, se encuentra ampliamente extendido, tanto que incluso en algunos sectores donde la descentralización productiva opera con su mayor intensidad, caso del sector de la construcción, el legislador optó por delimitar, mediante ley, las posibilidades de operar sin limitación en los diferentes niveles de subcontratación<sup>5</sup>. Se encuentra comúnmente aceptada y su uso es generalizado. Además de su uso intensivo en el sector de la construcción, en el de transporte y el de la distribución, también se considera generalizado su uso, amén del sector del Mantenimiento Industrial.

El “outsourcing” o descentralización productiva adopta multitud de formas, a cuyo través se externalizan, dando lugar a supuestos que van más allá de la mera contrata o subcontrata. Entre ellas podemos destacar las siguientes: 1) Los grupos de empresa, que pueden ser utilizados, y de hecho en ocasiones se utilizan, como forma de llevar a cabo una determinada política de personal en el contexto del grupo a través del correspondiente trasiego de trabajadores de una empresa a otra de las que conforman el grupo. 2) Las empresas de trabajo temporal, que aparecen en España a pesar de la fuerte oposición sindical existente en 1994, consecuencia de la LETE. En 1998 su régimen jurídico fue modificado, consistiendo básicamente el mismo en que el trabajador de la ETT que preste servicios en la empresa usuaria percibirá su salario con cuantía, como mínimo, igual a la de otro trabajador de la misma categoría de la empresa usuaria. Lo que supuso racionalizar su uso. Sin embargo, se observa desde entonces una tendencia de los empresarios de utilizar la contrata en supuestos en los que solo era posible la utilización de las ETT, ya que se generalizaron supuestos de cesión ilegal de mano de obra, conforme a lo prevenido en el artículo 43.2 ET. El motivo era obvio, el intento del ahorro de costes, ya que en las contratas se aplica el convenio que le es de aplicación a la propia contrata y no el de la empresa principal para la que la contrata presta sus servicios o ejecuta una obra. Finalmente, la Ley 35/2010, volvió al alterar su régimen jurídico, flexibilizándolo y reduciendo ostensiblemente las limitaciones para su utilización, básicamente en lo concerniente a los supuestos hasta entonces vigentes de prohibición de su uso en determinados sectores de la actividad. 3) El sistema de franquicias y concesiones de venta en exclusiva de determinados productos, como ha sido el caso paradigmático de la venta de automóviles y para terminar, un sistema de prestación de servicios o ejecución de obras habitual en las “grandes superficies”, aunque no de manera exclusiva, en los que se

---

<sup>5</sup> Ley 32/2006, de 18 de octubre, de subcontratación en el sector de la Construcción.

procede a la cesión de locales, con prestación de servicios comunes, incluso con imposición de condiciones de realización de la actividad comercial que llegan a incidir en las propias condiciones de empleo y de trabajo<sup>6</sup>. 4) El trabajo autónomo puede catalogarse como supuesto de descentralización productiva, si bien la figura debe considerarse en el ámbito de los falsos autónomos. También, el trabajador autónomo económicamente dependiente<sup>7</sup>, es el caso extremo en este ámbito de la descentralización productiva, con especial incidencia en el sector del transporte y la distribución<sup>8</sup>.

Hay que advertir que, siendo lícita la “contrata” de obras o servicios, el límite que supone la transgresión de su régimen jurídico es la figura de la cesión ilegal de mano de obra, configurada en el artículo 43.2 ET. Por tanto, se hace preciso delimitar adecuadamente la figura legal de la contrata, lo que supone constituir adecuada y válidamente la empresa, que deberá tener infraestructura propia para la realización de la actividad que constituye su objeto y disponer de medios propios de organización, a cuyo través realice el poder de dirección y control sobre su mano de obra. También deberá acreditarse que, efectivamente, asume los riesgos propios y naturales del ejercicio de una empresa en el ámbito del mercado, que puede sintetizarse en la asunción del riesgo y ventura en la gestión de su actividad empresarial, asumiendo los beneficios o las pérdidas que se deriven de ello.

El RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. justifica los cambios operados en materia de contratación y subcontratación empresarial en la existencia, en el mercado laboral español, de distorsiones relativas a un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización y una insuficiente utilización de los mecanismos de flexibilidad interna como medidas de adaptación, alternativas más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal, tal y como dispone la Exposición de Motivos, para rematar advirtiendo la justificación real de la necesidad de descentralizar la actividad productiva o prestadora de los servicios, de tal forma que las empresas compitan sobre la base de factores como la productividad, la eficiencia y el nivel de formación y de capacitación de la mano de obra, así como de la calidad de sus bienes y servicios y su grado de innovación. Dicha posición es la sostenida por la Comisión Europea, en la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea.

El contenido de la regulación abordada por el RD-Ley 32/2021, que modifica el artículo 42 ET, exige la utilización de la descentralización que impida que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas. Es cierto que, en ocasiones, la única causa de la descentralización productiva se justifica en la aplicación de condiciones de trabajo, fundamentalmente las salariales, o sea, como mecanismo de reducción de costes que afecta negativamente a la competencia cualitativa entre las empresas e incide también en el incremento de la

---

<sup>6</sup> Cruz Villalón, J. XVIII Congreso Mundial de Derecho del trabajo y de la seguridad. Tema II Derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva. Paris, 5-8 de septiembre de 2006. Página 4.

<sup>7</sup> Ley 20/2007, de 11 de julio, Estatuto del Trabajador Autónomo.

<sup>8</sup> Artículo 1.3.g) ET.

precariedad laboral. Por ello, insiste la Exposición de Motivos, procede una modernización de su regulación que asegure un uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva, al tiempo que lo desincentive en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costes, así como avanzar hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas.

El objetivo es una regulación precisa que garantice el equilibrio entre agilidad y flexibilidad (en trabajos especializados, asociados a un proyecto determinado, etc.) y un nivel adecuado de protección a las personas trabajadoras de las subcontratas, en relación con los trabajos que desarrollan.

Las reformas introducidas en la subcontratación por el RD-Ley 32/2021, suponen modificaciones en el contenido de los artículos 15.2 párrafo 5º, 16.4 y 42.6, todos ellos del ET.

El artículo 15.2, párrafo 5º ET, corta de raíz la problemática planteada en el TS relacionada con la causa del contrato de trabajo en los casos de contrata y subcontrata, con los indeseables vaivenes de nuestro más alto tribunal, que ha justificado o no, como causa del contrato de trabajo, el objeto del contrato mercantil suscrito entre la empresa principal y la contratista o subcontratista. Ahora, la discusión ha llegado a su fin por disposición legal, cuando dice que no podrá identificarse como causa de este contrato, la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores. Es decir, la norma diferencia nítidamente entre la causa del contrato de trabajo cuando la causa del contrato de trabajo sea el objeto de la contrata como tal, de las necesidades de contratación de naturaleza contingentes o temporales en el devenir de la contrata. Quizás de manera sintética podríamos resumirlo de la siguiente forma: recurso al contrato fijo discontinuo cuando el contrato queda circunscrito a las necesidades estructurales de la contrata en la ejecución de la obra o la prestación de servicios en la empresa principal o en la contrata, para los casos de subcontratación. Pero, al unísono permite recurrir a la contratación temporal prevista en el artículo 15 ET, para la provisión de mano de obra, cuando la causa de los contratos se corresponda con las prescripciones al efecto dispuestas en el artículo referido.

La segunda de las modificaciones operadas por RD-Ley 31/2021 en el régimen jurídico laboral de la subcontratación, aparece inserta en el artículo 16.4 ET, que determina el régimen de los períodos de inactividad que podrán ser acreditados por las empresas contratistas o subcontratistas, cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contrata, subcontrata o con motivo de concesiones administrativas. La norma indicada los limita a aquellos períodos que pudieran producirse cuando finaliza una subcontratación y pasa a operar una nueva empresa subcontratista en el seno de la empresa principal, en lugar de la que cesa. Sólo en ese caso se permite justificar períodos de inactividad que, solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones. En estos supuestos, los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses. Una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma. Es decir, los sobrantes de plantillas que persistan una vez

adecuada la estructura de personal a las necesidades reales y formalizadas en el contrato de contrata, el nuevo subcontratista, sólo podrá recolocarlos en otros puestos de trabajo de la empresa, ajenos a la subcontratación, bien utilizar la vía de la suspensión del contrato o en su caso de la reducción del tiempo de trabajo en los términos dispuestos en el artículo 47 ET o en su caso al despido objetivo o colectivo, según procedas, al amparo de las previsiones contenidas en los artículos 52.c) o 51 ET, respectivamente.

La siguiente y última modificación operada en el régimen jurídico de la subcontratación, aparece contenida en el artículo 42.6 ET, referida al convenio colectivo aplicable a las empresas subcontratadas, que será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84 ET. Esto tiene una excepción y aparece recogida en la disposición adicional vigesimoséptima ET, que dispone que, en los casos de contrataciones y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 ET. Hemos de entender que el convenio aplicable en estos casos será el del sector al que pertenece la empresa subcontratista o al de empresa, en el caso de que dispusiera de ello.

### *1.1.1. Elementos determinantes de las diferentes responsabilidades que se articulan con la descentralización productiva.*

#### **1.1.1.1 La propia actividad.**

Las obras o servicios contratados o subcontratados pueden corresponder a la propia actividad o a distinta actividad de la desarrollada por la empresa principal contratante. Nuestra legislación<sup>9</sup> no define el concepto de la propia actividad, por lo que debe ser considerado un concepto jurídico indeterminado de construcción jurisprudencial que ha ido cambiando con el paso de los tiempos. En la actualidad, el concepto es pacífico por nuestra jurisprudencia.

Así, atendiendo al concepto de uso común y representativo de su acepción restringida, denominado del “ciclo productivo”, se puede definir como aquella actividad inherente o absolutamente indispensable para el objeto de la empresa principal<sup>10</sup>. Es decir, aglutina el concepto todas aquellas actividades que se incorporan al producto o servicio fabricado o prestado respectivamente, pero no todo lo que necesita la empresa, en cualquier caso, para conseguir el objeto por el que se constituye. O sea, hemos de diferenciar a colación con ello, entre lo que es “indispensable” de lo que es meramente

---

<sup>9</sup> Artículo 42 ET; artículo 24 LPRL; artículo 42.3 LISOS; y artículo 168 LGSS, entre otros.

<sup>10</sup> STS de 18 de enero de 1995; STS de 20 de julio de 2005. La primera de las expuestas que se dictó en unificación de doctrina viene a establecer por propia actividad a “las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa. Más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad”.

“instrumental”. En este sentido, se considera que son actividades indispensables aquellas que son inherentes al ciclo productivo de la empresa principal, y sin cuyo concurso no sería posible alcanzar el objeto por el que se constituye. Sin embargo, el TS volvió a restringir el concepto en la STS en UD de 24 de noviembre de 1998, “que llega a señalar que sólo quedarían incluidas en el art. 42 ET las actividades inherentes y no aquellas actividades que por más que puedan ser consideradas como indispensables o necesarias para la correcta ejecución del ciclo productivo o de servicios, no puedan recibir el calificativo de inherentes, al no estar directamente relacionadas con dicho ciclo”.

Ahora bien, existen actividades que sin duda son indispensables, pero no se incorporan como tal al ciclo productivo. Nos referimos a aquellas actividades instrumentales en el contexto de la producción o prestación del servicio de la principal, pero que no se incorporan al ciclo productivo de la principal. Entre ellas destacamos las empresas cuyas actividades son de limpieza, de seguridad y vigilancia, las de restauración y cafeterías en los centros de trabajo de otras empresas y las de mantenimiento industrial en algunas ocasiones, dependiendo del supuesto de hecho concreto que se plantee. Lógicamente, estas actividades “instrumentales” dejan de serlo cuando la contrata o subcontrata tiene lugar en el contexto de dichas actividades. Es decir, la contratación de una empresa de limpieza con otra de igual actividad debe considerarse, en buena lógica, que es una contratación de la misma actividad.

Una forma de analizar la cuestión consiste en observar si la actividad desarrollada por los trabajadores de la contratista o la subcontratista se incorporan directa o indirectamente en el producto final o en el servicio prestado por la principal.

Consecuencia de lo expuesto, quedan fuera del concepto de propia actividad, además de las actividades instrumentales ya referidas (limpieza, seguridad, restauración y ciertos supuestos de mantenimiento), aquellos supuestos en los que, con carácter general, las obras o servicios contratados se encuentran desconectados de la finalidad productiva que tiene la principal. De ello se desprende que la determinación o no del concepto depende en cualquier caso del análisis del caso concreto. Así, por ejemplo, se entendió que la actividad desarrollada por el administrativo de una contratista, no entraba dentro del concepto de la propia actividad, por no ser necesario el concurso de su actividad para la consecución de la finalidad productiva de la empresa principal<sup>11</sup>. Tampoco existe la propia actividad entre la empresa constructora que actúa como empresa principal y la promotora, que en este caso actúa como propietaria<sup>12</sup>. Ahora bien, hay que hacer al respecto ciertas apreciaciones. El promotor, según la legislación sectorial de la construcción, es aquella persona física o jurídica que directamente o con el concurso de otros, encarga la construcción de una edificación, para sí o para enajenarla posteriormente, financiando la operación con recursos propios o ajenos. Por su parte, el constructor es quien asume en virtud del contrato de ejecución de obras, suscrito con el promotor, la construcción de la edificación, con medios materiales propios y ajenos, con sujeción a la ley y al contrato. Por lo que estamos ante dos realidades distintas, con objetos perfectamente definidos, que no comportan la misma actividad. Ahora bien, pudiera ser que en los estatutos sociales del promotor se incluya la actividad de construcción o que, en su caso, se deduzca de las facultades efectivamente realizadas por él mismo, constatándose que entre sus actividades está la de la construcción, o bien que

---

<sup>11</sup> STSJ de Andalucía con sede en Granada de 8 de junio de 2011.

<sup>12</sup> STS de 20 de julio de 2005 y STS 2 de octubre de 2006.

efectivamente proceda a su realización, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de hecho de la propia actividad, con las consecuencias en orden a las responsabilidades que la ley determina.

### **A. La propia actividad y el artículo 24.3 LPRL.**

Hay quien piensa que articular el concepto de la propia actividad, en el caso de descentralización productiva, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales debiera ser considerado inconsistente si lo relevante es que la vida e integridad física del trabajador sea protegida en cualquier caso, debido a que la empresa principal o la titular del centro de trabajo controlan el medio material de trabajo y debieran asumir hasta sus últimas consecuencias las responsabilidades de vigilancia y cumplimiento material de la legislación en materia de prevención de las contratadas o subcontratadas contratadas, indiferentemente de que sean o no de la propia actividad. Sin embargo, no es lo que el legislador ha pretendido cuando ha introducido el término de propia actividad en el artículo 24.3. LPRL.

Lo cierto es que, con carácter general, la doctrina entiende que la expresión propia actividad debe tener igual sentido en el ámbito de la prevención de la prevención de riesgos que en el ámbito del Derecho del Trabajo<sup>13</sup>, en concreto, el enfoque jurisprudencial dado en interpretación del artículo 42 ET. No obstante, es cierto que dicha opción, que coincide con la interpretación dada por el TS, podría considerarse que transgrede el artículo 17 del Convenio 155 OIT, cuando dispone el deber de cooperación entre dos empresarios que desarrollen simultáneamente sus actividades en el mismo lugar de trabajo, con independencia de cuáles sean las actividades de cada una de ellas<sup>14</sup>.

A los efectos preventivos, tampoco puede hablarse de un deber de vigilancia y de exigencia del cumplimiento de la legislación preventiva de carácter sustantiva cuando las contratadas o subcontratadas aun siendo de propia actividad no se desarrollen en el centro de trabajo de la empresa principal<sup>15</sup>.

#### *1.1.2. El lugar de trabajo en la prestación de los servicios, expresión diferenciada de la de centro de trabajo.*

En materia de prevención de riesgos laborales, el legislador ha tenido la intención indubitada de exigir que, además de concurrir en el supuesto de hecho el concepto de la propia actividad, que la misma se desarrolle en el centro de trabajo de la empresa principal. Ahora bien, en este caso el concepto de centro de trabajo no puede circunscribirse al estricto concepto de centro de trabajo que aparece definido en el artículo 1.5 ET<sup>16</sup>, ya que una parte importante de las situaciones potenciales quedarían fuera del

---

<sup>13</sup> Goerlich Peset, J. M., “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”. Actualidad Laboral nº8-1997. Página. 144.

<sup>14</sup> García Piqueras, M., “La responsabilidad en contratadas y subcontratadas.” Revista de Estudios Financieros. CISS. Noviembre, 1997. Pág. 43.

<sup>15</sup> Alfonso Mellado, C. L. Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Página 56.

<sup>16</sup> Artículo 1.5 ET: “A efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”.

concepto de centro de trabajo dado en el ET, como ocurriría por ejemplo en los supuestos de trabajos consistentes en la ejecución de obras de infraestructuras en la calle, de obras públicas o la ejecución de tendidos eléctricos y otras conducciones aéreas y de todo tipo de infraestructura tecnológicas y de conducciones energéticas, que quedarían fuera del concepto y por ende con un nivel de desprotección injustificado para los trabajadores que allí presten servicios subcontratados. Así, se discutía en el pasado si el término en cuestión debía ser interpretado en sentido restringido, considerando éste el dado en el artículo 1.5 ET o, bien ampliar la interpretación y utilizar para ello y así evitar equívocos el concepto de lugar de trabajo en detrimento del de centro de trabajo. Ello se justificaría desde un punto de vista material<sup>17</sup> y no desde el mero prisma legal.

En materia de Derecho del Trabajo, el artículo 42.7 ET solo utiliza y de pasada el concepto de centro de trabajo. A tal efecto manifiesta que “los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, haciendo uso de los locales puestos a disposición por el empresario principal, para la representación legal de sus trabajadores”. Dicho precepto se refiere al supuesto de compartir de manera continuada centro de trabajo, por lo que no condiciona, en principio y para nada, que la actividad se desarrolle inexcusablemente en el centro de trabajo de la principal. Además, el artículo 81 ET, comienza diciendo que “en las empresas o centros de trabajo”, dando a entender con ello la equiparación entre ambos conceptos, que no puede tener otro sentido que el de interpretar de manera amplia el concepto estricto de centro de trabajo recogido en el artículo 1.5 ET. Por lo tanto y volviendo al sentido de la norma de prevención, esto es, a su artículo 24.3, no puede entenderse este, si no es referido al concepto de lugar de trabajo, ya que el precepto en cuestión, como el resto del contenido de la norma, tiene como fuente diferentes normas internacionales<sup>18</sup> y comunitarias<sup>19</sup>, que utilizan sin duda alguna el concepto de centro de trabajo como equivalente al lugar de trabajo.

*1.1.3. Las obligaciones del empresario principal: de comprobación de encontrarse al corriente en materia de Seguridad Social y de comunicación a los representantes de los trabajadores.*

#### **1.1.3.1. De comprobación de las deudas de Seguridad Social de la contratista o subcontratista y de las altas de los trabajadores.**

El empresario principal que contrate con otros contratistas o subcontratistas la realización de una obra o la prestación de un servicio correspondientes a su propia actividad, deberá comprobar que los mismos están al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social. Para ello, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la TGSS, que deberá librar

---

<sup>17</sup> Alfonso Mellado, C. L. Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Página. 21.

<sup>18</sup> Convenio OIT N° 155.

<sup>19</sup> Directiva 89/391/CEE.

inexcusablemente dicha certificación, en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante<sup>20</sup>. Pero el precepto ha sido interpretado de manera distinta por los tribunales, aunque la corriente imperante y que en la actualidad es mayoritaria, dispone que la exoneración de la que habla el artículo 42.1 ET, se refiere a deudas de la contratista o subcontratista anteriores a la contrata. En ningún caso, las que se generen durante la ejecución de la contrata o subcontrata<sup>21</sup>. El artículo 42.2. ET, corrobora lo dicho, cuando hace mención a que “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”.

La otra corriente jurisprudencial, minoritaria y de la que sólo existen pronunciamientos contados<sup>22</sup>, exonera de responsabilidad al empresario principal por deudas de la Seguridad Social contraídas por el contratista o subcontratista durante la duración de la contrata. No podemos compartir esta solución por ser contraria a la finalidad pretendida por la norma, esto es, advertir del problema que se le plantea al empresario principal si contrata con otro, deudor de cuotas de la Seguridad Social, en cuyo caso se le hace responsable de las deudas anteriores a la contratación que, lógicamente, no hayan prescrito. En ese caso, procedería la derivación de responsabilidades en forma subsidiaria dado que, aunque no se indica en el precepto, esa sería la responsabilidad que asume el empresario principal si a pesar de existir deudas y de haberse emitido en plazo la certificación negativa de descubierto contrata a la contratista o subcontratista.

También, 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 Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata<sup>23</sup>. Hay que puntualizar, que la última opción se refiere a supuestos de distinta actividad.

La Disposición Final Séptima de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, se refiere al supuesto de consulta telemática sobre cumplimiento de obligaciones con la Seguridad Social. Dispuso que “el Gobierno establecerá reglamentariamente un procedimiento de consulta telemática en el ámbito del Sistema de Remisión Electrónica de Datos, para facilitar a los empresarios principales la información correspondiente al cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social de los contratistas y subcontratistas”.

### **1.1.3.2. De comunicación a los representantes de los trabajadores de la empresa principal y de llevanza de un libro registro.**

---

<sup>20</sup> Artículo 42.1 ET.

<sup>21</sup> STS 28 de octubre de 1996

<sup>22</sup> STS 16 de junio de 1999.

<sup>23</sup> Artículo 16.5 LGSS.

Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64 ET, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

- a. Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- b. Objeto y duración de la contrata.
- c. Lugar de ejecución de la contrata.
- d. En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- e. Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores<sup>24</sup>.

#### **1.1.3.3. Derechos de información de los trabajadores de la contratista o subcontratista y en su caso de sus representaciones unitarias.**

Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal, para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la TGSS en los términos que reglamentariamente se determinen<sup>25</sup>.

La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refiere el párrafo anterior<sup>26</sup> y sobre el objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución de la contrata, en su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal y sobre las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales<sup>27</sup>.

#### **1.1.3.4. Otras previsiones contenidas en el artículo 42. 6 y 7 ET. Otros derechos de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, así como de sus respectivas representaciones unitarias si existieran.**

---

<sup>24</sup> Artículo 42.4 ET.

<sup>25</sup> Artículo 42.3 ET.

<sup>26</sup> Artículo 42.5 ET.

<sup>27</sup> Artículo 42.4 b) a e) ET.

Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Ahora bien, lo dicho no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende<sup>28</sup>.

Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral<sup>29</sup> en los términos previstos en el artículo 81 ET, que hace referencia a un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como a uno o varios tablones de anuncios.

#### *1.1.4. Especial régimen jurídico de la responsabilidad en materia de contrata y subcontratas.*

El uso generalizado de la descentralización y la consiguiente flexibilización de la actividad productiva ha producido importantes problemas relacionados con la determinación de las responsabilidades empresariales que nacen como consecuencia de ello. Partiendo de la base de que la contratación empresarial supone un desplazamiento de funciones de una empresa principal a otra contratista o subcontratista, que en caso contrario la primera estaría obligada a llevar a cabo para prestar el servicio o realizar la obra comprometida. Esta intervención de varias empresas interdependientes en el esquema productivo o prestacional exige clarificar las responsabilidades de cada una de las que participan en la prestación última de un servicio o en la ejecución de una determinada obra, para evitar en lo posible lesiones en los derechos de los trabajadores que se ven inmersos en una dinámica como la que analizamos ahora. El ordenamiento jurídico laboral ha procedido, en cada una de sus parcelas, a articular un especial régimen de responsabilidades en los casos en los que media cualquier tipo de descentralización productiva.

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, dos artículos son determinantes al efecto: 1) El artículo 24 LPRL, que viene a considerar diferentes supuestos que pueden considerarse englobados en el término amplio de la descentralización productiva. El apartado primero regula el supuesto de hecho consistente, en que, en un mismo centro de trabajo, desarrollen actividades, trabajadores de dos o más empresas, en cuyo caso éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Para ello, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, conforme a la previsión contenida en el artículo 18.1 LPRL. Se establecen obligaciones concretas al empresario titular del centro de trabajo, el cual

---

<sup>28</sup> Artículo 42.6 ET.

<sup>29</sup> Artículo 42.7 ET.

deberá adoptar las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo, reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, debiendo dar traslado cada uno de los empresarios afectados a sus propios trabajadores. En el supuesto de contratas y subcontratas, que tengan la misma actividad que el empresario principal y desarrollen sus actividades en el propio centro de trabajo de la principal, ésta deberá vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. En el caso de que la contrata o subcontrata no se ejecute en el propio centro de trabajo de la empresa principal, ésta deberá recabar y proporcionar la información necesaria para que la utilización y manipulación de la maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo, se produzca sin riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal. Y, por último, en el caso de descentralización productiva mediante la contratación de trabajadores autónomos, se exigen como obligación, los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 del artículo 24 LPRL, siempre que los mismos hayan sido contratados para realizar la prestación de servicios o la ejecución de obra en el centro de trabajo de la empresa principal. 2) El artículo 42.3. LISOS hace responsable solidaria a la empresa principal con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el artículo 24.3 LPRL del incumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

La responsabilidad que asume el empresario principal desde la óptica del Derecho del Trabajo aparece reflejada en el artículo 42.3 ET. A tal efecto establece que “de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo”. Sin embargo, no habrá responsabilidad cuando la obra o la prestación del servicio sea contratada por el cabeza de familia, respecto de su vivienda familiar y la contratación se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial<sup>30</sup>.

En el ámbito de la Seguridad Social, las responsabilidades que asume el empresario principal respecto de las deudas por cuotas de la Seguridad Social y en orden a las prestaciones de la Seguridad Social, aparecen recogidas en las siguientes normas: 1) El artículo 42. 1 y 2 ET, establecen que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y no hayan obtenido la certificación negativa de descubierto en la Seguridad Social y exista descubierto de cuotas, responderán subsidiariamente por las deudas anteriores a la contratación empresarial que no hayan prescrito. Transcurrido el plazo de solicitud del certificado de descubierto, que es de un mes, sin contestación por la Tesorería sobre el mismo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. Se imputará una responsabilidad solidaria por las obligaciones referidas a la Seguridad Social al

---

<sup>30</sup> Artículo 42.3 Segundo párrafo.

empresario principal, durante el transcurso de la contrata, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, por las deudas de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. 2) El artículo 168 LGSS determina los supuestos especiales de responsabilidades del empresario en orden a las prestaciones. Así, el empresario principal, en el caso de contratas o subcontratas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, cuando el contratista o subcontratista haya sido declarado responsable en todo o en parte del pago de una prestación responderá solidariamente del cumplimiento de dichas obligaciones. Sin embargo, la responsabilidad que asume el propietario de una obra o industria contratada con otro empresario que la ejecuta, no encontrándonos por lo tanto ante el concepto de la propia actividad, tiene naturaleza subsidiaria. Responsabilidad que se desencadenará si el empresario contratado fuese declarado insolvente. No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda.

En materia de empleo nos remitimos al artículo 23.2. 3º párrafo LISOS, que dispone que “los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, responderán solidariamente de las infracciones consistentes en dar ocupación como trabajadores, a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social (entre las que se encuentra la prestación de desempleo y el subsidio asistencial), cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad, cometidas por el empresario contratista o subcontratista durante todo el período de vigencia de la contrata”. Calificándose dicha infracción como muy grave, se entenderá que el empresario incurre en una infracción por cada uno de los trabajadores que hayan solicitado, obtenido o disfruten fraudulentamente de las prestaciones de Seguridad Social<sup>31</sup>.

La empresa a la que pertenece el trabajador, como el empresario principal en el caso de contrata o subcontratas, responderán solidariamente de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador, en los casos de percibo indebido de prestaciones de Seguridad Social sin haber sido dados de alta en la Seguridad Social<sup>32</sup> o, cuando se produce falseamiento de documentos para que los trabajadores obtengan o disfruten indebidamente prestaciones, así como por connivencia con sus trabajadores/as o con las demás personas beneficiarias para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos corresponda en materia de prestaciones<sup>33</sup>. También, cuando se incremente indebidamente la base de cotización del trabajador, de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan, así como la simulación de la contratación laboral para la obtención indebida de prestaciones<sup>34</sup>.

Para los supuestos de formación profesional para el empleo, el artículo 23.1 h) LISOS califica como infracción muy grave “incurrir los empresarios, las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones formativas programadas por las empresas, en el falseamiento de documentos o en la simulación de la ejecución de

---

<sup>31</sup> Artículo 23.2. LISOS.

<sup>32</sup> Artículo 23.2. 3º párrafo LISOS en relación con el artículo 23.1.a) LISOS.

<sup>33</sup> Artículo 23.2. 3º párrafo LISOS en relación con el artículo 23.1.c) LISOS.

<sup>34</sup> Artículo 23.2. 3º párrafo LISOS en relación con el artículo 23.1.e) LISOS.

la acción formativa, incluida la teleformación, para la obtención o disfrute indebido de bonificaciones en materia de formación profesional para el empleo”, en cuyo caso el artículo 23.2 4º párrafo dispone que “las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones formativas programadas por las empresas y los solicitantes o beneficiarios de subvenciones y ayudas públicas, responderán solidariamente de la devolución de las cantidades disfrutadas de forma indebida por cada acción formativa”.

#### **1.1.4.1. El deber de vigilancia del cumplimiento de las condiciones materiales y formales de los contratistas y subcontratistas por la empresa principal en materia de prevención de riesgos laborales: presupuesto de la responsabilidad.**

En el artículo 24 LPRL se recoge una obligación en materia de prevención de riesgos laborales para los casos de descentralización productiva en que concurren los presupuestos de misma actividad y mismo centro de trabajo. La obligación contemplada en apartado 3 del referido artículo supone el deber de vigilancia respecto del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte del contratista o subcontratista. Así, el artículo 24 LPRL determina una serie de especificidades:

1. Obligaciones exigidas ante la concurrencia de varias empresas en un mismo centro de trabajo. Comprenden los dos supuestos contemplados en los artículos 24. 1 y 2 LPRL. El apartado 1 determina que “cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales”, y el apartado 2 dispone que “el empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias, para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo, reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores”. Por tanto, el apartado 1 exige un deber de colaboración de todas las empresas que prestan servicios en un mismo centro de trabajo, cualquiera que sea la causa de la contratación y el motivo de su estancia en dicho centro de trabajo; y el apartado 2 se refiere a la obligación del empresario principal como titular del centro de trabajo, lo cual implica un supuesto de hecho diferenciado, en principio, del supuesto típico de descentralización productiva con la misma actividad.

Las obligaciones referidas en el párrafo anterior, y recogidas en el artículo 24.1 y 2 LPRL, son acumulables en el caso típico de contratación empresarial a través de contratistas o subcontratistas, para las que el artículo 24.3. LPRL reserva además unas obligaciones específicas<sup>35</sup>.

2. Las obligaciones contenidas en el artículo 24 LPRL determinan un deber objetivo limitado. Ello se deduce relacionando los artículos 24 LPRL y 42.3 LISOS, ya que de éste último se infiere qué normas deben ser vigiladas, en cuanto a su cumplimiento, por el empresario principal cuando la actividad del contratista o subcontratista se lleve a

---

<sup>35</sup> González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J., Comentarios a la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales. Trotta. Madrid, 1996. Página 164.

cabo en el centro de trabajo de aquel, y que serán exclusivamente aquellas normas de prevención de riesgos que le sean de aplicación en tanto se desarrolla la actividad del contratista o subcontratista en su centro de trabajo. Sin embargo, lo dicho, el deber de vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención que le sea de aplicación deviene en absoluto, en cuanto a su intensidad, en los mismos términos que si fueren sus propios trabajadores. Ello deriva de que en caso contrario se permitiría la descentralización productiva con sujeción a inferiores condiciones de seguridad, conduciendo al absurdo de posibilitar la aplicación de condiciones de seguridad y protección distintas, aun encontrándonos ante la misma actividad y en el mismo centro de trabajo. Precisamente, la posibilidad de la imputación de la infracción solidaria ante el incumplimiento de las normas de prevención, en los términos contemplados en el artículo 42.3 LISOS, justifica la misma, en cuanto que ambos, principal y contratista o subcontratista, son igualmente responsables, posibilitando la imputación solidaria de la infracción. Es decir, el presupuesto para admitir la responsabilidad del empresario principal es que se le pueda considerar como empresario infractor, lo cual justifica la imputación solidaria de la infracción<sup>36</sup>.

No obstante, procede hacer una apreciación al respecto de lo indicado, ya que no siempre se van a dar las circunstancias que determinan la responsabilidad de ambos, comitente y contratista. Pudiera ser que se den determinadas situaciones, en las que quede exonerado de responsabilidad una de las dos partes, comitente o contratista. Para que el empresario principal pueda ser responsable, debe de haber incumplido sus obligaciones de vigilancia, lo que supone haber permitido por la principal, el desarrollo de la actividad por los trabajadores de la contratista o subcontratista, con incumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos. Sólo en éste caso, el empresario principal podrá ser considerado responsable y por ende, acreedor de que se inicie contra él un procedimiento sancionador, que supondría la imputación de la infracción de manera solidaria<sup>37</sup>.

La obligación del empresario principal no se agota con el cumplimiento del deber de vigilar, sino que al mismo hay que añadir que el comitente, como titular del centro de trabajo en el que se desarrolla la actividad, debe además garantizar que las condiciones en las que ésta se realiza cumplen las obligaciones dispuestas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales. De tal modo que cuando el comitente incumpla cualquiera de los dos tipos de obligaciones referidas (de vigilancia y de cumplimiento de condiciones de trabajo) infringe la normativa de prevención, deviniendo por ende en responsable. Ahora bien, venimos diciendo que la imputación de responsabilidad al empresario requiere, en cualquier caso, del necesario juicio de culpabilidad individual de su conducta. Por tanto, si se demuestra que el empresario principal o comitente y, por la otra parte, el contratista o subcontratista han cumplido de manera razonada con las obligaciones que, en materia de prevención de riesgos laborales les corresponden, haciendo inclusión a todos los efectos como obligación la de vigilancia, podrían ser exonerados de responsabilidad, ya que, sin incumplimiento, no habría culpa. Y como la ausencia de culpa impide la consideración del empresario como sujeto infractor, este no sería merecedor de la incoación del correspondiente proceso sancionador. Apostillando

---

<sup>36</sup> Alfonso Mellado, C. L. Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Página 55.

<sup>37</sup> Alfonso Mellado, C. L. Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Página 55.

lo dicho en relación con el deber de vigilancia por el empresario principal, no puede llevarse al extremo de considerar dicha obligación en materia de prevención como una obligación de naturaleza cuasi policial<sup>38</sup>, entendiéndose la misma cumplida en términos normales, de suficiente prudencia<sup>39</sup>.

La asunción de responsabilidades por infracción como consecuencia del incumplimiento de obligaciones en materia de prevención por el empresario principal o el titular del centro de trabajo o comitente en su caso, derivada de su obligación de vigilancia o de cumplimiento de condiciones de trabajo, no se agota en su relación con el contratista primero en la escalera de descentralización productiva, sino que va ascendiendo en forma de escalera conforme se incrementan los niveles de descentralización. De tal forma, que el contratista pasa a ser comitente en relación con el subcontratista y así sucesivamente, siendo responsables de ese deber por la infracción todos los intervinientes en la cadena de descentralización de manera ascendente<sup>40</sup>. A pesar de lo expuesto, y considerando correcta dicha apreciación, otros entienden de manera más restringida que de la propia dicción del artículo 42.3 LISOS se deriva la imputación de la responsabilidad solidaria por la infracción única y exclusivamente a la empresa principal<sup>41</sup>. Sin embargo lo dicho, el TS<sup>42</sup> ha interpretado de manera extensa el artículo 24.3 LPRL, manifestando al respecto que si bien el referido artículo habla de la propia actividad, lo importante no es tanto encontrarse ante dicho supuesto, sino que el accidente haya tenido lugar por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.

Por último, indicar cómo articular la responsabilidad solidaria cuando existen varios niveles de subcontratación. Es decir, el supuesto de hecho se refiere a una cadena de responsabilidades, en forma de escalera ascendente, de tal forma que son sujetos de la imputación de la responsabilidad solidaria todos los contratistas o subcontratistas que están por encima en esa escalera del subcontratista infractor directo en materia de prevención de riesgos laborales<sup>43</sup>. La opción contraria (y minoritaria), se refiere a la asunción exclusiva de la responsabilidad solidaria del empresario principal y no del resto de los existentes en la cadena o escalera de responsabilidades habitualmente descrita para articular visualmente la descentralización productiva<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> STSJ de Cataluña de 4-6-94.

<sup>39</sup> Alfonso Mellado, C. L. Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Página 111.

<sup>40</sup> Goerlich Peset, J. M., "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales". Actualidad Laboral nº8 1997. Página 149. Que manifiesta que: "las restricciones que literalmente se derivan del art. 42.2.1 LPRL deben ceder frente a la consideración del amplio ámbito del deber de vigilancia, que necesariamente, se proyecta en su correlativa responsabilidad solidaria".

<sup>41</sup> Páramo Montero P., En torno al art. 42.2 de la LPRL: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción. Relaciones Laborales nº20 1997. Página. 147.

<sup>42</sup> STS de 7 de octubre de 2008.

<sup>43</sup> Goerlich Peset, J. M., "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales". Actualidad Laboral nº8 1997. Página 149.

<sup>44</sup> Páramo Montero, P. "En torno al artículo 42.2 de la LPRL: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción." Revista Laboral. nº20-1997. Pág. 147. Decía el autor que: "no serían responsables solidarias todas las empresas comitentes respecto de las infracciones cometidas por sus respectivos contratistas... pues no cabe duda de que, si así lo hubiera deseado el legislador, bien que se hubiera cuidado de amarrar este extremo. Donde la ley no distingue no podemos distinguir nosotros, máxime si además esta interpretación conlleva una aplicación extensiva o análogica "in mala partem", vetada en el derecho sancionador..."

### **1.1.4.2. Las responsabilidades en materia salarial.**

En los casos de descentralización productiva correspondientes a la propia actividad, la empresa principal responde solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante la contrata, pudiendo imputarse la solidaridad durante el año siguiente a la terminación de la misma<sup>45</sup>. Está claro que el ámbito de esta responsabilidad viene referida a los conceptos salariales, incluyendo en este caso las cantidades adeudadas en concepto de vacaciones no disfrutadas, quedando fuera las obligaciones con naturaleza extrasalarial, las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo y los salarios de tramitación, dada su condición indemnizatoria<sup>46</sup>.

### **1.1.4.3. Las diferentes articulaciones de la responsabilidad en materia de deudas por cuotas y prestaciones de Seguridad Social: la responsabilidad solidaria y subsidiaria.**

A tenor de lo dispuesto en el artículo 42. 1 y 2 ET, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y no hayan obtenido la certificación negativa de descubierto en la Seguridad Social existiendo descubierto de cuotas responderán subsidiariamente por las deudas anteriores a la contratación empresarial que no hayan prescrito. Transcurrido el plazo de solicitud del certificado de descubierto, que es de un mes, sin contestación por la Tesorería sobre el mismo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. Asimismo, se imputará al empresario principal una responsabilidad solidaria por las obligaciones referidas a la Seguridad Social, durante el transcurso de la contrata y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, por las deudas de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. Las responsabilidades descritas se refieren tanto a deudas por cuotas como por prestaciones de Seguridad Social. En ningún caso, dichas responsabilidades alcanzan a las mejoras de la Seguridad Social<sup>47</sup>.

La responsabilidad solidaria descrita en el párrafo anterior comprende solo a los trabajadores de la contratista o subcontratista que prestan servicios adscritos a la contrata o subcontrata como tal, no al resto de trabajadores pertenecientes a la plantilla y que no quedan circunscritos a la actividad contratada o subcontratada.

La responsabilidad solidaria asumida por el empresario principal se refiere tanto a las deudas del contratista como las del subcontratista. Se dice que aparece una responsabilidad solidaria en cadena, que se articula en forma de escalera ascendente. De tal forma que, si la deuda se genera en la subcontratista, la responsabilidad solidaria sería imputada al contratista y al empresario principal al unísono.

---

<sup>45</sup> Artículo 42.2 ET.

<sup>46</sup> STS 20 de febrero de 2006 y STS 19 de enero de 1998.

<sup>47</sup> STS 22 de diciembre de 2000.

Cuando la contratación o subcontratación empresarial no sea de la propia actividad, la empresa principal responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social, contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante el período de la vigencia de la contrata<sup>48</sup>. Para que opere la imputación de la responsabilidad subsidiaria en el supuesto de hecho descrito, se exige que el empresario contratista o subcontratista sea declarado insolvente<sup>49</sup>. Las responsabilidades descritas se refieren tanto a deudas por cuotas como por prestaciones de Seguridad Social. En ningún caso, la responsabilidad alcanza a las mejoras de la Seguridad Social.

#### *1.1.5. Contrataciones de obras o servicios entre empresas pertenecientes a un mismo grupo de empresas.*

Se observa que muchos de los procesos de contratación y subcontratación empresarial se deben a una estrategia de empresas de grupo para flexibilizar la capacidad empresarial de adaptación al mercado y de gestión del personal, siendo relativamente habitual que la creación de una empresa en el contexto del grupo supone a continuación la contratación empresarial entre algunas de las que ahora conforman el grupo y la nueva, mediante la técnica de la descentralización productiva. Para el análisis y comprensión de lo manifestado, vamos a distinguir los diferentes casos que se pueden dar en la práctica:

a) La prestación indiferenciada y simultánea de servicios laborales para diversas empresas del grupo, dando lugar a una situación de “plantilla única”, como una de las opciones contempladas por la jurisprudencia en el análisis del grupo de empresas y su funcionamiento.

b) La prestación de servicios de manera sucesiva para varias de las empresas del grupo, sin demasiada claridad del porqué de esa movilidad de trabajadores pertenecientes a diferentes empresas en el seno del grupo de empresas al que todas ellas pertenecen.

c) La prestación de servicios por trabajadores de una empresa para otra empresa del grupo, con ocasión de una contrata o subcontrata. Ello supondría una situación diferenciada de la contemplada en el apartado a), impidiendo en principio la calificación “plantilla única” como se hacía en dicho apartado.

d) Todos aquellos supuestos en los que pese a contemplarse un grupo de empresas, la situación debe ser calificada de cesión ilegal de mano de obra, debidamente simulada mediante la técnica de la descentralización productiva a través de la contratación entre empresas.

La cuestión que ahora se dilucida, es decir, la contratación empresarial a través de una contrata o subcontrata perteneciente a un mismo grupo es en principio posible y por lo tanto lícita. Ahora bien, siendo la contrata y la cesión dos figuras jurídico-laborales que limitan entre sí y siendo ambas reflejo (legal e ilegal) de una misma situación de hecho, la contratación como tal hay que considerarla de manera individualizada para poder calificarla, en orden a descartar que tales contrataciones escondan cesiones ilegales de

---

<sup>48</sup> Artículo 142 en relación con el artículo 168 LGSS.

<sup>49</sup> STS de 22 de diciembre de 2000.

trabajadores. Atendiendo a los criterios e indicios jurisprudenciales que se vienen exponiendo en este Título sobre la distinción entre contrata y cesión de trabajadores, habrá de valorarse si la empresa que actúa como contratista tiene una entidad propia como empresa, si ejerce el poder de dirección sobre los trabajadores empleados en la contrata y si asume el propio riesgo en la ejecución de la misma<sup>50</sup>. Pero, el caso contrario también se da y con más frecuencia de lo deseable, cuando se constata el fenómeno interpositorio, amén de observarse que la empresa principal en ocasiones actúa como empresa holding en el contexto del grupo, creando con capital propio aquella otra empresa con el fin expreso de externalizar sus actividades hacia aquella otra<sup>51</sup>.

También se han observado supuestos en los que una empresa transmite una unidad productiva autónoma de las enunciadas en el artículo 1.5 ET, caracterizadoras del concepto de centro de trabajo, pero con la finalidad de desgajarlo patrimonialmente de la empresa y adscribirlo a otra que se crea con ese sustrato patrimonial. Sin perjuicio de serle de aplicación el artículo 44 ET, si además conciertan cualquier tipo de acuerdo en orden a la contratación entre empresas estarán sujetas al régimen jurídico de la contratación a través de la contrata, cuando no se dan las condiciones ya expuesta del supuesto de cesión ilegal de mano de obra.

#### *1.1.6. La contratación laboral en las contratas y subcontratas.*

La Exposición de Motivos RD-Ley 32/2021 justifica impedir que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas. Pretende la reforma desincentivar su utilización con la única finalidad de reducir costes, así como avanzar hacia la equiparación de condiciones de los trabajadores subcontratados y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas. El objetivo pretendido con los cambios operados en el nuevo régimen jurídico impuesto en su regulación conforme a la reforma de 2021, es una regulación precisa que garantice el equilibrio entre agilidad y flexibilidad y un nivel adecuado de protección a los trabajadores de las subcontratas, en relación con los trabajos que desarrollan.

Hasta la reforma de 2021, el TS entendió que la causa del contrato mercantil suscrito entre la empresa principal y la contratista o subcontratista, operaba como causa justificativa de la temporalidad del contratito laboral para obra o servicio determinado suscrito entre el empresario de la empresa contratista o subcontratista. Ahora, por mor de la reforma operada por RD-Ley 32/2021, dicha fórmula contractual desaparece y remite al artículo 16.4 ET, la contratación laboral estructural en los casos de contratas y subcontratas. Es decir, aquellos trabajadores que prestan su actividad para la empresa contratista o subcontratista, en el ámbito de la actividad reflejada en el propio contrato mercantil suscrito entre las partes o en el pliego de condiciones, en aquellos casos de concesiones administrativas, actividad calificada de estructural, o sea, aquella que es necesaria para dar cumplimiento al objeto del contrato objeto de la descentralización productiva, exige la contratación como trabajadores fijos o en su caso fijos-discontinuos. El último párrafo del artículo 15.2 ET, dispone que no podrá identificarse como causa de

---

<sup>50</sup> STS 25 de junio de 2009.

<sup>51</sup> STS 13 de diciembre de 1990.

este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa. Por lo que sólo quedan dos posibilidades al respecto, para la cobertura de esa actividad estructural que va a dar cumplimiento al objeto del contrato mercantil entre las empresas, el contrato fijo, posible, en cualquier caso, por pertenecer a la plantilla de la empresa que ahora es subcontratada y que el empresario, organizador de la actividad, vía “ius variandi”, decide que la prestación de servicios se lleve a cabo sujeto a la actividad de la contrata, o cuando el trabajador es contratado de manera expresa para su desarrollo en el ámbito de la misma por razones estructurales de la prestación del servicio, debe recurrirse al contrato fijo-discontinuo. El apartado 4 del artículo 16 ET es el aplicable entonces. Este dispone que, cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contrata, subcontrata o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo, los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones.

Ahora bien, queda la posibilidad de contratar trabajadores en el ámbito de la contrata o subcontrata para proveer de mano de obra a las mismas, cuando se acreditan la temporalidad de las causas en los términos contemplados en el artículo 15.2 ET. El párrafo quinto del artículo 15 ER resuelve la cuestión posibilitándola, cuando dice que, no podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores. Es decir, acreditas las causas que permiten el contrato temporal previsto en el artículo 15.2 en su doble acepción párrafos 2 y 4, es posible su utilización.

Además de lo dicho, la reforma de 2021 otorga a la negociación colectiva sectorial, la posibilidad de incidir en la regulación de los supuestos de cambio de contrata (la empresa principal concierta con una nueva contrata, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra pactada, es decir, se extingue el contrato mercantil originario y se formaliza uno nuevo) con subrogación de plantillas. El párrafo segundo del artículo 16.4 ET, dispone que, los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses. Una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma. Lo que viene a significar que, con carácter general, en los casos de cambio de contrata con derecho a la subrogación de la plantilla, los trabajadores podrán encontrarse en situación de inactividad, en tanto la nueva contrata realiza los ajustes de plantilla necesarios, que posibiliten la prestación ordinaria de actividad objeto de contratación mercantil, por un periodo máximo de tres meses. Este período podrá amplificarse cuando así lo dispusiera un convenio colectivo sectorial. Sigue diciendo la norma que, finalizado ese plazo, el empresario deberá adoptar las medidas coyunturales (suspensión de contratos a través de un ERTE) o definitivas que procedan (despidos colectivos a través de un ERE o despidos objetivos en función de los umbrales de afectados por la medida, en los términos dispuestos en el artículo 51.1 ET). Es decir, la norma está previendo la forma de llevar a cabo el ajuste de plantilla cuando proceda un cambio de contrata.

## 2. La subrogación empresarial.

### 2.1. Falta de claridad en la apreciación del elemento objetivo de la subrogación en los diferentes supuestos de contrata de servicios.

Desde 1990 tiene lugar un cambio de posicionamiento por el Tribunal Supremo a la hora de contrastar los supuestos contemplados en el artículo 44 del ET, como elementos objetivos de la subrogación (la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva autónoma) en los supuestos de contrata. A partir de entonces<sup>52</sup> se clarifican ciertos supuestos, ya que se deja expresa constancia sobre que “ni la contrata, ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación”.

El supuesto de hecho mayormente contemplado en la práctica empresarial consiste en el mero cambio del contratista por otro, que no puede ser conceptuado como transmisión, ya que habitualmente entre contratistas sucesivos no suele haber relación directa alguna. A pesar de ello, la cuestión es ahora contemplada por la jurisprudencia en el sentido de que la finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, no constituye una transmisión de empresa, pese a ser los mismos los servicios que se continúan prestando. Para que la transmisión se produzca es necesaria que la nueva contratista reciba elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pero no se produce la transmisión cuando lo que hay es una mera sucesión temporal en la actividad, sin entrega del soporte patrimonial necesario para la realización de la actividad por la contrata<sup>53</sup>.

Lo habitual en los supuestos de sucesión en la contrata prestadora de ciertos servicios, es que no opere tal transmisión de elementos patrimoniales. Lo que ocurre en la práctica totalidad de supuestos en los que las actividades contratadas son las de limpieza, las de seguridad, las de colectividades y las de mantenimiento, que suelen aportar sus propios elementos y herramientas para la realización del trabajo<sup>54</sup>.

Por lo tanto, con carácter general, la sucesión por realización de la actividad por un nuevo contratista o la asunción por la empresa principal de esa actividad antes contratada a una contratista, no conllevan la aplicación de los mandatos de subrogación contenidos en el artículo 44 del ET, en cuanto no se dan dos de los requisitos esenciales contenidos en el invocado precepto: transmisión patrimonial y unidad autónoma de la empresa, cuya titularidad se transmite. Así es que, conforme con la doctrina jurisprudencial imperante desde 1990 y modelada en los años posteriores, la subrogación del nuevo contratista respecto de los trabajadores de la que le precedió, se va a producir

---

<sup>52</sup> Sentencia Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1990.

<sup>53</sup> Sentencia Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1996.

<sup>54</sup> Sentencia Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993, que establecía al efecto que “no hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, no hay subrogación empresarial cuando, como aquí ocurre, no se transmite la unidad productiva que la determina y define y cuando ni la normativa sectorial, ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico laboral a la cuestión.

cuando así lo imponen las normas sectoriales a través de la negociación colectiva<sup>55</sup>, bien cuando los pliegos de condiciones para la adjudicación de los servicios, hayan establecido expresamente la obligación de asumir a los trabajadores asignados a la contrata, en los supuestos de reversión. Sin embargo, lo dicho y por mor de lo establecido en el artículo 82.3 del ET, los mandatos articulados en un convenio colectivo sectorial, sólo afectarán a las empresas comprendidas en su propio ámbito de aplicación, por lo que por definición no podrán afectar a la empresa principal que contrató la actividad a la contratista. De igual forma, tampoco procede la subrogación cuando ésta se invoque en un convenio colectivo de empresa<sup>56</sup>, en cuanto que tiene ese convenio como únicos destinatarios la empresa y sus trabajadores, agotando su eficacia en su propio ámbito, pero tampoco operará la subrogación cuando en el convenio de empresa se establezca su operatividad para el caso de asunción del servicio por la empresa principal, o bien cuando esta decide la supresión del servicio<sup>57</sup>.

No obstante, las cosas comenzaron a cambiar con la entrada en vigor de la Directiva 2001/23, que hoy sirve de inspiración al artículo 44 del ET. Es cierto que el artículo 44, ha permanecido prácticamente inalterado desde que se regulara por primera vez en la Ley del Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931.

La redacción originaria del ET, aprobado por Ley de 10 de marzo de 1980, mantuvo el planteamiento legislativo contenido en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, apostando por extender la protección al mayor número de situaciones posibles. Consideró la existencia de una transmisión con independencia de la causa que la motive, de ahí, el uso legal del término cambio de titularidad. Además, es objeto susceptible de transmisión, la empresa, centro de trabajo y la unidad productiva autónoma<sup>58</sup>. El contenido primigenio que adoptó el ET en 1980 era una mera extensión del contenido de la Ley de Relaciones Laborales de 1978. La reforma del ET de 2001 supuso apartarse de la senda existente hasta entonces. A partir de ahí se considera el objeto de transmisión desde un punto de vista finalista o de resultado productivo<sup>59</sup>.

Frente al término “transmisión parcial de empresa” de la LRL’76, el ET extiende, extraordinariamente, el ámbito de protección al definir el objeto de transmisión desde un punto de vista finalista o de resultado productivo.

---

<sup>55</sup> Las únicas normas sectoriales que pueden imponer la subrogación son las derivadas de los convenios colectivos, ya que, desde el 31 de diciembre de 1994, las Ordenanzas Laborales que aún permanecían vigentes, fueron definitivamente derogadas, dando de esa forma cumplimiento a lo preceptuado en el Estatuto de los Trabajadores desde su promulgación originaria en el año 1980, en la que se disponía que en el plazo de dieciocho meses quedarían derogadas todas las Ordenanzas Laborales.

<sup>56</sup> Sentencia Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1996.

<sup>57</sup> Sentencia Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1996. En ella se relacionan los artículos 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, el art. 87 del mismo texto legal y el artículo 1257 del Código Civil. En síntesis y a los efectos que ahora nos ocupan, mantiene la sentencia que “el eventual efecto normativo del convenio no trasciende su ámbito de aplicación, ni permite establecer obligaciones para terceros”.

<sup>58</sup> STCT de 9 de marzo de 1987. Existía un sector de la doctrina judicial que identificaba el término “unidad productiva autónoma” con el concepto de “centro de trabajo”, dado que ésta es la definición que ofrece el artículo 1.5 ET, “unidad productiva con organización específica”.

<sup>59</sup> Sempere Navarro, A. V. y Cavas Martínez, F., “Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2001. Dice al respecto: “al constituir un concepto funcionalmente diferenciado del centro de trabajo, la unidad productiva autónoma puede ser tanto superior al centro de trabajo (por abarcar varias partes autónomas de la empresa) como inferior al mismo (cuando el centro de trabajo comprende varias unidades productivas”.

Decíamos que el artículo 44 del ET permaneció inalterado desde su redacción originaria, hasta la promulgación de la Ley 12/2001, que transpuso al Derecho español la normativa comunitaria en la práctica literalidad del contenido de la Directiva. El esquema legal del artículo 44, con la redacción dada en 2001, continúa siendo el mismo, ya que el supuesto de hecho que plantea no ha cambiado. Sí lo hacen, sin embargo, un conjunto más amplio de consecuencias jurídicas. El esquema continúa siendo exactamente el mismo, pues se parte del mismo (idéntico) supuesto de hecho que el de la redacción de 1980, aunque se le ligan un conjunto más amplio de consecuencias jurídicas, previstas en los apartados 4 a 10 del artículo 44 del ET.

Surgen entonces conflictos interpretativos relacionados con el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y del artículo 44 ET. Para que haya una transmisión de empresa el TJUE exigía por aquel entonces la concurrencia de dos requisitos: un elemento subjetivo, referido al cambio de titularidad de la empresa; y un elemento objetivo, circunscrito a la entrega efectiva de los elementos de la empresa, que permitan la continuidad de la actividad empresarial. Algunos piensan que el elemento objetivo es la entidad económica que se transmite y que mantiene su identidad una vez traspasada. La referencia legal al concepto entidad económica de lo transmitido, conforme previene el artículo 44.2 del ET, parece superar una interpretación de naturaleza patrimonialista que había permanecido imperturbable a lo largo del tiempo, pero que ahora debiera ser aplicada a casos de transmisión de elementos de carácter inmaterial y de alto valor económico<sup>60</sup>. Además, el criterio decisivo para identificar la transmisión de la empresa, conforme dispone el artículo 1.1 Directiva 2001/23, consiste en determinar si la unidad de que se trata mantiene su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario<sup>61</sup>.

El TJUE ha considerado, a colación con la Directiva 2001/23, que la unidad económica organizada constituye todo conjunto organizado de personas y elementos que posibilitan desarrollar una actividad económica. La Directiva viene a exigir que la unidad económica organizada objeto de la transmisión, con anterioridad a ella, deberá gozar de una autonomía funcional suficiente y con independencia de que la mantenga o no en la estructura del cesionario. Ha sido el posicionamiento del TJUE con ocasión de la interpretación de la Directiva 2001/23, que anticipa la ampliación del ámbito de aplicación de la sucesión de empresas prevista en el artículo 44 del ET, la que ha abierto paso como decimos a su aplicación a los casos de subrogación de empresas, referido a sectores en los que el valor de los activos material e inmaterial de las actividades objeto de subrogación es escaso. La doctrina ha aglutinado bajo el paraguas de las actividades desmaterializadas, las de limpieza, seguridad y vigilancia, entre otras. La cuestión a dirimir en los diferentes pronunciamientos del TJUE se circunscribe al sentido del concepto de “entidad económica”, que puede referirse a un primer criterio interpretativo de empresa-organización, mientras que, en una segunda acepción, se refiere al concepto empresa-actividad. En este último caso, existe una entidad económica, objeto de la transmisión, cuando se produce la simple transmisión del elemento funcional de la empresa. No exigiéndose en dicho caso, la transmisión de activos materiales o inmateriales dignos de resaltar. En 2002, el TJUE admitió que la acepción empresa-actividad acredita la existencia de una entidad económica en esos llamados sectores

---

<sup>60</sup> López Anierte, M. C., La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo, Ediciones Laborum, Murcia, 2003. Páginas 106 y 107.

<sup>61</sup> STJUE 6 de septiembre 2011 (C-108/10), Caso Scattolon.

desmaterializados, siempre que la nueva empresa que ha sido adjudicataria para la prestación del servicio asuma una parte importante de la plantilla de la anterior empresa adjudicataria. Manifiesta taxativamente la sentencia que “en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica”<sup>62</sup>.

En 2018, ha tenido lugar definitivamente el cambio de posición del TS<sup>63</sup> en la doctrina sobre la subrogación convencional. El origen de esta nueva doctrina se encuentra en una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2018, (Asunto Somoza Hermo) en la que, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada sobre la subrogación convencional por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el Tribunal europeo declara que es aplicable el régimen legal de la sucesión de empresas también “cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios, donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo de trabajo del sector de seguridad”.

Hasta la STS de 27 de septiembre de 2018, numerosos pronunciamientos judiciales habían reiterado que cuando, en una sucesión de empresas que desarrollan actividades que descansan esencialmente en la mano de obra, la nueva contratista se subroga en el personal de la empresa saliente por mandato del convenio colectivo aplicable, no concurre un supuesto de sucesión ex art. 44 ET ni es aplicable, por tanto, el régimen legal allí previsto.

## 2.2 Ámbito de la responsabilidad.

La responsabilidad solidaria del empresario es predicable de cualquier débito que haya contraído la cedente, sea cual fuera su naturaleza, incluyéndose aquellas derivadas de Seguridad Social en un sentido amplio, en las que hay que considerar las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y el propio recargo de las prestaciones. También el resarcimiento íntegro de las lesiones ocasionadas por los siniestros laborales, acaecidos en la persona del trabajador, va a poder ser exigido por derivación de responsabilidades, en los supuestos de sucesión de empresas, conforme a lo prevenido en el artículo 44 del ET.

Decíamos en el anterior apartado, cómo desde 2002 la jurisprudencia del TJUE ha ido modificando su interpretación. A raíz de la entrada en vigor de la Directiva 2001/23 y a pesar de los vaivenes iniciales, se fue consolidando una nueva interpretación que afectaba de lleno a aquellas actividades “desmaterializadas”, como las de limpieza, jardinería, atención domiciliaria a personas mayores, vigilancia y seguridad, entre otras. El fundamento sintético de la nueva interpretación consiste en la existencia de una entidad

---

<sup>62</sup> STJUE 24 de enero 2002, Caso TEMCO.

<sup>63</sup> STS de 27 de septiembre de 2018.

económica objeto de la transmisión, que opera cuando se produce la simple transmisión del elemento funcional de la empresa. No exigiéndose en dichos casos, la transmisión de activos materiales o inmateriales dignos de resaltar, porque “en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica”.

Con algo de retraso llegó el cambio de doctrina jurisprudencial en nuestro país. La STS de 27 de septiembre de 2018 ha venido a trastocar el “statu quo” existente en lo concerniente a la doctrina sobre la subrogación de empresas prestadoras del servicio a modo de contratas o subcontratas, que quedaban excluidas del ámbito aplicativo del artículo 44 del ET y, en consecuencia, también de sus efectos en materia de responsabilidades salariales y de Seguridad Social.

Es habitual que los convenios colectivos sectoriales aplicables a este tipo de empresas con actividades “desmaterializadas” regularan, y lo continúen haciendo, para dar estabilidad a las plantillas en los casos de finalización de la contrata y la entrada de una nueva como prestadora del servicio. Hasta 2018, la empresa adjudicataria de la contrata continuaba la actividad con la plantilla del anterior contratista, por mor del contenido del propio convenio colectivo de aplicación, que imponía la obligación de subrogación de toda la plantilla o, en su caso, de una parte importante de la misma. Por lo tanto, la protección de los trabajadores quedaba circunscrita al mantenimiento del empleo, a pesar del cambio de empresa prestadora del servicio contratado. Pero, sin serles de aplicación los beneficios intrínsecos del artículo 44 del ET.

La STS de 27 de septiembre de 2018, acoge el criterio interpretativo exhibido en la STJUE de 11 de julio de 2018, (Asunto Somoza Hermo) en la que, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada sobre la subrogación convencional por el TSJ de Galicia, el TJUE declara que es aplicable el régimen legal de la sucesión de empresas también “cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo de trabajo del sector de seguridad”.

El TS afirmó en la referida resolución que en las actividades intensivas en mano de obra si, como consecuencia de la obligación de subrogación impuesta por el Convenio colectivo, el nuevo contratista asume una parte relevante de la plantilla del anterior, se produce una sucesión de empresa en los términos del artículo 44 del ET y, por tanto, es aplicable el íntegro régimen jurídico previsto en este precepto. Hay que recalcar que el supuesto de hecho contemplado, es el de la subrogación convencional, o sea, por disponer el Convenio colectivo la subrogación de la plantilla. No siendo de aplicación por lo tanto en el caso de que el Convenio colectivo lo omita.

Los efectos de la aplicación del contenido del artículo 44 del ET a los casos de subrogación de plantillas dispuestas convencionalmente, son los siguientes: el mantenimiento de las condiciones de trabajo que al efecto aparecen dispuestas en el Convenio colectivo que le sirve de cobertura legal para la subrogación. Amén de la responsabilidad solidaria por las deudas laborales y de Seguridad Social vigentes durante

la contrata anterior, que asumen transmitente y transmitido. Además, cualquier cláusula prevista en el Convenio de aplicación que limite tales efectos (los expresamente recogidos en el artículo 44 del ET), deviene nula e inaplicable.

No es previsible que las cláusulas de subrogación convencional desaparezcan del contenido de los convenios colectivos que a día de hoy las recogen, entre otras, por el interés propio de las empresas. Aunque, sí que tendrán que cambiar actitudes y comportamientos de los empresarios que operan en este tipo de contrata. En este sentido, deberá generarse un flujo de información entre la contratista que finaliza la prestación del servicio y la contratista que recoge el testigo. Pero, incluso antes de formalizarse el nuevo contrato, la empresa transmitente deberá informar a sus trabajadores en relación con la subrogación y la forma de saldar las deudas, en el caso de que existan. Asimismo, se hace imprescindible también informar antes de la formalización del nuevo contrato de contrata, para conocer el transmitido o adjudicatario, con exactitud, la existencia o no de deudas de naturaleza salarial o de Seguridad Social, que siguen pendientes del transmitido o empresario cesante en la contrata. Habrá que incluir ahora también, la existencia de un recargo sin resolución firme al respecto o que, habiéndolo no se haya procedido al depósito del capital coste en la TGSS, ya que desde 2015<sup>64</sup>, una nueva interpretación del TS, posibilita la imputación solidaria de su pago en caso de sucesión empresarial (ex artículo 44 del ET), al transmitente y al transmitido.

### *3. Libre prestación de servicios y libre desplazamiento en el seno de la Unión Europea.*

#### *3.1. Introducción a la libre prestación de servicios en el seno de la Unión Europea: connotaciones históricas.*

La globalización, la internacionalización de la economía, el mercado mundial... son nuevos conceptos que trascienden a los propios Estados-Nación que en occidente comenzaron a ser realidad en el siglo XVII, salvaguardados por las fronteras y la soberanía. Hoy, las fronteras se diluyen y la soberanía se relativiza, en favor de las organizaciones internacionales, siendo esto más palpable en el ámbito económico. A continuación, vendrán mecanismos e instrumentos de naturaleza social y política, pero siempre bajo el amparo de lo económico. Y la Unión Europea (UE) es precisamente un caso paradigmático al respecto.

Los mercados se ensanchan. Los factores de la producción se mueven. Y el trabajo es uno más de ellos. De ahí que haya que contextualizarlo como tal. El mercado interior de la UE, llamado también mercado único europeo o mercado común europeo, es el más prodigioso instrumento de integración económica de la UE, cuya finalidad es la creación de un mercado común entre los Estados miembros. En este circulan libremente bienes,

---

<sup>64</sup> STS de 13 de octubre de 2015.

servicios, capitales y personas. En su interior, los ciudadanos de la UE pueden vivir, trabajar, estudiar o hacer negocios con libertad.

El mercado único es la mayor realización de la UE. Se trata de un espacio sin fronteras interiores, que garantiza las cuatro libertades básicas de la UE: la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

En esta creación han tenido mucho que ver sus Tratados constitutivos. El Tratado de París de 18 de abril de 1951, da a luz a la Comunidad Europea para el Carbón y el Acero (CECA), constituyéndose la primera de las tres Comunidades Europeas, serían los dos Tratados de Roma, firmados el 25 de marzo de 1957, los que darían origen a la, entonces llamada, Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad Europea de energía Atómica (CEEA o EURATOM). Todos ellos fueron firmados por Alemania Federal, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, y los Países Bajos.

El tratado de la CEE ha sido modificado en numerosas ocasiones adoptando diferentes denominaciones: Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, por último, Tratado de Funcionamiento de la Unión. El Tratado de Funcionamiento de la Unión, junto con el Tratado modificativo de la Unión Europea, o también conocido como Tratado de Maastricht (1992), son los dos cuerpos normativos básicos de la Unión Europea, ambos poseen el mismo valor jurídico. El Tratado de la Unión Europea da paso al inicio de la unión política y económica de los Estados europeos, creando un nuevo concepto, el de Unión Europea.

El mercado interior aparece mencionado en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) como uno de los objetivos que tiene que alcanzar la UE. Asimismo, el artículo 26.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) señala que la UE adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento.

La libre circulación de trabajadores se establece en el artículo 45.1 del TFUE. Se prohíbe expresamente la discriminación por razón de nacionalidad con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo, estableciéndose expresamente los derechos de desplazamiento, residencia y permanencia de los trabajadores comunitarios, y excluyendo de dicha regulación a los empleados de las Administraciones Públicas.

La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios garantizan la movilidad de las empresas y los profesionales en toda la Unión. Las expectativas en relación con la Directiva de servicios son elevadas, puesto que reviste una importancia fundamental para la plena realización del mercado interior. Diferente de aquella, es la libre prestación de trabajo, que incluye el derecho de desplazamiento y residencia del trabajador, el derecho de entrada y residencia de los miembros de la familia, el derecho a trabajar en otro Estado miembro y a recibir el mismo trato que los nacionales de ese Estado.

El derecho fundamental a la libre circulación de los trabajadores se ha recogido en distintos reglamentos y directivas desde los inicios de la entonces CEE. El Reglamento de base relativo a la libre circulación de los trabajadores (Reglamento (CE) n.º 1612/68) y la Directiva complementaria sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia (Directiva 68/360 del Consejo), han sido nuevamente redactados en varias ocasiones. A fecha de hoy, las principales disposiciones sobre la materia son: la Directiva

2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; el Reglamento (CE) n.º 492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión; y Reglamento (UE) n.º 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea.

Es digno de resaltar a tal respecto la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores, dada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989 y que consideró que, en el marco de la construcción del mercado único europeo, es conveniente otorgar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos y que, por consiguiente, deben ser desarrollados de forma equilibrada. Manifiesta igualmente que la realización del mercado interior constituye el medio más eficaz para la creación de empleo y para garantizar el máximo bienestar en la UE. Para ello, se entiende que el desarrollo y la creación de empleo deben ser la primera prioridad en la realización del mercado interior. Correspondiendo a la UE hacer frente a los desafíos del futuro en el plano de la competitividad económica, teniendo en cuenta, en particular, los desequilibrios regionales. En cualquier caso, la realización del mercado interior debe suponer para los trabajadores de la UE mejoras en el ámbito social y, en particular, en materia de libre circulación, condiciones de vida y de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo, protección social, educación y formación.

Precisamente, el Título I sobre Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores se refiere a la libre circulación en todo el territorio de la UE, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública. El derecho a la libre circulación permite a cualquier trabajador ejercer cualquier profesión u oficio en la Unión en condiciones de igualdad de trato para el acceso al trabajo, las condiciones de trabajo y la protección social del país de acogida. El derecho a la libre circulación implica, asimismo:

- a. la armonización de las condiciones de residencia en todos los Estados miembros, en particular para la reunificación familiar;
- b. la supresión de los obstáculos que resulten del no reconocimiento de títulos o de calificaciones profesionales equivalentes;
- c. la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores fronterizos.

Sin embargo, la cuestión objeto de nuestro análisis es la libertad de prestación de servicios en el seno de la UE por empresas nacionales de los Estados miembros para el desarrollo de actividades temporales en otros Estados miembros. Lógicamente circunscribiremos nuestra atención a los trabajadores prestadores del servicio en las empresas, en las que, en su condición de tal, les serán de aplicación toda la normativa de la UE que hemos mencionado, referidas a los trabajadores.

La libertad de prestación de servicios propicia desplazamientos temporales de trabajadores al Estado miembro de la Unión Europea donde su empresario prestará servicios y ejecutará obras. La posibilidad que se crea para prestar servicios y ejecutar obras en países de la UE, por empresas nacionales de otros Estados, exigen el cumplimiento de la normativa de la UE al respecto y, en su caso, la de los países a los que pertenecen las empresas y la del país donde tiene lugar la efectiva prestación del servicio o la ejecución de la obra. Precisamente, deslindar una y otra será el objeto fundamental

del contenido de estas líneas. Estas considerarán, en cualquier caso, diferentes cuestiones relacionadas con el mercado de trabajo y con la libre competencia. Desde la perspectiva de la tutela de la protección de los derechos de los trabajadores desplazados, en el marco de una prestación transnacional de servicios, el objeto de la Directiva es garantizar la tutela de los trabajadores desplazados en el Estado de prestación de los servicios. Precisamente, es la Directiva la que irradia el contenido de la normativa nacional que deberá ser transpuesta en los Estados miembros y que conformará el régimen jurídico aplicable.

### *3.1.1. Tránsito de la Unión económica a la Unión social. Los Tratados de Maastricht, Amsterdam y Niza.*

En el calendario de la UE la economía había prevalecido desde su nacimiento con la clara intención de crear un mercado común. El propio ente que surge primigeniamente, CEE, lo dice todo. Cuando se constató que esa finalidad podía considerarse consolidada, las cuestiones políticas primero y, luego, las sociales, son las nuevas metas a alcanzar. Fue en el Consejo Europeo de Roma de 1990 donde se solicita a la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política que preste especial atención a aquellas cuestiones relacionadas con la cohesión social y la necesidad de implantar en el ámbito de la UE el diálogo social. Las propuestas habidas en el referido Consejo fueron posteriormente plasmadas en los tres Tratados que a continuación procedemos a analizar.

#### **3.1.1.1 Tratado de Maastricht.**

El Tratado de Maastricht, también llamado Tratado de la Unión Europea, recoge una buena parte de las propuestas del Consejo Europeo de Roma de 1990, desarrolladas posteriormente en la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política, que tenía la encomienda de ello.

Los artículos 48 a 51 del TCEE habían permanecido prácticamente inalterados a lo largo de los 35 años, que van desde los inicios de la CEE, hasta el TUE. En aquellos, la libertad de circulación de personas quedaba en la práctica circunscrito a garantizar la circulación y el desplazamiento de trabajadores, ya que la finalidad de estos estaba motivada por la realización de actividades económicas. El paso dado por el TUE consiste en que se pasa de un derecho originariamente dispuesto y relacionado con la organización del mercado interior, para considerarlo derecho subjetivo de las personas con carácter general y no necesariamente en su condición de trabajadores. No obstante, en la legislación de la UE rezuma la visión económica de la misma, motivo por el cual en la regulación de esa libertad de circulación de personas no desaparece la justificación última de naturaleza económica a la que se asocia dicha libertad fundamental de la UE.

El TUE incorporó una declaración programática relacionada con los objetivos generales de la UE, refiriéndose expresamente a dos consideraciones de naturaleza social: el logro de un alto nivel de empleo y alcanzar una alta protección social. Sin embargo, los aspectos más importantes sobre la materia fueron dispuestos en un Acuerdo anexo al TUE, que fue firmado por sólo 11 países, y en el que se aceptaba explícitamente que sus

disposiciones constituyesen parte integrante del acervo comunitario. El Acuerdo permitió pasar de las declaraciones programáticas a la existencia de un texto que vinculaba a los países firmantes a las futuras actuaciones normativas de las Instituciones de la UE, referentes a la legislación socio-laboral. La proyección de esta normativa exigía el concurso previo de los interlocutores sociales que intervenían, previamente al procedimiento legislativo, a través de un procedimiento de doble consulta con ellos.

El TUE reforzó el principio de subsidiariedad y por lo tanto partía de la exigencia del respeto de las particularidades de cada uno de los sistemas nacionales de relaciones laborales. Es decir, la política social europea haría acto de presencia en aquellas actividades y territorios donde los Estados hicieran dejación de sus políticas legislativas, que supusieran insuficiencias para hacer realidad la convergencia en relación con los objetivos propuestos por la UE.

### **3.1.1.2 Tratado de Ámsterdam.**

En 1996 se convocaba una Conferencia Intergubernamental para examinar las disposiciones del Tratado de Maastricht que se preveían modificar. Poco tiempo después, en 1997, en el Reino Unido, se había levantado la oposición en lo concerniente a la legislación europea en materia social. En consecuencia, el Reino Unido aceptaba las Directivas dadas con anterioridad, así como aquellas que pudieran adoptarse con posterioridad. Se planteó la importancia política de implicar a los ciudadanos de los Estados miembros en el proyecto de la UE. En un primer momento, el debate giró en torno a hacer realidad la ciudadanía europea y la consecuencia de ello, la extensión de los derechos fundamentales y libertades públicas al ámbito de actuación de las instituciones de la UE. A tal efecto, se planteó la ratificación por la UE del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. Se especuló como alternativa a ello, la inserción de ambos textos en los propios Tratados.

En octubre de 1997 se firmaba por los 15 Estados miembros el Tratado de Ámsterdam. Introducía importantes novedades en materia social. Incorporaba en su Exposición de Motivos, suponiendo ello la ausencia de fuerza vinculante, un importante conjunto de declaraciones programáticas y objetivos generales. La intervención de la UE vino de la mano de la coordinación de políticas y el establecimiento de principios generales de actuación, así como de la determinación de objetivos comunes de aplicación directa en cada uno de los Estados miembros. Entre estos, se configuró la política de empleo, como una competencia más al servicio de los objetivos de la UE. Su aplicación fue muy cautelosa y dotándola de importante dosis de flexibilidad. O sea, prevalecía la finalidad coordinadora por las instituciones de la UE, haciendo responsable del contenido material de las políticas de empleo a cada Estado miembro.

### **3.1.1.3 El Tratado de Niza.**

Año y medio después de la aprobación del Tratado de Ámsterdam tuvo lugar en Niza una reunión del Consejo Europeo. La importancia de este radica en la aprobación de tres documentos de sumo interés en la construcción de Europa:

a) Un nuevo Tratado modificativo del de Ámsterdam, que se llamó Tratado de Niza. Fue firmado el 26 de febrero de 2001 y entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

b) Una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, auspiciada por el Consejo Europeo de Colonia. Fue aprobada, pero no entró a formar parte del Tratado. Esta Carta debía recoger los principios generales contenidos en la Carta Europea de Derechos Humanos de 1950 y aquellos que se derivan de las diferentes constituciones de los Estados miembros y que son comunes a los mismos. También se pretendió que recogiera la relación de principios y derechos recogidos en la Carta Social Europea y en la Carta de Derechos Fundamentales de los Trabajadores. De igual modo, aglutinó aquellos principios asumidos por la jurisprudencia del Tribunal Justicia Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

c) Una Declaración relacionada directamente con la previsible ampliación hacia los Países del Este, que definiera la estrategia a seguir. Dos cuestiones eran de la máxima preocupación: mejorar y supervisar de manera permanente la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y sus Instituciones, con el objetivo de acercar éstas a los ciudadanos.

En diciembre de 2000, en Niza se adoptó también la Agenda Social Europea. En su virtud se invitaba a los Estados miembros a que determinasen sus prioridades en materia social. Además de las Instituciones comunitarias por antonomasia, fueron llamados al diálogo y debate, los interlocutores sociales. La convocatoria tenía por finalidad determinar una propuesta social fruto del consenso y con un horizonte temporal futuro de cinco años. Se constató la existencia de posturas antitéticas entre los partícipes. Lo que motivó que las únicas líneas de trabajo que posibilitaron ciertos consensos lo fueron sobre métodos de trabajo e instrumentos de trabajo. Los intereses nacionales, una vez más, se antepusieron a los propiamente comunitarios. Ello era debido, sin duda, a cuestiones relacionadas con el mercado y con la funcionalidad del factor de producción trabajo que se asume en cada país, en atención a las particularidades del modelo productivo.

#### **3.1.1.4 Tratado de Lisboa.**

Firmado el Tratado de Lisboa en fecha 13 de diciembre de 2007, fue ratificado por todos los Estados miembros. Se produjeron ciertas modificaciones relativas a la denominación de los Tratados e Instituciones (Parlamento Europeo, Consejo Europeo, Vicepresidente de la Comisión-Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Consejo, Comisión y Tribunal de Justicia de la Unión Europea). El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el término Comunidad se sustituye por Unión en todo el texto. La Unión ocupa el lugar de la Comunidad y la sucede desde el punto de vista jurídico.

El texto del Tratado de Lisboa difiere del proyecto de Tratado constitucional, sin embargo, conserva la mayor parte de sus principales logros. El Tratado no transfiere nuevas competencias exclusivas a la UE.

El camino que llevó al Tratado de Lisboa fueron los resultados adversos de dos referendos sobre el Tratado constitucional celebrados en Francia y Países Bajos. Consecuencia de ello, el Consejo Europeo decidió concederse un “periodo de reflexión”. Período que finaliza con la firma del Tratado de Lisboa.

El Tratado de Lisboa organiza y clarifica por primera vez las competencias de la UE. Distingue tres tipos de competencias:

- a. Las de competencia exclusiva de la UE.
- b. Las de competencia compartida con los países miembros.
- c. Las de competencia de los países miembros con apoyo de la UE.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE no se ha incorporado directamente al Tratado de Lisboa, pero el artículo 6.1 del TUE le atribuye carácter jurídicamente vinculante, con lo que le confiere el mismo valor jurídico que los Tratados.

En lo concerniente al mercado interior, serán competencia exclusiva de la UE las materias referentes a unión aduanera, establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior, política monetaria de la eurozona y política comercial común. Ahora bien, se atribuye una competencia compartida residual en todo lo relativo al mercado interior. De tal forma que, la regulación del mercado interior sólo corresponderá a los Estados miembros, en los aspectos en que no exista regulación de la UE.

### 3.2. La internacionalización de las relaciones de trabajo: el Mercado Único y la Globalización.

La globalización económica se basa en la internacionalización del capital y del trabajo, sobre la base del predominio de las actividades comerciales sobre cualquier otra, incluido el sector industrial, quedando relegadas al último lugar las atinentes al sector primario: agricultura y ganadería.

Las grandes empresas transnacionales y los países que dominan el comercio mundial determinan las relaciones comerciales. Mientras que los beneficios derivados de la inversión de capital son más o menos similares en todos lados, el coste del factor trabajo (salarios) varía enormemente entre los países desarrollados y subdesarrollados, siendo las diferencias que existen entre uno y otros lo que explica los mecanismos de dependencia que se establecen entre países desarrollados y los subdesarrollados.

Finalizada la 2ª Guerra Mundial aparecieron dos bloques de países nítidamente diferenciados. Aquellos que comulgaban el credo liberal en la economía, llamados países capitalistas, y los que basaban su sistema económico en el intervencionismo y planificación del Estado, ideológicamente integrados en el bloque comunista. Este sistema bipolar pronto dio entrada a un tercer bloque, con la creación en la década de los cincuenta de la Comunidad Económica Europea. La integración europea tuvo un enorme

éxito, en un primer momento en el orden económico. Luego vendrán los parabienes en lo político, aunque matizado en los últimos tiempos. Esta comunidad de naciones europeas concentra el mercado mundial más importante del mundo, tanto desde el punto de vista de la producción como, de manera progresiva, del consumo. Por último, es digno de resaltar el proceso de emancipación de las antiguas colonias, fundamentalmente en los continentes africano y asiático, que, junto con otros Estados ya existentes en aquel entonces, forman lo que se ha llamado el tercer mundo o bloque de países subdesarrollados y en vías de desarrollo.

Las diferencias sociales y económicas del mundo actual se deben a la acumulación de riqueza por los países dominantes de las infraestructuras comerciales y tecnológicas. El factor de producción trabajo es secundario a estos efectos, si no viene acompañado por los anteriores. El valor agregado de un bien o servicio es debido en gran parte, en la actualidad, a la eliminación de los obstáculos ocasionados por la distancia o el entorno geográfico. Eliminados los factores geográficos, la producción se realiza allí donde las ventajas competitivas son mayores. La conexión producción y consumo se hace prácticamente global, incrementando el valor agregado de los bienes y servicios, que son producidos y ofrecidos en condiciones que maximizan la rentabilidad de los factores de producción y la distribución.

A pesar de lo dicho, hay que analizar el coste del factor trabajo en los diferentes países, con especial incidencia en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo y lo primero que contemplamos es que la remuneración del factor es baja o muy baja. Como quiera que el nivel de vida es bajo, los salarios también lo son y, en consecuencia, ello impide que suba el nivel de vida de la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, y a pesar de las ventajas e inconvenientes que pueden otorgarse a la internacionalización de la economía con carácter mundial, llamada globalización, hay que considerar una especial situación de internacionalización limitada a un club de países, que iniciaron su andadura allá en las postrimerías de la década de los años cincuenta, cuando se crea la Comunidad Económica Europea. Su creación tenía un objetivo económico perfectamente definido, la creación de un mercado común. El mercado interior de la UE, también conocido como mercado único europeo o mercado común europeo, es uno de los instrumentos de integración económica de la UE. La caracterización principal de este mercado es que en su interior circulan libremente bienes, capitales, personas y se prestan libremente servicios. En síntesis, en el interior de la UE, dentro de los límites de ese mercado único, los ciudadanos de la UE pueden vivir, trabajar, estudiar o hacer negocios con libertad.

El mercado interior es mencionado en el artículo 3.3 del TUE como uno de los objetivos que tiene que alcanzar la UE. De igual forma, el artículo 26.1 del TFUE indica que la UE adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento. La finalidad de la construcción del mercado interior es el de ser un espacio libre de fronteras y barreras entre los distintos Estados. Se crea un marco jurídico que haga posible la efectiva realización de un mercado interior. Y para ello, establece las llamadas cuatro libertades fundamentales de la UE: libre circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales. En relación con dichas libertades, los Tratados distinguieron el llamado derecho de establecimiento. A lo que hay que añadir, que la construcción del mercado interior, se apoya en las llamadas políticas comunes. Estas son: transportes, de competencia, de agricultura y pesca, y la política comercial común.

Cuando hablamos del compendio de las cuatro Libertades Fundamentales, el concepto aglutinador de todos ellos es el de la unión aduanera. O sea, la libre circulación de mercancías dentro del mercado interior. Sin duda esta “libertad” prevalece sobre las otras tres, a saber: la libre circulación de trabajadores, de servicios y de capitales. El TFUE regula su régimen jurídico desde un prisma negativo, es decir, son definidas sobre la base de restringir su libre circulación.

La libre circulación de mercancías supone el establecimiento de una unión aduanera que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que determina la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación. Además, y en las relaciones de la UE con terceros países, se establece un arancel aduanero común.

La libre circulación de trabajadores se prevé en el artículo 45.1 del TFUE. Prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Se prevén igualmente los derechos de desplazamiento, residencia y permanencia de los trabajadores de la UE.

La libre circulación de servicios aparece regulada en el TFUE. Dicha libertad se materializa impidiendo las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la UE para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación. Por lo tanto, dentro del concepto de la libre prestación de servicios, se incluye dos supuestos:

a) La prestación de un servicio en el país de establecimiento del prestador, cuyo destinatario no es nacional de dicho país, sino de otro Estado miembro.

b) La prestación de un servicio en un país distinto a aquel en que esté establecido el prestador. En tal caso, el prestador no estará obligado a ejercer su derecho de establecimiento en el país miembro para poder prestar el servicio, bastando con cumplir las mismas condiciones que el país miembro receptor del servicio impone a sus nacionales.

La libre circulación de capitales. El TFUE menciona en este mismo contexto la libre circulación de pagos, que recibe idéntica regulación que la de capitales. Consecuencia de esta libertad, se prohíbe cualquier restricción a los movimientos de pagos y capitales, tanto entre Estados miembros, como entre países extracomunitarios y Estados miembros. No obstante, el TFUE contempla algunas excepciones a la prohibición de restringir los movimientos de pagos y capitales

Considerada por algunos como “la quinta libertad fundamental” de la UE, el derecho de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro sobre el territorio de otro Estado miembro distinto, es definido de forma negativa, es decir, prohibiendo las restricciones que pudieran impedirlo u obstaculizarlo. El TFUE de manera expresa dispone que el derecho de establecimiento comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas. En todo caso, habrán de sujetarse a las condiciones que el país de establecimiento imponga a sus propios nacionales.

Resta hacer una breve consideración en relación con el establecimiento de una política comercial común, consecuencia lógica de la puesta en práctica de una unión aduanera. Al no existir barreras comerciales entre los Estados miembros la regulación de los intercambios comerciales con países extracomunitarios ha de ser uniforme. La competencia para establecer la política comercial común recaerá en exclusiva sobre la acción exterior de la Unión.

Hemos llegado al final de este apartado, y hemos perfilado con nitidez el objeto del que será el contenido de nuestro análisis. Las prestaciones de servicios transnacionales entran de lleno en la libre circulación de servicios, que aparece regulada en el TFUE. Dicha libertad se materializa impidiendo las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la UE para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

### ***3.3. Desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de la libre circulación de servicios en la UE.***<sup>65</sup>

#### *3.3.1. La libertad de prestación de servicios.*

La libre prestación de servicios es una de las libertades fundamentales de la UE. Presente en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, desde los inicios de la andadura comunitaria allá en las postrimerías de la década de los 50. Pero, ha sido a partir de haber hecho realidad el mercado único, lo que tuvo eficacia jurídica el 1 de enero de 1993, consecuencia del Acta Única Europea de 1986, cuando se ha producido un notable incremento de las prestaciones de servicios transnacionales dentro de la UE.

La actuación en el mercado interior comunitario de numerosas empresas que se han beneficiado de la apertura de los mercados, públicos y privados, de contratación de obras y servicios, así como la creciente actividad de grupos de empresas y empresas de trabajo temporal de carácter transnacional, son cosas cotidianas hoy en día y sobre las que se observa un mayor uso. El punto de inflexión y de no retorno, relacionado con la potenciación del mercado interior, se ha acentuado en los últimos años debido a la introducción de la moneda única y al mayor grado de integración e interdependencia económica existente entre los Estados miembros. El auge de las prestaciones de servicios de carácter transnacional en el interior de la UE ha incidido también en otra de las libertades fundamentales comunitarias: la libre circulación de trabajadores. En los comienzos de la CEE, la libertad de circulación de trabajadores tenía como finalidad que los trabajadores de un determinado Estado miembro se desplazaran a otro Estado para acceder a un empleo. Sin embargo, las prestaciones de servicios transnacionales han dado lugar a una circulación de trabajadores nueva: los desplazamientos temporales de trabajadores. Así, cuando una empresa comunitaria ha tenido que desplazarse en el marco de una prestación de servicios a un Estado miembro distinto de su país de establecimiento, lo ha hecho acompañada de sus propios trabajadores, desplazándolos al territorio del país

---

<sup>65</sup> En la redacción del contenido del numeral se ha tenido en cuenta el Criterio Técnico DGITSS N° 97/2016, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

donde debían prestarse los servicios por el tiempo de duración, por definición limitada y temporal, de dicha prestación.

La política social comunitaria, que ha hecho posible una “cierta tendencia” a la homogeneización de las diferentes legislaciones en el ámbito social del Derecho, no lo ha hecho con la contundencia que sí ha operado en otros terrenos, lo que puede dar lugar a la indeseada existencia de situaciones de discriminación entre los trabajadores de un determinado Estado miembro y los trabajadores desplazados temporalmente a ese Estado. La situación ahora descrita puede provocar situaciones de competencia desleal entre las empresas prestadoras de servicios en el seno del mercado interior. De ahí la imperiosa necesidad de aprobar una norma comunitaria en la materia. Lo que ya figuraba en su día en el programa de acción de la Comisión para la aplicación de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989. Poco tiempo después, el TJUE<sup>66</sup> tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto de la materialización del derecho a la libre circulación. Se opuso 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”. Dispuso, además, que “el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario; el derecho comunitario no prohíbe tampoco a los Estados miembros que impongan el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto”.

Así es que con base jurídica en los artículos 57.2 y 66 del antiguo TCE y en los existentes artículos 47 y 55 TCE tras el Tratado de Ámsterdam, vigentes en el momento de aprobarse la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, disponiendo al efecto que el fomento de la prestación transnacional de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores. Hoy, la base de la norma derivada de la UE referida, tendría base legal en los artículos 26 (mercado interior), 49 a 55 (establecimiento) y 56 a 62 (servicios) del TFUE.

La Directiva parte de que el fomento de la prestación transnacional de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores. Para ello, teniendo presentes el Convenio de Roma, de 19 de enero de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y la referida STJUE<sup>67</sup>, la Directiva establece que los empresarios que desplacen temporalmente trabajadores a un Estado miembro distinto de su país de establecimiento en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán respetar un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima de los trabajadores establecidas por el Estado de desplazamiento, y ello con independencia de la legislación aplicable al contrato de trabajo<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> STJUE de 27 de marzo de 1990 en el asunto “Rush Portuguesa”.

<sup>67</sup> STJUE de 27 de marzo de 1990.

<sup>68</sup> Éste párrafo y los anteriores están extractados de la Exposición de Motivos de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 96/71/CE<sup>69</sup>. El análisis de aquella y de esta, exige una interpretación que viene mediatizada en cualquier caso por el contenido del artículo 56 TFUE, en cuya virtud quedan prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la UE, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el destinatario de la prestación. A colación con ello, la jurisprudencia del TJUE mantiene que la libertad de prestación de servicios no solo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de la nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque sea aplicable indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estado miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro en el que preste servicios análogos<sup>70</sup>.

La libre prestación de servicios transnacional parte de una exigencia, que exista una empresa real en el Estado miembro de origen, para entender que se lleva a cabo una auténtica prestación de servicios, amparada por la libertad de prestación de servicios en el Mercado Interior. Lo que significa el desamparo por la norma de cualquier otra prestación creada con el fin de facilitar la prestación de trabajadores desde un país a otro. Es decir, la empresa del país de origen debe ser necesariamente una empresa real (prestadora de servicios, lo que supone que ésta disponga de soporte material y organizativo y que desarrolle actividades sustantivas y no puramente administrativas o de mera gestión interna), y que en consecuencia no lleve a cabo prestamismo laboral o lo que es lo mismo, no dé lugar la relación entre la empresa del país de origen y la del país receptor de la prestación, a una situación de cesión ilegal de trabajadores<sup>71</sup>.

La Directiva está destinada a perseguir el fraude que se produce cuando las contrataciones realizadas en un Estado Miembro de la Unión Europea, distinto a aquel en el que se prestan los servicios, tiene como única finalidad aplicar la normativa del Estado Miembro de contratación para evitar los costes derivados de la aplicación de la normativa laboral y de Seguridad Social del Estado Miembro en el que se produce la prestación de servicios. De donde se deduce fuera del ámbito de aplicación de la figura en estudio y por lo tanto ilegal, la prestación de servicios transnacionales en el ámbito de la UE, cuando la prestación de servicios tiene como única finalidad, aplicar la normativa del Estado Miembro de contratación, para evitar los costes derivados de la aplicación de la normativa laboral y de Seguridad Social del Estado miembro en el que se produce la prestación de servicios.

---

<sup>69</sup> Hay que hacer constar al respecto la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n ° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y la Directiva 2018/957, de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE.

<sup>70</sup> STJUE, asunto C-43/93, Van der Elst contra OMI, asunto C-164/99, Portugaia Construções y asunto C-445/03, Comisión contra Luxemburgo.

<sup>71</sup> Artículo 43 ET.

### 3.3.2. *El carácter transnacional de la prestación.*

Se exige que el prestador esté constituido en el Estado miembro de establecimiento. Lo cual implica que disponga de un soporte material organizativo en el territorio de dicho Estado. Hay que acreditar por lo tanto que se trata de una prestación de servicios de carácter transnacional, porque en otro caso estaríamos ante una actividad a la que le sería de aplicación exclusivamente la legislación del Estado donde efectivamente se presta el servicio. O sea, se exige para que quede acreditado el carácter transnacional de la prestación, que la empresa prestadora del servicio esté establecida en el Estado miembro de establecimiento. Ello conlleva acreditar que dispone de la infraestructura necesaria para acometer las actividades prestadoras del servicio en dicho Estado de establecimiento.

De igual forma, se requiere acreditar que en dicho Estado de establecimiento desarrollan actividades materiales, que no sean puramente administrativas o de gestión interna de la empresa como tal. El artículo 4.2 Directiva 2014/67, manifiesta que con el objeto de implementar, aplicar y garantizar el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, las autoridades competentes realizarán una evaluación global de todos los elementos fácticos que se consideren necesarios, incluidos, en particular, los que figuran en los apartados 2 y 3 del presente artículo, que se enuncian en los apartados siguientes. Esos elementos deben ayudar a las autoridades competentes cuando efectúen comprobaciones y controles y en los casos en los que tengan sospechas fundadas de que un trabajador puede no cumplir los requisitos para considerarse desplazado en el sentido de la Directiva 96/71/CE. Dichos elementos constituyen factores indicativos en la evaluación global que debe hacerse y, por consiguiente, no pueden considerarse de forma aislada.

Con el fin de determinar si una empresa lleva a cabo verdaderamente actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna, el referido artículo menciona que, las autoridades competentes realizarán una evaluación global de todos los elementos fácticos que, teniendo en cuenta un marco temporal amplio, caracterizan las actividades que lleva a cabo la empresa en el Estado miembro de establecimiento y, cuando sea necesario, en el Estado miembro de acogida. Estos elementos podrán incluir, en particular, los siguientes:

- a. El lugar donde la empresa tiene su domicilio social y su sede administrativa, ocupa espacio de oficina, paga sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social y, si procede, posee una licencia profesional o está registrada en las cámaras de comercio o los colegios profesionales pertinentes de acuerdo con la normativa nacional.
- b. El lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y el lugar desde el que se les desplaza.
- c. El Derecho aplicable a los contratos que celebra la empresa con sus trabajadores, por un lado, y con sus clientes, por otro.
- d. El lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental y donde emplea personal administrativo. La finalidad de este requisito es constatar que la

empresa realizó en el Estado de establecimiento, con carácter previo a la prestación transnacional de servicios, un ejercicio habitual de actividades en el Estado miembro de establecimiento y, en su caso, en el Estado de acogida. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos que pudieran existir dada la amplitud de la casuística reinante y que acreditarían excepciones justificadas a las reglas generalmente impuestas.

- e. El número de contratos celebrados o el volumen de negocios obtenida en el Estado miembro de establecimiento, o ambos, teniendo en cuenta la situación específica de, entre otras, las empresas ya consolidadas y aquellas de reciente creación.

Los requisitos enumerados y que en principio probarían la existencia de una empresa real que realiza sus actividades habituales en su Estado de establecimiento y, en consecuencia, la prestación de servicios que realiza en el otro Estado, el de acogida, permite calificar la relación como desplazamientos de trabajadores en el marco de la prestación de servicios transnacionales.

El artículo 5 Ley 45/1999, de 29 de noviembre<sup>72</sup>, exige al empresario la comunicación de desplazamiento, a efectos de asegurar el cumplimiento de esta ley. Para ello el empresario que desplace trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberá comunicar el desplazamiento, antes de su inicio y con independencia de su duración, a la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios. La comunicación se hará por medios electrónicos, en el modo que se determine reglamentariamente. A tal efecto, por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social se establecerá, de acuerdo con las Comunidades Autónomas, un registro electrónico central de tales comunicaciones. La comunicación de desplazamiento contendrá los datos e informaciones siguientes:

- a. La identificación de la empresa que desplaza al trabajador.
- b. El domicilio fiscal de dicha empresa y su número de identificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- c. Los datos personales y profesionales de los trabajadores desplazados.
- d. La identificación de la empresa o empresas y, en su caso, del centro o centros de trabajo donde los trabajadores desplazados prestarán sus servicios.
- e. La fecha de inicio y la duración previstas del desplazamiento.
- f. La determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España con indicación del supuesto que corresponda de los previstos en el artículo 2.1.1<sup>o73</sup>.

---

<sup>72</sup> Se modifican los apartados 1, 2 y 4 por el art. 6.2 del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo. Téngase en cuenta, para su aplicación, la disposición transitoria 3 del citado Real Decreto-ley.

<sup>73</sup> Desplazamiento en el marco de una prestación de servicios transnacional, es el efectuado a España por las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley durante un período limitado de tiempo en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) El desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España.
- b) El desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte.

- g. Los datos identificativos y de contacto de una persona física o jurídica presente en España que sea designada por la empresa como su representante para servir de enlace con las autoridades competentes españolas y para el envío y recepción de documentos o notificaciones, de ser necesario.
- h. Los datos identificativos y de contacto de una persona que pueda actuar en España en representación de la empresa prestadora de servicios en los procedimientos de información y consulta de los trabajadores, y negociación, que afecten a los trabajadores desplazados a España.

No será exigible la comunicación a que se refieren los apartados anteriores en el caso de los desplazamientos definidos en las letras a) y b) del artículo 2.1.1<sup>o74</sup> cuya duración no exceda de ocho días<sup>75</sup>.

Cuando la empresa que desplaza a los trabajadores a España sea una empresa de trabajo temporal, la comunicación de desplazamiento, además de lo dispuesto en el apartado 2, deberá incluir<sup>76</sup>:

- a. La acreditación de que reúne los requisitos exigidos por la legislación de su Estado de establecimiento para poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.
- b. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado 2.f)<sup>77</sup>, la precisión de las necesidades temporales de la empresa usuaria que se traten de satisfacer con el contrato de puesta a disposición, con indicación del supuesto de celebración que corresponda según lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

A tenor del artículo 5.7 Ley 45/1999<sup>78</sup>, en el supuesto previsto en el artículo 2.2 Ley 45/1999 (persona trabajadora de una empresa de trabajo temporal puesta a disposición de una empresa usuaria establecida o que ejerce su actividad en el mismo Estado que la empresa de trabajo temporal o en otro Estado miembro de la Unión Europea o signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que es enviada temporalmente por ésta a España para realizar un trabajo en el marco de una prestación de servicios transnacional), la empresa de trabajo temporal deberá comunicar el

---

A los efectos del párrafo anterior, se entiende por grupo de empresas el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas en los términos del artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

c) El desplazamiento de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria que esté establecida o que ejerza su actividad en España.

<sup>74</sup>a) El desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España.

b) El desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte.

<sup>75</sup> Artículo 5.3 Ley 45/1999.

<sup>76</sup> Artículo 5.4 Ley 45/1999.

<sup>77</sup> La determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España con indicación del supuesto que corresponda de los previstos en el artículo 2.1.1<sup>o</sup>.

<sup>78</sup> Se añade el apartado 7 por Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

desplazamiento en los términos establecidos en los apartados anteriores. La comunicación deberá incluir, además de lo dispuesto en el apartado 2, lo siguiente:

a) La identificación de la empresa usuaria extranjera que envía a la persona trabajadora a España.

b) La determinación de la prestación de servicios que las personas trabajadoras desplazadas van a desarrollar en España con indicación del supuesto que corresponda de los previstos en el artículo 2.2, en lugar de lo dispuesto en el apartado 2.f) del artículo 5.

### *3.3.3. Ámbito de aplicación.*

La normativa básica aplicable a las relaciones consistentes en la prestación de servicios de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional es la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que transpone la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios<sup>79</sup>.

El artículo 1 de la Ley 45/1999, regula el objeto y ámbito de aplicación de la Ley. Es objeto de la misma, establecer las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo.

La Ley será de aplicación a las empresas establecidas en un Estado miembro de la UE o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el EEE que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, con exclusión de las empresas de la marina mercante respecto de su personal navegante.

La Ley no será de aplicación a los desplazamientos realizados con motivo del desarrollo de actividades formativas que no respondan a una prestación de servicios de carácter transnacional.

Los supuestos<sup>80</sup> de desplazamiento a territorio español en el marco de una prestación de servicios transnacional incluidos en la ley 45/1999 son:

- a) El desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España.
- b) El desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte.

---

<sup>79</sup> La regulación europea sobre la materia ha sido objeto de dos modificaciones destacables: una de ellas, mediante la Directiva 2014/67, de 15 de mayo de 2015, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE; y, la segunda, por la Directiva 2018/957, de 28 de junio de 2018, que responde, por un lado, a la necesidad de garantizar el equilibrio adecuado entre fomentar la libre prestación de servicios y garantizar condiciones de competencia equitativas y, por otro, a la necesidad de proteger los derechos de las personas trabajadoras desplazadas.

<sup>80</sup> Artículo 2.1. 1º Ley 45/1999.

A los efectos del párrafo anterior, se entiende por grupo de empresas el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas en los términos del artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

- c) El desplazamiento de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria que esté establecida o que ejerza su actividad en España.

### 3.4. Los trabajadores desplazados.

El artículo 2.2 Ley 45/1999, define al trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacionales, como aquel “trabajador, cualquiera que sea su nacionalidad, de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley desplazado a España durante un período limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional, siempre que exista una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento”. Y “se entiende incluida la persona trabajadora de una empresa de trabajo temporal puesta a disposición de una empresa usuaria establecida o que ejerce su actividad en el mismo Estado que la empresa de trabajo temporal o en otro Estado miembro de la Unión Europea o signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que es enviada temporalmente por ésta a España para realizar un trabajo en el marco de una prestación de servicios transnacional en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Por cuenta y bajo la dirección de la empresa usuaria en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España.

- b) En un centro de trabajo en España de la propia empresa usuaria o de otra empresa del grupo del que forme parte, de acuerdo con el concepto de grupo de empresas previsto en el apartado anterior.

En estos supuestos, se entenderá que es la empresa de trabajo temporal la que desplaza temporalmente a sus personas trabajadoras a España, debiendo cumplir las obligaciones que la presente Ley establece para las empresas que desplacen temporalmente a sus personas trabajadoras en el marco de una prestación de servicios transnacional, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3.7.

En caso de que, pese a la apariencia formal de desplazamiento según este apartado, la persona trabajadora, mientras presta sus servicios en España, quede sometida al poder de dirección de la empresa establecida o que ejerza su actividad en España, será de aplicación el régimen jurídico relativo al desplazamiento previsto en el apartado 1.1.º.c), sin perjuicio de la exigencia de las responsabilidades oportunas en caso de constituir cesión ilegal de personas trabajadoras<sup>81</sup>”.

---

<sup>81</sup> Artículo 2.2 modificado por Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

El concepto de trabajador es el del Estado en el que se lleva a cabo la prestación del servicio. O sea, el de acogida<sup>82</sup>.

### *3.4.1. Situaciones diferentes de la prestación de servicios transnacionales: la no consideración de trabajadores desplazados.*

#### **3.4.1.1. Actividades desarrolladas en “centros remotos”.**

Son los llamados casos de “back offices o call center”. Centros de trabajo ubicados en lugares diferentes de la sede social de la empresa y del resto de los establecimientos productivos o de prestación de servicios ordinarios, que se encuentran en constante comunicación telemática con aquellas y que habitualmente son radicadas en países extranjeros. El mismo supuesto es el planteable cuando las prestaciones de estos servicios especializados son contratadas por la empresa con otra contratista, dentro del ámbito del proceso de descentralización productivo o subcontratación en el ámbito de la especialización de la actividad y del trabajo. Lo importante en estos casos planteados es la ubicación de los centros de trabajo prestadores de esas actividades específicas y diferenciadas de las demás, que suponen el objeto al que se dedica la empresa, ubicación en un Estado diferente del de los otros establecimientos.

#### **3.4.1.2. El teletrabajo.**

No se produce el desplazamiento material del trabajador, ya que el trabajo desarrollado, objeto de la actividad contratada, puede tener lugar en cualquier ubicación. Hay que añadir que no solo son determinantes de la exclusión de la consideración como prestación de servicios transnacionales las prestaciones en régimen de teletrabajo, tal y como son conocidas, sino cualesquiera otras en las que las actividades objeto de contratación son realizadas utilizando medios telemáticos, como forma de ejecutar la

---

<sup>82</sup> Así, por ejemplo, cuando la prestación del servicio se realiza en España, es decir, España es el país de acogida de la empresa prestataria, y se constata un supuesto de encubrimiento de una prestación de servicios por cuenta ajena, rezando formalmente una por cuenta propia, es la Inspección de Trabajo española, la encargada de regularizar la actuación, aplicando los criterios habitualmente utilizados para ello por dicho órgano administrativo. Ahora bien, hay que tener en cuenta, a los solos efectos del mantenimiento de la legislación de Seguridad Social de origen de los trabajadores por cuenta propia que pasen a realizar temporalmente una actividad similar en otro Estado miembro, el artículo 14.4 Reglamento CE 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, da prioridad a la calificación de cuenta propia efectuada por el estado de establecimiento, cuando en la redacción del formulario A1 emitido, al señalar que el criterio para determinar la actividad que va a realizar un trabajador por cuenta propia en otro Estado miembro, es similar a la actividad por cuenta propia ejercida normalmente, será la naturaleza real de la actividad y no la calificación de actividad por cuenta ajena o por cuenta propia que le dé el otro Estado miembro.

En concreto, a estos efectos es de aplicación el artículo 14.4 Reglamento CE 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009. A los efectos interpretativos del mismo, aclara el informe de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 26 de septiembre de 2014, en relación con el supuesto de hecho planteado, relacionado con los músicos y directores que componían una orquesta filarmónica de otro Estado, contratado para realizar en España actuaciones diferentes actuaciones contratadas.

actividad comprometida entre la empresa principal y la contratista, que ejecuta efectivamente el servicio contratado.

### *3.4.2. Trabajadores contratados para prestar servicios en el extranjero.*

El trabajador formaliza el contrato de trabajo en un país y se compromete a ejecutarlo desarrollando la actividad contratada en otro país. El vínculo que une al trabajador con el país donde formaliza el contrato debe ser calificado de circunstancial, ya que la prestación de la actividad se realiza en territorio de otro Estado.

El caso español aparece recogido en el artículo 1.4 ET que dispone que la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.

Cuando la prestación de servicios en el extranjero fuera superior a cuatro semanas, el empresario deberá dar con anterioridad a la partida del trabajador al extranjero, además de la información de carácter general, la siguiente<sup>83</sup>:

- a. La duración del trabajo que vaya a prestarse en el extranjero.
- b. Las retribuciones en dinero o en especie, tales como dietas, compensaciones por gastos o gastos de viaje, y las ventajas vinculadas a la circunstancia de la prestación de servicios en el extranjero. La moneda en que se pagará el salario.
- c. Condiciones de repatriación de la persona trabajadora.
- d. Cuando la relación laboral se extinguiera antes del transcurso de los plazos establecidos el empresario deberá facilitar la información atinente al contrato de trabajo antes de la extinción del mismo<sup>84</sup>. Habrá que tener en consideración, a los efectos oportunos, lo exigido por convenio colectivo.

Por las circunstancias reflejadas, la prestación en el extranjero de la actividad por el trabajador en las condiciones ahora planteadas no puede ser considerada prestación de servicios transnacional en los términos previstos en la Ley 45/1999. Además, haya expectativas de retorno o no, la temporalidad en la prestación transnacional de servicios es determinante en la conformación del concepto de la prestación de servicios transnacionales, cosa que no ocurre en el caso ahora examinado. De igual modo, el otro elemento diferencial consiste en que, en la prestación de servicios transnacional, existe una contratación entre empresas, existe una dualidad empresarial, una de las cuales, la contratista, contrata la ejecución de una obra o la prestación de un servicio en el marco de los países de la UE y la ejecuta o lo presta desplazando para ello a los trabajadores

---

<sup>83</sup> Sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo, requisitos exigidos y dispuestos en la STS de 14 de mayo de 2003.

<sup>84</sup> STS de 29 de enero de 2009.

previamente contratados. Sin embargo, el supuesto consistente en el desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte, podría ofrecer ciertas dudas, a la hora de encuadrar la prestación de trabajo, bien dentro del ámbito de la prestación de servicios transnacionales, en cuyo caso la temporalidad es elemento determinante, o la consideración de la mera prestación de servicios en el extranjero por trabajadores, supuesto objeto de análisis en este apartado.

#### *3.4.3. Casos de prestación de servicios en el exterior sin que exista una empresa destinataria del servicio o actividad, diferente de la propia y originaria del trabajador.*

Las nuevas tecnologías de la información siguen revolucionando el mundo del trabajo. Las actividades prestadas por periodistas y guías turísticos, entre otros, que son desplazados circunstancialmente fuera del territorio nacional, donde ejercen habitualmente la actividad y reside la empresa. Se enmarcan en la prestación de servicios ordinarias, no pudiendo considerarse el supuesto de hecho ahora enunciado ni de prestación de servicios transnacional en el marco de la UE, ni el que incluye la contratación de trabajadores en España para realizar la actividad en el extranjero. En los ejemplos explicitados, los servicios son prestados de esa forma tanto en el territorio nacional como fuera de él. Además, la prestación de los servicios no conlleva modificación en la forma de organización de la actividad por la empresa y el trabajador, con independencia de que se desarrolle la actividad dentro o fuera del territorio nacional. Se prestan servicios a distancia de manera habitual. Tampoco los ejemplos referidos pueden incardinarse en el supuesto de hecho de la contratación de trabajadores en España para realizar la actividad en el extranjero, ya que el desarrollo de la actividad no va a tener consistencia de permanente en el exterior, sino que va a ser calificada de circunstancial, teniendo el encargo de realizar una determinada prestación, que finalizada la misma, se produce el retorno del trabajador y la continuación de la prestación de servicios en la sede nacional de su empresa.

#### *3.4.4. Trabajos cuya movilidad es necesaria y consustancial en la ejecución de la prestación objeto de la contratación.*

Ciertas actividades empresariales determinan, por su propia naturaleza y características, que la prestación de trabajo por los trabajadores no se produzca o ejecute en un centro de trabajo fijo o permanente. Nos referimos a aquellos supuestos en los que el lugar de trabajo es cambiante y, en consecuencia, el puesto de trabajo del trabajador está sujeto a movilidad constante. Ocurre en actividades como, por ejemplo, espectáculos artísticos, circos, determinadas empresas de montajes o instalaciones industriales, eléctricas y telefónicas. Pero también, la actividad realizada por los directivos y altos responsables empresariales y muy especialmente los consultores. El carácter móvil de la empresa exige que el empresario así lo haga constar en el clausulado del contrato de trabajo.

El centro de trabajo determina diferentes consecuencias jurídicas y efectos relacionados con los derechos y obligaciones de la empresa y trabajador, en relación con

la situación habitual y ordinaria de centro de trabajo fijo o estable. Para que esto ocurra, la prestación de los servicios exige el desplazamiento de manera habitual. Y en el contexto ahora objeto de análisis, cuando estos son prestados en territorios de los diferentes Estados miembros de la UE no podemos entender que los mismos adquieren la consideración de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Y ello es debido a que los servicios prestados, en uno y otro caso, responden a supuestos diferentes. Y ello a pesar de que el trabajador desplazado por su empresa de origen contrata la prestación de sus servicios en diferentes lugares, en este caso países, en función de la actividad de la empresa. Conocida lógicamente cuando se formaliza el contrato de trabajo, ya que la propia naturaleza de la actividad de la empresa consiste en la prestación de servicios o la ejecución de obras en centros de trabajo móviles o itinerantes por propia naturaleza. En el caso objeto de aplicación de la Ley 45/1999, el trabajador conoce de antemano y de manera expresa el lugar o los lugares de la prestación objeto del contrato. De tal forma que el compromiso que ahora asume el trabajador está prevista y es conocida de antemano, quien voluntariamente la acepta como parte del clausulado del contrato<sup>85</sup>.

Quizás sea determinante al respecto la exclusión, del ámbito de la Ley 45/1999, de las actividades prestadas en centros de trabajos móviles por naturaleza, que encuentra apoyo legal en la propia Directiva 96/71/CE, artículo 1.2, que excluye expresamente de su aplicación a los desplazamientos referidos a las dotaciones que conforman las tripulaciones dedicadas a las actividades de transporte marítimo y en consecuencia también al resto de supuestos de trabajos prestados en centros de trabajos móviles.

#### *3.4.5. Trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional no pertenecientes al Espacio Económico Europeo.*

Los trabajadores no comunitarios que se encuentren en situación regular de residencia y trabajo, autorizados en consecuencia para trabajar en el Estado miembro en el que la empresa prestadora de servicios los tenga en plantilla o los haya contratado “ex profeso” para ello, no necesitarán autorización para trabajar en España, siempre que las prestaciones de trabajo se realicen en calidad de trabajadores desplazados, en los términos previstos en la Ley 45/1999.

Cuando se trate de trabajadores no comunitarios desplazados por empresas no pertenecientes al EEE, pero autorizadas (las empresas) para trabajar en España, los trabajadores deberán disponer de la correspondiente autorización para trabajar.

Para el caso de empresas españolas que vayan a prestar su actividad en el marco de una prestación de servicios transnacional, empleando a trabajadores extracomunitarios, es de aplicación la legislación sobre extranjería<sup>86</sup>. Los incumplimientos que se produzcan en materia de extranjería por empresas españolas con trabajadores desplazados a otros Estados, pueden ser fiscalizados, tanto por las

---

<sup>85</sup> Molina Martín, A. La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010. Páginas 96 y 97.

<sup>86</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (artículo 43.2) y Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (artículos del 110 al 116).

autoridades españolas de extranjería, por la contratación de trabajadores sin autorización de residencia y trabajo, como por las autoridades del Estado de acogida en el que efectivamente se prestan los servicios, conforme a su propia legislación de extranjería.

En el supuesto de que un trabajador extranjero que se desplace a un centro de trabajo en España y dependa, mediante expresa relación laboral, de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la UE, ni al EEE, precisaría de la correspondiente autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestación transnacional de servicios, en los siguientes supuestos:

- a. Cuando el desplazamiento temporal se produce por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera de la que depende a otra empresa establecida o que ejerza su actividad en España, para la ejecución de un contrato de prestación de servicios concertado entre las dos empresas.
- b. Cuando el trabajador es desplazado temporalmente a centros de trabajo en España de la misma empresa o grupo empresarial.
- c. Cuando se trate del desplazamiento de trabajadores altamente cualificados para supervisar obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior.

### 3.5. Las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados.

En los artículos 45 (libre circulación de trabajadores), 48 (Seguridad Social), 151 (política social) y 157 (igualdad de género) del TFUE, el concepto de trabajador, en todos ellos enunciados, tiene significaciones diferentes. Para ello, la doctrina del TJUE es determinante. De ahí la constatación palpable de la dificultad de llevar a la práctica aplicativa la propia Directiva 96/71/CE. En cualquier caso, haremos una referencia explícita al artículo 56 TFUE sobre libre prestación de servicios, manifestando al respecto que la presencia de “trabajadores” en el Estado de acogida o destinatario de los servicios, eran esenciales para la ejecución de la prestación de servicios transnacionales en el marco UE.

En términos generales, de acuerdo con la Ley 45/1999 se entiende por “trabajador desplazado”, aquel trabajador que presta servicios en España durante un periodo de tiempo limitado en el marco de uno de los siguientes supuestos: contrataciones internacionales en las que la prestación de servicios tiene lugar en España; empresas de trabajo temporal, cuando la empresa usuaria o su actividad esté en España; y desplazamientos intra-grupo a empresas o centros de trabajo ubicados en España.

Los elementos que revelan existencia de un “trabajador desplazado” son: la existencia de un contrato de trabajo en el país de origen previo al desplazamiento y el mantenimiento de la relación contractual en el país de origen durante el periodo de desplazamiento.

No se prohíben la formalización de contratos de trabajo nuevos surgidos a raíz del desplazamiento, siempre que las facultades de dirección y las obligaciones del empleador se conserven en el Estado en el que se produce la contratación. Para ello se exige acreditar

que tanto el ejercicio de las facultades de dirección y control como la asunción del riesgo empresarial inherente a la actividad económica de que se trate se mantienen en el Estado Miembro en el que se produjo la contratación.

### *3.5.1. Contrato de trabajo del trabajador desplazado.*

Para determinar si un trabajador desplazado temporalmente a España desempeña normalmente su trabajo en otro Estado miembro, deberán examinarse todos los elementos fácticos que caracterizan dicho trabajo y la situación del trabajador, entre los cuales pueden incluirse los siguientes<sup>87</sup>:

- a. si el trabajo se realiza en España durante un período limitado de tiempo;
- b. la fecha de inicio del desplazamiento;
- c. el Estado miembro en el que, o desde el que, el trabajador desplazado a España suele desempeñar su trabajo, de acuerdo con el Reglamento (CE) núm. 593/2008 (Roma I) o con el Convenio de Roma;
- d. si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar en el Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestados los servicios para los que fue desplazado a España;
- e. la naturaleza de las actividades;
- f. si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos, y, de ser así, de qué forma los proporciona o cómo los reembolsa;
- g. los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador desplazado.

En consecuencia, debe existir con carácter general un contrato de trabajo previo al desplazamiento transnacional. Si bien nada impide que la empresa concierte un contrato “ex novo” con el único fin de desplazar a ese nuevo trabajador<sup>88</sup>. Para que nos encontremos ante un desplazamiento transnacional, en los términos de la Ley 45/1999, es necesario que acontezca el hecho físico del desplazamiento como tal, o sea, el viaje o el traslado del trabajador desde el país de establecimiento de la empresa o de aquel en el que presten habitualmente los servicios o bien, en el país del lugar en el que han sido contratados para prestar esos servicios en el Estado de acogida o de prestación efectiva de los servicios.

Se mantendrá la relación laboral durante el desplazamiento transnacional. La empresa que desplaza al trabajador deberá correr con los gastos de alojamiento, manutención y transporte y cumplir con las obligaciones laborales y de Seguridad Social.

---

<sup>87</sup> Artículo 8.bis.3 Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

<sup>88</sup> La Inspección de Trabajo comprobará el lugar real y el momento de la celebración del contrato de trabajo.

El desplazamiento debe ser temporal, disponiendo el artículo 3.6 de la Ley 45/1999 que la duración del desplazamiento se calculará en un período de referencia de un año, a contar desde su comienzo, incluyendo, en su caso, la duración del desplazamiento de otro trabajador desplazado anteriormente al que se hubiera sustituido.

Recientemente, el artículo 3.8 Ley 45/1999<sup>89</sup> ha establecido un plazo de referencia temporal del desplazamiento de 12 meses ampliables, previa notificación motivada, hasta los 18 meses. Así, cuando los desplazamientos tengan una duración superior a ese plazo, se deberá garantizar a los trabajadores desplazados no sólo el “núcleo duro” de condiciones de trabajo del Estado de acogida sino, en general, todas las condiciones fijadas por la legislación laboral de dicho Estado (salvo las condiciones de celebración y resolución de contratos de trabajo y los regímenes complementarios de jubilación).

En materia de Seguridad Social se aplica un límite de duración del desplazamiento de dos años, pudiendo ampliarse este período en determinadas circunstancias y cumpliendo ciertas condiciones.

El empresario deberá acreditar que la naturaleza de las actividades justifica el desplazamiento, que su duración es temporal y que los trabajadores desplazados se encuentran ligados a la prestación de servicios que es causa del desplazamiento<sup>90</sup>.

### *3.5.2. La garantía de condiciones de mínimo en la Directiva 96/71/CE.*

El supuesto de hecho contemplado consiste en un trabajo que no se desarrolla en el ámbito territorial del Estado de establecimiento de la empresa, sino que la ejecución de la obra o la prestación del servicio se lleva a cabo en el territorio del Estado de origen de la contratación y ejecución mercantil de lo estipulado entre las empresas.

Todos los Estados intervienen en el mercado de trabajo regulándolo. En principio y con carácter general, la legislación europea resolvía las situaciones que conforman los supuestos de hecho ahora contemplados en la Ley 45/1999. De ello se ocupaba el Reglamento Roma I, en cuya virtud se determinaba la Ley que resultaba aplicable a las relaciones laborales de aquellos trabajadores que eran desplazados para la ejecución de sus actividades a otros Estado, en virtud de las contrataciones empresariales llevadas a cabo entre las empresas contratantes. Ocurría, que las soluciones esgrimidas por la referida norma presentaban inconvenientes importantes para aquellos Estados importadores de mano de obra y que, por lo general, ofrecen mejores condiciones laborales para el trabajador. La diferencia es palpable en torno a las condiciones de trabajo entre países importadores y exportadores de mano de obra. La aplicación de la Ley del Estado de establecimiento suponía una ventaja para los casos de países exportadores de mano de obra, cuyas condiciones de trabajo son inferiores a los de los otros y en consecuencia se producía un acicate a la contratación, justificado exclusivamente en un

---

<sup>89</sup> Introducido por Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

<sup>90</sup> El artículo 8 bis, apartado 6, de la Ley 45/1999 dispone que, 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 una persona trabajadora entra en el ámbito de aplicación de la presente Ley, la persona trabajadora 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. 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.

eventual ahorro de costes labores, que lógicamente redundaría en perjuicio de los trabajadores del Estado donde se desarrolla la actividad laboral. Se producirían situaciones de competencia desleal, justificadas en las propias legislaciones de los Estados de establecimientos de las empresas, lo que terminaría produciendo situaciones de “dumping social”.

La promulgación de la Directiva 96/71/CE pretende solucionar los inconvenientes descritos en el párrafo anterior. Ha dispuesto su artículo 3.1 de un núcleo mínimo de disposiciones de la normativa laboral del Estado de destino, que deberán ser respetadas por la empresa prestadora de servicio que lo hace desplazando al otro Estado a sus trabajadores. Ello con independencia de la Ley aplicable al contrato de trabajo, que aparece resuelto en el Reglamento Roma I. Pues bien, este núcleo mínimo lo conforman un conjunto de condiciones de trabajo y empleo recogidas en las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos de naturaleza sectorial y eficacia general. Este conjunto normativo de aplicación en el país de destino se califica como normas de orden público y en consecuencia de obligado cumplimiento en ese Estado. Son estas normas imperativas de Derecho interno del Estado de destino identificadas con los principios y valores ordenadores de la vida socio-económica de cada país. Pero, también resultan imperativas en relación con el propio Derecho comunitario, cuya protección y defensa constituyen un signo de identidad de la UE<sup>91</sup>. De esta forma no solo se evita la competencia desleal entre empresas de diferentes Estados de establecimiento, en cuanto que todas ellas puedan operar en cualquier país de destino, sino que también se garantizan a los trabajadores desplazados el disfrute de las mismas condiciones de trabajo que aquellos otros trabajadores que realizan habitualmente su actividad en el propio Estado de establecimiento, realizando trabajos similares. Ahora bien, precisamente porque lo que se regula es un llamado núcleo de normas de obligado cumplimiento, para las empresas que desplazan trabajadores a un Estado de destino, supone ello que existirán no obstante otras condiciones de trabajo diferentes de las anteriores, que no exigen el cumplimiento de la Ley que rige las relaciones laborales en el país de destino con carácter general. Por lo que el trabajador desplazado no va a tener las mismas condiciones laborales que los trabajadores que realicen su actividad habitual en el Estado de destino y que se corresponde en este caso con el Estado de establecimiento<sup>92</sup>.

Hay que advertir una cuestión importante relacionada con la aplicación o no de los convenios colectivos o laudos de obligado cumplimiento, como posible normativa integrante de ese llamado “núcleo duro” de obligado cumplimiento. El problema que subyace al respecto es la propia redacción de la Directiva al respecto, que utiliza el término “podrán basarse, si así lo deciden”. Por lo que, de lo expuesto, no se deriva una obligación. Serán las normas nacionales de transposición las que acogerán dentro de ese “núcleo”, las mismas condiciones de trabajo expuestas expresamente en la Directiva, cuyo contenido aparezca convencionalmente recogido.

---

<sup>91</sup> Serrano Olivares, R. Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador, en M.E Casas Bahamonde y S. del Rey Guanter (Directores), Desplazamientos de trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales. 1ª edición, CES, Colección de estudios, N° 128, Madrid, 2002. Página 58.

<sup>92</sup> Menéndez Sebastián, P. Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento de extranjería. Lex Nova, Valladolid, 2006. Página 164.

### 3.5.3. Las condiciones de trabajo de obligado cumplimiento en el Estado de acogida.

Con el objeto de que los empresarios garanticen unas condiciones mínimas de trabajo a sus trabajadores desplazados temporalmente a España, ante una prestación de servicios transnacional, independientemente de la legislación aplicable al contrato de trabajo, lo que es resuelto por el Reglamento Roma I, la Ley 45/1999<sup>93</sup> determina para las empresas establecidas en un Estado miembro de la UE o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el EEE, que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional (excluyéndose las empresas de la marina mercante respecto de su personal navegante), una serie de condiciones mínimas de trabajo que se exponen a continuación.

A tal efecto deberán garantizar a los trabajadores desplazados, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española relativas a:

- a) El tiempo de trabajo, en los términos previstos en los artículos 34 a 38 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- b) La cuantía del salario, en los términos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley.
- c) La igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, edad dentro de los límites legalmente marcados, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua o discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.
- d) El trabajo de menores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores.
- 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) La libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión.
- i) las condiciones de cesión de personas trabajadoras incluidas las previstas en los apartados 2 y 7.
- j) 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.

---

<sup>93</sup> La transposición y aplicación de los cambios en la Directiva 96/71/CE, se han llevado a cabo con el RD-Ley 9/2017 de 26 de mayo, de transposición de la Directiva 2014/67/UE de 15 de mayo.

k) Las dietas o los reembolsos para cubrir los gastos de viaje, alojamiento y manutención en que incurran las personas trabajadoras desplazadas a España cuando, durante su estancia, deban viajar a y desde su lugar habitual de trabajo situado en España a otro lugar fuera de su residencia temporal en España por motivos profesionales o cuando su persona empleadora los envíe temporalmente desde dicho lugar habitual de trabajo a otro lugar de trabajo en España o en el extranjero.

La normativa española sobre vacaciones anuales retribuidas prevista en el artículo 38 ET, no será de aplicación en este contexto objeto de análisis sobre condiciones de trabajo en los desplazamientos a España cuando la duración del desplazamiento no exceda de 8 días, salvo desplazamiento efectuado por una ETT.

En los desplazamientos a que se refiere el artículo 2.2 Ley 45/1999, las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias deberán garantizar a las personas trabajadoras desplazadas las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 3.1 y, en particular, el artículo 28.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, sin perjuicio de la aplicación de condiciones de trabajo más favorables previstas en el apartado 5 o en la legislación laboral del Estado de establecimiento o en el que ejerce su actividad la empresa usuaria que envía a la persona trabajadora temporalmente a España.

Las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados son reguladas en el artículo 3 de la Ley 45/1999. Dispone que los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley, que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española, que serán las contenidas en las disposiciones legales o 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. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación a los trabajadores desplazados de condiciones de trabajo más favorables, derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo.

### **3.5.3.1. El tiempo de trabajo.**

A los trabajadores desplazados a España les será de aplicación la legislación española sobre tiempo de trabajo, en los términos previstos en los artículos 34 a 38 ET, con contenido referido a las siguientes materias puntuales:

- a) Artículo 34. Jornada.
- b) Artículo 35. Horas extraordinarias.
- c) Artículo 36. Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo.
- d) Artículo 37. Descanso semanal, fiestas y permisos.
- e) Artículo 38. Vacaciones anuales. No aplicable a los desplazamientos que no excedan de ocho días y sean efectuados por empresas que no sean de trabajo temporal.

También les es de aplicación el contenido del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

### **3.5.3.2. Salario.**

Dispone el artículo 3.1.b Ley 45/1999 que la cuantía del salario para los trabajadores desplazados a España, salvo en los desplazamientos que no excedan de ocho días y sean efectuados por empresas que no sean de trabajo temporal, lo será en los términos a que se refiere el artículo 4 de la Ley 45/1999.

La normativa aplicable será el R.D. 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020<sup>94</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, se deberá abonar en todo caso la cuantía mínima del salario prevista en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado.

Se considera cuantía mínima del salario la constituida en cómputo anual y sin el descuento de los tributos, de sus pagos a cuenta y de las cotizaciones de Seguridad Social a cargo del trabajador, por el salario base y los complementos salariales, las gratificaciones extraordinarias y, en su caso, la retribución correspondiente a horas extraordinarias y complementarias y trabajo nocturno. En ningún caso, se incluirán en la cuantía mínima del salario cualesquiera mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

A efectos de realizar la comparación entre la cuantía del salario que al trabajador desplazado le corresponda conforme a la legislación aplicable a su contrato de trabajo y la garantizada según lo dispuesto en los apartados anteriores, serán tomados en consideración los complementos correspondientes al desplazamiento, en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente originados por el mismo, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención.

En caso de que ni el contrato de trabajo ni las disposiciones aplicables a la relación laboral indiquen si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de reembolso de gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento o como parte de la remuneración ni, en su caso, cuáles son esos elementos, se considerará que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos<sup>95</sup>.

#### ***3.5.3.2.1 El salario y las ETT.***

---

<sup>94</sup> Para 2020 el Salario Mínimo Interprofesional queda determinado en 31,66 euros/día o 950 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses. En cómputo anual la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional para 2020, incluidas las pagas extraordinarias, no será inferior a 13.300 euros para trabajadores con jornada legal completa.

<sup>95</sup> El Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, añade un nuevo párrafo segundo al artículo 4.3 de la Ley 45/1999.

El artículo 22 Ley 14/1994<sup>96</sup>, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal recoge los requisitos de la actividad en España de empresas de trabajo temporal de la UE y del EEE. La empresa de trabajo temporal estará sujeta a lo establecido en la Ley 45/1999 y deberá garantizar a sus trabajadores desplazados las condiciones de trabajo previstas en la misma, no siendo de aplicación el capítulo III de la presente Ley (Relaciones laborales en la empresa de trabajo temporal) a excepción de lo dispuesto en el artículo 11.1, que regula los derechos de los trabajadores para ser cedidos a empresas usuarias. Los trabajadores así contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho, durante los períodos de prestación de servicios en las mismas, a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo, las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador.

Para realizar la comparación entre la cuantía del salario que al trabajador desplazado le corresponda, conforme a la legislación aplicable a su contrato de trabajo, y la garantizada según lo dispuesto en los apartados anteriores, serán tomados en consideración los complementos correspondientes al desplazamiento, en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente originados por el mismo, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención.

A los efectos de la Ley 45/1999, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en las disposiciones legales o 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.

### **3.5.3.3. Igualdad de trato y principio de no discriminación. El respeto a la intimidad y dignidad debida del trabajador.**

A los trabajadores desplazados a España les será de aplicación la legislación española sobre la igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, edad dentro de los límites legalmente marcados, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua o discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

---

<sup>96</sup> Se añade por la disposición final 1 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre.

La normativa de aplicación será la contenida en los artículos del ET: 17 (no discriminación en las relaciones laborales) y 28 (igualdad de remuneración por razón de sexo).

De manera expresa se aplican los principios de no discriminación a los trabajadores temporales (artículo 15.6 del ET) y a tiempo parcial (artículo 12.4.d) del ET).

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, para lo cual se aplica el artículo 4.2.e) ET. De igual forma serán aplicables los artículos 18 ET (inviolabilidad de la persona del trabajador) y 20 ET (dirección y control de la actividad laboral).

#### **3.5.3.4. Libre sindicación, derecho de huelga y de reunión.**

Se garantiza a los trabajadores desplazados los derechos a la libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión:

- a) La libre sindicación (Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical).
- b) Derecho de huelga (RD-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo).
- c) Derecho de reunión (Capítulo II del ET, comprensivo de los artículos 77 a 81).

#### **3.5.3.5. Trabajo de menores.**

La exigencia de aplicar en España las condiciones de trabajo aplicables a los menores supone aplicar a los trabajadores menores desplazados a España el contenido de los artículos del ET 6 (trabajo de los menores) y 7 (capacidad para contratar).

#### **3.5.3.6. Prevención de riesgos laborales.**

El artículo 3.1.e) Ley 45/1999 determina la aplicación a los trabajadores desplazados de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores.

Respecto de las obligaciones que asumen los empresarios españoles que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el EEE en el marco de una prestación de servicios transnacional, aquéllos deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, 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. Lo que quiere decir, que las empresas españolas deberán cumplir las obligaciones que se establezcan en

materia de prevención de riesgos laborales en los países de destino del desplazamiento, sin perjuicio de que, si las normas españolas fuesen más beneficiosas para el trabajador desplazado, además de cumplir las del país de destino, se deberían cumplir las establecidas por la legislación española. Es decir, el trabajador no renuncia a sus derechos laborales reconocidos por la legislación laboral del Estado de establecimiento. Además, hay que hacer constar que, en materia de prevención de riesgos, la UE ha desarrollado una amplia e importante política armonizadora de las legislaciones de los Estados miembros<sup>97</sup>. Teniendo ello una consecuencia práctica, la percepción para la UE de que la igualdad de trato en materia de prevención de riesgos laborales es una finalidad primordial de política legislativa, equiparando en consecuencia en dicho ámbito del Derecho a los trabajadores locales con los trabajadores desplazados.

La peculiar forma de la prestación del servicio transnacional en el ámbito de la UE supone la existencia siempre de dos empresas, una, la del Estado de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio, que es la empresa principal en la relación contractual, en cuanto que es la que efectúa el encargo, y la otra, la prestadora del mismo, empresa contratista y que se desplaza desde otro país con sus trabajadores para su prestación. Ello conlleva la presencia de dos administraciones que velan y fiscalizan el cumplimiento de las obligaciones en materia preventiva. La del Estado de origen de la empresa contratista y la del Estado de establecimiento de la empresa principal, que se corresponde con el Estado del lugar donde se ejecuta la contrata. Para paliar parte de los problemas que genera la presencia del supuesto de hecho ahora expuesto, la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, que mejora y unifica la trasposición de ambas e incluye medidas para prevenir y sancionar cualquier abuso y elusión de la normativa aplicable, ha supuesto una mejora considerable en la aplicación de la Directiva 96/71/CE, con una especial incidencia práctica en materia de prevención de riesgos, en cuanto que tiene dos finalidades fundamentales, prevenir y sancionar cualquier abuso y elusión de la normativa aplicable. Dicha legislación europea ha sido transpuesta al derecho interno español con la promulgación del RD-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Concretamente, en su Título IV, que es el que aquí nos interesa. Se pretende garantizar un nivel apropiado de protección de los derechos de los trabajadores desplazados, de manera particular, que se cumplan las condiciones de empleo aplicables en el Estado miembro donde se vaya a prestar el servicio. Ello va a tener una especial incidencia positiva en materia de prevención de riesgos, ya que se agilizan los requisitos de naturaleza administrativa que facilitan sobre todo la intervención de la Inspección de Trabajo para la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones laborales y de empleo en general, y en materia de prevención de riesgos en particular. Para ello se incorporan dos nuevos conceptos: “Autoridad peticionaria” y “Autoridad receptora de la petición” a efectos de pedir y recibir ayuda, información, notificación o cobro de sanciones administrativas por incumplimiento de la normativa en materia de desplazamiento de trabajadores. A la obligación de comparecer y aportar la documentación que se pida a estos empresarios desplazados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se añaden la obligación de notificar por escrito a la autoridad laboral,

---

<sup>97</sup> Quintero Lima, M.G. La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales. Cuadernos de derecho Transnacional (marzo 2012), volumen 4, nº 1. Página 109.

los daños para la salud de los trabajadores desplazados producidos con ocasión o por consecuencia del trabajo en España. Ello, unido a la modificación de la LISOS (RD-Legislativo 5/2000), que opera en los siguientes términos:

- a) La responsabilidad de los empresarios en el ámbito del desplazamiento a España de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional pasa, de referirse a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados, a abarcar todas las obligaciones establecidas en la normativa que regula tales desplazamientos.
- b) Además de la infracción por defectos formales en la comunicación de desplazamiento, se añade como infracción leve en la materia, no dar cuenta en tiempo y forma a la autoridad laboral competente, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales leves.
- c) A la ya existente de presentación de la comunicación de desplazamiento después de iniciado, se suman como infracciones graves:
  - Presentar la comunicación de desplazamiento sin designar al representante-enlace con las autoridades españolas y al representante de la empresa en los procedimientos de información y consulta de los trabajadores, y negociación.
  - No tener disponible en España la documentación requerida relativa al desplazamiento.
  - No dar cuenta en tiempo y forma a la autoridad laboral competente, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales graves, muy graves o mortales.
  - No presentar la documentación requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o presentar alguno de los documentos sin traducir.

No obstante lo dicho, y teniendo en cuenta la forma habitual de ejecutarse la actividad en forma de descentralización productiva, en la que intervienen dos empresas y en el que el objeto de la contrata va a ser casi siempre calificado de propia actividad, la aplicación del artículo 24 LPRL<sup>98</sup>, en sus tres primeros apartados, exige que la empresa principal o, en su caso, titular de las instalaciones desarrollen ciertas actividades de coordinación y control de la actividad, en relación con las empresas contratistas o

---

<sup>98</sup> Coordinación de actividades empresariales. 1. Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades, trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.

2. El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.

3. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

subcontratistas que también desarrollen allí su actividad, en este caso, en el marco de una prestación de servicios transnacional. Lo que permitía fiscalizar de manera práctica el cumplimiento de los diferentes apartados del artículo 24 LPRL. Amén, de que, ante un incumplimiento material de las obligaciones de prevención de riesgos por el contratista o subcontratista, en los términos previstos en el artículo 24.3 LPRL, la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere dicho precepto del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal, conforme dispone el artículo 42.3 LISOS. Lo que hace que la empresa principal despliegue la diligencia debida en el control y fiscalización de las contratas y subcontratas que prestan servicios en sus centros de trabajo, lo que ocurre con la prestación de servicios transnacional por la empresa desplazada en España.

En las relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal, y sin perjuicio de las responsabilidades propias de éstas, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que puedan fijarse, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, 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.

Actualmente, el artículo 3.7 de la Ley 45/1999 establece que, en los desplazamientos a que se refiere el artículo 2.2 Ley 45/1999, las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias deberán garantizar a las personas trabajadoras desplazadas las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 3.1 y, en particular, el artículo 28.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, sin perjuicio de la aplicación de condiciones de trabajo más favorables previstas en el apartado 5 del artículo 3 o en la legislación laboral del Estado de establecimiento o en el que ejerce su actividad la empresa usuaria que envía a la persona trabajadora temporalmente a España.

Los pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado son nulos y no producirán efecto alguno.

### **3.5.3.7. La normativa de prevención de riesgos laborales aplicable a los trabajadores españoles desplazados fuera del territorio de la UE por empresas españolas.**

Sin embargo, las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales de las empresas españolas que desplazan trabajadores fuera de la UE, o de los Estados signatarios del Acuerdo sobre EEE, difieren notablemente de las prevenidas en la Directiva referida y norma de transposición española, por Ley 45/1999. Así, la LPRL y sus normas de desarrollo serán de aplicación a todos aquellos contratos de trabajo a los que se les aplique la legislación española. El criterio para determinar cuándo se debe aplicar la normativa española de prevención de riesgos laborales viene condicionada por

la normativa aplicable al contrato de trabajo que vincula al trabajador con su empleador. Para ello es de aplicación el artículo 10.6 CC que establece que “a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8.1, les será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios”. De donde hay que colegir que será la libre voluntad de las partes, las que establecerá la normativa aplicable al contrato de trabajo, y si dicha opción es por la normativa española, al encontrarse sometido el contrato de trabajo a lo dispuesto en el ET, también le resultaría de aplicación la normativa que regula la protección de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y, por ende, la LPRL sus normas de desarrollo.

La regulación recogida en el artículo 3 del Convenio de Roma I posibilita el acuerdo de las partes para someterse a una legislación concreta, de tal modo que:

- a. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.
- b. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad.
- c. La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato. O sea, las llamadas disposiciones imperativas o de orden público.

La falta de sometimiento expreso de las partes a una legislación concreta y respecto del contrato de trabajo, es suplido por lo dispuesto en el propio Convenio de Roma en su artículo 6, que previene que, no obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.

Ante la falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá, en primer lugar, por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país. En segundo lugar, si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país.

Lo expuesto hasta ahora, encuentra una excepción en los términos recogidos en el artículo 1.4 del ET que establece que, la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público

aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español. Consecuencia de ello, las empresas españolas que contratan a un trabajador español para prestar servicios en el extranjero deberán cumplir, respecto del mismo, como mínimo las obligaciones establecidas en la LPRL y la normativa de desarrollo de la misma, todo ello sin perjuicio de cumplir de forma específica las obligaciones que se establezcan en el país de destino.

### **3.6. La Seguridad Social de los trabajadores desplazados.** <sup>99</sup>

La empresa que desplaza a sus trabajadores “puede” mantenerlos bajo la legislación de Seguridad Social del Estado de establecimiento de la empresa. A tal efecto y con carácter general, es de aplicación el artículo 11 Reglamento 883/2004, que dispone que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro. Por lo tanto, la aplicación de la legislación de Seguridad Social será en principio y con carácter general la del Estado de establecimiento de la empresa que desplaza a los trabajadores, con independencia del lugar de residencia de los mismos. Ahora bien, el artículo 12 Reglamento 883/2004, prevé la aplicación de ciertas normas particulares, aplicables tanto a trabajadores por cuenta propia<sup>100</sup> como por cuenta ajena. Para este último supuesto, dispone el artículo 12.1 que la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro, seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona.

El Reglamento 987/2009 y la Decisión A2 de la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, disponen de normas y criterios aplicativos e interpretativos del referido artículo 12 Reglamento 883/2004. Así, el apartado 4 de la Decisión A2 recoge que las disposiciones del artículo 12.1 Reglamento 883/2004 no se aplicarán o dejarán de aplicarse en los siguientes casos:

- a. Si la empresa a la que ha sido enviado el trabajador pone a este a disposición de otra empresa situada en el mismo Estado miembro que ella.
- b. Si el trabajador enviado a un Estado miembro es puesto a disposición de una empresa situada en otro Estado miembro.

---

<sup>99</sup> En la redacción del contenido del presente numeral se ha tenido en cuenta el Criterio Técnico DGITSS N° 97/2016, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

<sup>100</sup> Artículo 12.2 Reglamento 883/2004, regula la regla particular en relación con la aplicación de la normativa de Seguridad Social cuando se desarrolla la actividad en otro país diferente al de establecimiento por un período superior a los veinticuatro meses. Dice el referido precepto que la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia en un Estado miembro y que vaya a realizar una actividad similar en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de esa actividad no exceda de veinticuatro meses.

- c. Si el trabajador es contratado en un Estado miembro para ser enviado por una empresa situada en un segundo Estado miembro a una empresa situada en un tercer Estado miembro.

Como quiera que el desplazamiento de trabajadores tiene carácter temporal por naturaleza, se mantiene la legislación de Seguridad Social del Estado de establecimiento de la empresa, siendo la Institución de Seguridad Social designada por el Estado miembro de establecimiento, a cuya legislación está sujeto el trabajador, la que cumplimentará a petición de la empresa el formulario A1<sup>101</sup>, sobre “certificado de legislación aplicable”. La formalización del Certificado y la Comunicación del desplazamiento indican la presencia de la transnacionalidad de la prestación del servicio y las consecuencias que de ello se derivan, salvo que se pruebe en contrario. A sensu contrario, la inexistencia del Certificado o su falta de aportación,<sup>102</sup> cuando sea requerido, se considera prueba indiciaria de la inaplicabilidad de la regla particular prevenida en el artículo 12.1 Reglamento 883/2004. La consecuencia inmediata de ello es la consideración de encontrarse incluido el trabajador desplazado en el ámbito aplicativo de la Seguridad Social del Estado de acogida. Por lo tanto, serán de aplicación las normas de dicho Estado sobre encuadramiento de la empresa, afiliación, alta y cotización.

Una vez ha sido expedido el Certificado por la Institución de Seguridad Social del Estado de establecimiento es vinculante para las diferentes Instituciones de Seguridad Social de los demás Estados miembros. Solo la Institución de Seguridad Social del Estado de establecimiento puede reconsiderar la legitimidad de la expedición de este formulario y, en su caso, cuando a su juicio proceda, retirarlo, bien a iniciativa propia, bien a instancias de la Institución de Seguridad Social del Estado de acogida<sup>103</sup>, que deberá basar su decisión de comunicación en las dudas racionales sobre la exactitud de los hechos, base y fundamento de la formalización del Certificado por la Institución de Seguridad Social del Estado de establecimiento.

### *3.6.1. El recargo de las prestaciones y el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.*

No procede la aplicación del recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad contemplado en el artículo 164 LGSS, que regula el recargo

---

<sup>101</sup> El trabajador autónomo que se desplaza temporalmente iniciará los trámites precisos para que la Institución de Seguridad Social del Estado de establecimiento del autónomo formalice el mismo Certificado.

<sup>102</sup> La solicitud de mantenimiento de la Seguridad Social del Estado de establecimiento, no es obligatorio que se haya realizado con anterioridad al desplazamiento. Puede remitirse cuando sea exigido por la Administración del Estado de prestación de servicios (Inspección de Trabajo), durante la realización de la actividad en el mismo, incluso, una vez finalizado, siempre que el cumplimiento de la obligación de entrega de la documentación se haga en un plazo razonable.

<sup>103</sup> En el caso de que la Inspección de Trabajo considere fraudulento el procedimiento de desplazamiento transnacional no puede iniciar directamente las actuaciones inspectoras, con las consecuencias que de ello se deriven, sino que es preceptivo ponerlo en conocimiento de la Tesorería General de la Seguridad Social española, como Institución competente para ello en el ámbito nacional. Será la TGSS la que, en su caso, adopte las medidas que considere necesarias, que pasará en cualquier caso por materializarlas ante la Institución competente del Estado miembro de establecimiento.

de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, ya que es un trabajador desplazado sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado miembro de establecimiento de la empresa. El referido artículo construye el recargo como un aumento de todas las prestaciones económicas de Seguridad Social que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, según la gravedad de la falta, para lo que se aplica un porcentaje consistente entre un 30 a un 50 por ciento, siempre que la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

Sin embargo, sí es aplicable el recargo cuando se trata de desplazamientos transnacionales de empresa establecidas en España.

De lo dicho se desprende y justifica la no aplicación de la institución ahora objeto de análisis, ya que es requisito necesario el reconocimiento previo de una prestación económica por la Seguridad Social española. Así es que, para cualquier tipo de mejora sobre las prestaciones de Seguridad Social le será de aplicación la legislación de Seguridad Social existente en el Estado de establecimiento de la empresa.

Sí hay que decir que la Inspección de Trabajo española es competente para fiscalizar la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, y la propuesta de sanción por los incumplimientos directos perpetrados por la propia empresa que desplaza a sus trabajadores, amén de la imputación solidaria de la sanción a la empresa principal, por los incumplimientos en la materia por la empresa contratista o subcontratista. Los informes formalizados por la Inspección de Trabajo, como las actas incoadas por ella, serán puestas en conocimiento a las Autoridades laborales del Estado de establecimiento.

Cosa distinta del procedimiento de recargo de prestaciones es la interposición de la correspondiente demanda por el trabajador desplazado en reclamación de daños y perjuicios. Pero para ello, lo primero que hay que determinar es la legislación aplicable y su juez natural, para lo que hay que aplicar las prescripciones contenidas en el Reglamento Roma I.

### 3.7. Actividad en España de ETT de la UE y del EEE.

Las ETT establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo podrán desplazar temporalmente a sus trabajadores para su puesta a disposición en empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) La ETT deberá, de conformidad con la legislación de su Estado de establecimiento, estar válidamente constituida y reunir los requisitos para poner a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados, no siendo de aplicación el capítulo I LETT.

- b) El contrato de puesta a disposición entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria, sin perjuicio de la legislación aplicable al mismo, deberá formalizarse por escrito y adecuarse a lo dispuesto en el capítulo II de la presente Ley, a excepción de la obligación de formalización en el modelo reglamentariamente establecido.
- c) La empresa de trabajo temporal estará sujeta a lo establecido en la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y deberá garantizar a sus trabajadores desplazados las condiciones de trabajo previstas en la misma, no siendo de aplicación el capítulo III de la misma, referida a las competencias administrativas: órgano competente en materia de información; funciones en materia de inspección; cooperación con las Administraciones públicas de otros Estados en materia de información e inspección, a excepción de lo dispuesto en el artículo 11, sobre sujetos responsables de la infracción, que “serán los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la misma”.

Lo dispuesto con anterioridad, es decir, el desarrollo de la actividad en España por ETT de la UE y EEE, se entiende sin perjuicio del cumplimiento de la normativa sobre entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España y de las obligaciones tributarias de las empresas.

### 3.8. Obligaciones adicionales de las empresas que desplacen trabajadores a España para la ejecución de trabajos en régimen de subcontratación en el sector de la construcción.

Conforme a la Disposición adicional primera del RD 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de este RD<sup>104</sup> que desplacen trabajadores a España en virtud de lo previsto en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, deberán cumplir lo previsto en este real decreto con las siguientes peculiaridades:

- a) Acreditarán la observancia de los requisitos previstos en el artículo 4.2 a) de la Ley 32/2006, mediante documentación justificativa del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas nacionales de transposición de los artículos 7 y 12 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989,

---

<sup>104</sup>El artículo del 2 RD 1109/2007, regula su ámbito de aplicación, que abarcará los contratos que se celebren en régimen de subcontratación para la ejecución de los siguientes trabajos realizados en obras de construcción: excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

- b) Deberán inscribirse en el Registro dependiente de la autoridad laboral en cuyo territorio se vaya a llevar a cabo su primera prestación de servicios en España, siempre que el desplazamiento tenga una duración superior a 8 días.

Así, la primera comunicación que realicen conforme al artículo 5 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, tendrá el carácter de solicitud de inscripción, a la que se adjuntará una declaración conforme al modelo establecido en el anexo I.A. La solicitud así formulada permitirá provisionalmente a la empresa intervenir en el proceso de subcontratación hasta la fecha de la inscripción o denegación. La solicitud podrá remitirse o presentarse en cualquiera de los lugares señalados en el artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas

No obstante, lo previsto en este apartado b), no será necesaria la inscripción en el Registro cuando la duración del desplazamiento no exceda de ocho días.

Una vez efectuada la inscripción, las comunicaciones relativas a desplazamientos sucesivos deberán incluir, junto con los datos legalmente exigidos, el número de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas.

### 3.9. Representantes de los trabajadores desplazados.

La Disposición adicional tercera de la Ley 45/1999, regula la cuestión.

Los representantes de los trabajadores desplazados a España que ostenten tal condición de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales podrán ejercer acciones administrativas o judiciales en los términos reconocidos a los representantes de los trabajadores por la legislación española.

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 al amparo de lo dispuesto en la presente Ley tendrán, respecto de dichos trabajadores, las competencias que les reconoce la legislación española, con independencia del lugar en que radique la empresa de trabajo temporal o la empresa prestataria de los servicios.

### 3.10. El desplazamiento de trabajadores por empresas establecidas en España.

El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuado por empresas establecidas en España está regulado en la Disposición adicional primera de la Ley 45/1999, que prevé que las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del Acuerdo EEE en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la

Directiva 96/71/CE, sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales.

El incumplimiento de esta obligación constituye un incumplimiento de la legislación nacional del Estado de acogida, siendo las autoridades del Estado de acogida, donde efectivamente se presta la realización del servicio o la ejecución de la obra contratada, las encargadas de la fiscalización de su cumplimiento. Ahora bien, esta obligación forma parte de la legislación laboral española, por lo que la autoridad laboral española deberá velar por su cumplimiento. En este caso, es la Inspección de Trabajo la competente para fiscalizar el cumplimiento de la misma.

El apartado 3 de la Disposición adicional primera de la Ley 45/1999 dice que son infracciones administrativas las acciones u omisiones de los empresarios a que se refiere el apartado 1, por las que se incumplan las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE, tipificadas y sancionadas según la legislación laboral española. Sigue manifestando la Disposición adicional, ahora en su apartado 4, que lo dispuesto en el apartado 3, no podrá dar lugar a que se sancionen las acciones u omisiones de los sujetos responsables que hayan sido ya sancionadas penal o administrativamente en el país de desplazamiento, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento<sup>105</sup>. Por último, el apartado 5, establece que se podrá también iniciar de oficio el procedimiento sancionador en España en los supuestos previstos en los apartados anteriores, en virtud de comunicación de las Administraciones públicas a las que corresponda en el lugar de desplazamiento la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo, conforme dispone el artículo 20.3 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y seguridad Social, que dispone que la Inspección de Trabajo actuará de oficio siempre, como consecuencia de orden superior y a petición razonada de otros órganos. En todo caso, la Inspección de Trabajo podrá hacer uso de toda la información disponible para la programación de actuaciones de inspección.

En relación con la información sobre las condiciones de trabajo aplicables existe una página web de la Comisión Europea que recoge los enlaces a las webs únicas nacionales, con información sobre las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados en cada Estado miembro y sobre las obligaciones que deben cumplir las empresas.

En materia de Seguridad Social les será de aplicación la misma normativa que rige los desplazamientos existentes entre el Estado de establecimiento y el de realización de la actividad, o sea, España, analizados en los apartados anteriores. Por lo tanto, será cometido importante, a la hora de fiscalizar la documentación en materia de Seguridad Social por la Inspección de Trabajo, contrastar los salarios realmente percibidos por la

---

<sup>105</sup> El Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, añade un nuevo párrafo al artículo 3.1 del TRLISOS para establecer que “los desplazamientos temporales de personas trabajadoras por las empresas establecidas en España al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico en el marco de una prestación de servicios transnacional, no podrán dar lugar a que se sancionen las acciones u omisiones de los sujetos responsables que hayan sido ya sancionadas penal o administrativamente en el país de desplazamiento en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

prestación de servicios transnacionales, cantidades a las que deberán ajustarse las bases de cotización, en tanto dure el desplazamiento.

Hay que resaltar en cuanto a las previsibles actuaciones inspectoras, la importancia que al efecto va a tener la previsión contenida en el artículo 21.2 de la Ley 23/2015, sobre modalidades y documentación de la actuación inspectora, que dispone al efecto que la Inspección de Trabajo podrá actuar mediante comprobación de datos o antecedentes que obren en las Administraciones Públicas. Así, podrá utilizar los datos o antecedentes que le suministren otras Administraciones Públicas de la UE. Como quiera que las reales circunstancias del desplazamiento, como de las condiciones de trabajo aplicables en el Estado de acogida y su constatación con la legislación estatal o en su caso convencional existente en el mismo, exigirán de la colaboración manifestada para el adecuado control y fiscalización de la problemática que subyace a colación con dichos desplazamientos.

En lo concerniente al inicio de oficio por la Inspección de Trabajo española del recargo de las prestaciones por falta de medidas de seguridad en la realización de la actividad en territorio del Estado de acogida, si se apreciase la relación de causalidad entre las lesiones sufridas y la infracción en materia de prevención de riesgos, será posible, siempre conforme a los informes emitidos al respecto por las autoridades del Estado de acogida, que serán las del lugar de acaecimiento del accidente de trabajo como tal.

Por último, debemos referirnos a la competencia de la jurisdicción social española. La cuestión aparece prevista en la disposición adicional primera, apartado 6 de la Ley 45/1999, que dispone que de acuerdo con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios a que se refiere esta Disposición adicional producidos con ocasión del desplazamiento, sin perjuicio de la posibilidad de entablar una acción judicial en el territorio del Estado miembro en el que esté o haya estado desplazado el trabajador, de conformidad con lo que dispongan al respecto las legislaciones nacionales, por las que se dé aplicación a lo establecido en el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE<sup>106</sup>.

### 3.11. Actuaciones de la ITSS.

#### *3.11.1. La competencia inspectora.*

La vigilancia y el control del cumplimiento de las obligaciones de los sujetos responsables incluidos dentro de ámbito de aplicación de la Ley 45/1999 corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tal y como dispone el artículo 8 Ley 45/1999, desarrollando las funciones establecidas en la Ley 23/2015, de 21 de julio<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> A fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y de empleo garantizadas en el artículo 3, se podrá entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador, sin perjuicio, en su caso, de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial.

<sup>107</sup> En lo concerniente a las actuaciones inspectoras, el artículo 12.1.a) 4º de la Ley 23/2015, de 21 de julio, dispone que corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y exigencia del

Entre las facultades que el artículo 13 de la Ley 23/2015 reconoce a los inspectores de trabajo y Seguridad Social se encuentra la de hacerse acompañar en las visitas de inspección por la empresa o su representante, las personas trabajadoras, sus representantes y por las personas peritas y técnicas de la empresa o de sus entidades asesoras que estimen necesario para el mejor desarrollo de la función inspectora, así como por personas peritas o expertas pertenecientes a la Administración Pública española, de otros Estados Miembros de la Unión Europea y Estado signatarios del Acuerdo del Espacio Económico Europeo, de la Autoridad Laboral Europea u otras personas habilitadas oficialmente<sup>108</sup>.

El artículo 21 de la Ley 23/2015, que regula las modalidades y documentación de la actuación inspectora, manifiesta que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá actuar mediante comprobación de datos o antecedentes que obren en las Administraciones Públicas. Incluyendo como tales los datos o antecedentes que le suministren otras Administraciones Públicas de la UE. Por su parte, el artículo 22.15 regula las medidas derivadas de la actividad inspectora y determina que en los supuestos en que la actuación inspectora afecte a empresas establecidas en otros Estados Miembros de la UE y los hechos comprobados sean sancionables por el Estado miembro de origen de la empresa, estos hechos podrán ponerse en conocimiento de la autoridad competente del Estado Miembro de origen para que inicie el procedimiento sancionador, sin perjuicio de que pueda adoptar otras medidas que considere pertinentes.

La actuación inspectora se llevará a cabo siempre de oficio, conforme a cualesquiera de las formas de iniciación de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos dispuestos en el artículo 20.3 de la Ley 23/2015, o sea, como consecuencia de orden superior, de orden de servicio derivada de planes o programas de inspección, a petición razonada de otros órganos, en virtud de denuncia o por propia iniciativa de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, conforme a criterios de eficacia y oportunidad, todo ello en los términos que reglamentariamente se determinen. En todo caso, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá hacer uso de toda la información disponible para la programación de actuaciones de inspección. Por lo tanto, es posible la denuncia por parte de los trabajadores desplazados a España por supuesta infracción de la normativa laboral. Incluso esta deberá tramitarse cuando la relación laboral que surge a colación con el desplazamiento haya finalizado, teniendo en cuenta al respecto la previsión contenida en el artículo 11 Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre defensa de los derechos, facilitación de las denuncias y pago de atrasos, que con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva 96/71/CE, en particular su artículo 6, y por la propia Directiva 2014/67/UE, los Estados miembros garantizarán que los trabajadores desplazados que consideren haber sufrido daños o pérdidas como consecuencia del

---

cumplimiento de las obligaciones impuestas a los empresarios que desplazan a sus trabajadores a España. Al objeto de aplicar y garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de desplazamiento de trabajadores, las autoridades competentes podrán realizar una evaluación global de los datos fácticos, como, entre otros, el lugar en donde la empresa realiza su actividad fundamental y la naturaleza de las actividades prestadas por el trabajador desplazado.

Los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Desplazamiento deberán comparecer, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la oficina pública designada al efecto y aportar cuanta documentación les sea requerida para justificar el cumplimiento de esta ley, incluida la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa.

<sup>108</sup> Artículo 13.2 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, modificado por Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

incumplimiento de las normas aplicables dispongan, incluso después de que haya finalizado la relación en la que se alegue que se ha producido el incumplimiento, 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.

Las actuaciones inspectoras desarrolladas en este contexto de desplazamientos transnacionales pueden ser iniciadas por los cauces habituales de denuncia, orden superior o a iniciativa del propio inspector. Cuentan también con una particularidad, ya que puede iniciarse por disposición de la Ley, por su inclusión en la programación específica, incluidos en los Planes integrados de la actuación inspectora, avalado por el artículo 10 Directiva 2014/67/UE, dirigidos a aquellos sectores de actividad en los que se concentren el desplazamiento de trabajadores a España. En estos casos, hay que tener en cuenta para el diseño de la programación de la actuación inspectora, las grandes obras de infraestructuras, existencia de cadenas largas de subcontratación, el historial de infracciones y la vulnerabilidad de determinados grupos de trabajadores.

Lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la ley 45/1999<sup>109</sup> se entenderá sin perjuicio del cumplimiento de las demás obligaciones derivadas de la legislación de la UE, incluidas las derivadas del Reglamento (CE) n.º 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social o de las derivadas de la normativa española respecto de la protección o empleo de los trabajadores que resulten igualmente aplicables a las empresas establecidas en España.

### *3.11.2. Obligación de comparecencia y de conservación y aportación de documentación por empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la ley 45/1999.*

El artículo 6 de la Ley 45/1999 se refiere a las obligaciones de comparecencia y de conservación y aportación de documentación. Manifiesta que los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la ley deberán comparecer, a requerimiento de la Inspección de Trabajo, en la oficina pública designada al efecto y aportar cuanta documentación les sea requerida para justificar el cumplimiento de esta ley, incluida la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa. Además, durante el período de desplazamiento, los empresarios deberán tener disponibles, en el centro de trabajo o en formato digital para su consulta inmediata, entre otros, los siguientes documentos:

- a) Los contratos de trabajo o los documentos a que se refiere el artículo 5 del RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 de la Ley del ET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, cuando la información a que se refiere dicho artículo no conste en el contrato de trabajo formalizado por escrito, respecto de cada trabajador.

---

<sup>109</sup> Sobre la comunicación de desplazamiento y obligación de comparecencia y de conservación y aportación de documentación respectivamente.

- b) Los recibos de salarios de cada trabajador y los comprobantes del pago de salarios a cada trabajador.
- c) Los registros horarios que se hayan efectuado, con la indicación del comienzo, el final y la duración de la jornada de trabajo diaria.
- d) 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.

Una vez concluido el desplazamiento, los empresarios deberán aportar los documentos a que se refieren los párrafos anteriores, cuando sean requeridos para ello por la Inspección de Trabajo<sup>110</sup>.

Los empresarios deberán notificar por escrito a la Autoridad laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen, los daños para la salud de los trabajadores desplazados, que se hubieran producido con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejecute en España.

Toda la documentación contenida en el artículo 6 de la Ley 45/1999, referida con anterioridad, deberá presentarse traducida al castellano o a las lenguas cooficiales de los territorios donde se vayan a prestar los servicios.

El incumplimiento de los deberes de comparecencia y aportación de documentación, supondrá obstrucción a la labor inspectora, en los términos dispuesto en el artículo 50 RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

### *3.11.3. Actuaciones inspectoras.*

Los incumplimientos a la normativa reguladora de los desplazamientos, en los términos dispuestos en la Ley 45/1999, serán sancionados en virtud de lo prevenido en el RD-Legislativo 5/2000. Para la correcta tipificación de las conductas infractoras de los empresarios se tendrán en cuenta los siguientes criterios<sup>111</sup>:

- a) Los incumplimientos en materia de condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados constituyen infracciones administrativas, tipificadas y sancionadas conforme disponen los artículos 10.4<sup>112</sup>, 39 y 40 LISOS. La tipificación de dichas infracciones, su calificación como leves, graves o muy graves, y las sanciones y los criterios para su graduación se ajustarán a lo dispuesto en la presente ley.

---

<sup>110</sup> Apartado 3, del artículo 6 de la Ley 45/1999, redacción dada por el artículo 6.3 del RD-ley 9/2017, de 26 de mayo.

<sup>111</sup> Criterio Técnico DGITSS Nº 97/2016, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Páginas 15 y 16.

<sup>112</sup> Constituye infracción administrativa no garantizar a los trabajadores desplazados a España, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española en los términos definidos por el artículo 3 de la Ley 45/1999, disposiciones reglamentarias para su aplicación, y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de la actividad de que se trate, así como el incumplimiento de las obligaciones a que se refiere la disposición adicional octava de la misma ley. La tipificación de dichas infracciones, su calificación como leves, graves o muy graves, las sanciones y los criterios para su graduación se ajustarán a lo dispuesto en la presente ley.

- b) Los incumplimientos de las obligaciones derivadas de la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo<sup>113</sup>, Directiva transpuesta al Derecho español, por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y normativa reglamentaria de desarrollo, se tipifican como faltas leves, graves o muy graves. Las sanciones y los criterios para su graduación se ajustarán a lo dispuesto en la presente ley.
- c) Obligación de comparecencia y de conservación y aportación de documentación<sup>114</sup>:
- Los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley deberán comparecer, a requerimiento de la Inspección de Trabajo, en la oficina pública designada al efecto y aportar cuanta documentación les sea requerida para justificar el cumplimiento de esta ley, incluida la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa.
  - Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, durante el período de desplazamiento los empresarios deberán tener disponibles, en el centro de trabajo o en formato digital para su consulta inmediata, entre otros, los siguientes documentos:
    - Los contratos de trabajo o los documentos a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 ET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, cuando la información a que se refiere dicho artículo, no conste en el contrato de trabajo formalizado por escrito, respecto de cada trabajador.
    - Los recibos de salarios de cada trabajador y los comprobantes del pago de salarios a cada trabajador.
    - Los registros horarios que se hayan efectuado, con la indicación del comienzo, el final y la duración de la jornada de trabajo diaria.
    - 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.
  - Una vez concluido el desplazamiento, los empresarios deberán aportar los documentos a que se refiere el apartado 2 cuando sean requeridos para ello por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
  - Los empresarios deberán notificar por escrito a la Autoridad laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen, los daños para la salud de

---

<sup>113</sup> Disposición adicional octava Ley 45/1999.

<sup>114</sup> Artículo 6 Ley 45/1999. Redacción dada por el artículo 6.3 del RD-ley 9/2017, de 26 de mayo.

los trabajadores desplazados que se hubieran producido con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejecute en España.

- La documentación a la que se refieren los apartados anteriores deberá presentarse traducida al castellano o a las lenguas cooficiales de los territorios donde se vayan a prestar los servicios.
  - Los incumplimientos relacionados con la obligación de comunicación constituyen infracciones tipificadas como faltas leve, grave o muy grave
- d) Las infracciones por obstrucción a la labor inspectora se sancionarán conforme establece el artículo 50 RD-Legislativo 5/2000. Las infracciones por obstrucción a la labor inspectora se califican como leves, graves y muy graves, en atención a la naturaleza del deber de colaboración infringido y de la entidad y consecuencias de la acción u omisión obstructora sobre la actuación de la Inspección de Trabajo. Las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones inspectoras serán constitutivas de obstrucción a la labor de la Inspección de Trabajo, que se calificarán como graves, excepto los supuestos comprendidos en los apartados 3 y 4 de este artículo, que determina respectivamente los supuestos de faltas leves y muy graves.
- e) Los incumplimientos por las empresas de trabajo temporal de la UE y del EEE y las empresas usuarias, aparecen previstas en la Sección 5ª del capítulo II del RD-Legislativo 5/2000, amén de los tipos infractores, con carácter general, para las ETT y las empresas usuarias españolas en los artículos 18 y 19 del mismo cuerpo legal.

Las empresas usuarias que reciban en España la prestación de servicios de los trabajadores desplazados, conforme a la Ley 45/1999, asumen para con los trabajadores las obligaciones y responsabilidades establecidas en la legislación española, con independencia del país de establecimiento de la ETT o la empresa prestataria de los servicios.

- f) En lo concerniente a las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores a territorio UE o EEE, se consideran infracciones administrativas los incumplimientos de las condiciones de trabajo reguladas en el lugar de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra, por transposición a las normas nacionales de la Directiva 96/71<sup>115</sup>. Las infracciones se tipifican y se sancionan conforme dispone con carácter general la LISOS, considerando al efecto la condición de trabajo infringida, prevista como derecho sustantivo inserto en la normativa estatal o en convenio colectivo del Estado de acogida, acreditado conforme a la cooperación administrativa internacional, a través del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI). La cooperación administrativa internacional prevista en el artículo 4 de la Directiva 96/71 y en los artículos 6 y siguientes Directiva 2014/67, que exige a la Inspección

---

<sup>115</sup> Disposición Adicional Primera apartados 3 y 4 Ley 45/1999.

de Trabajo atender las solicitudes que remitan las autoridades de otros Estado miembros de la UE y EEE, en materia de vigilancia de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores desplazados. De igual forma, a través del sistema IMI se pueden canalizar solicitudes de cooperación dirigidas a las autoridades de los Estados miembros de establecimiento, cuando así resulte necesario para el desempeño de las funciones inspectoras en relación con empresas establecidas en dichos Estados miembros, que realicen prestaciones temporales de servicios en España con trabajadores desplazados. Conforme al artículo 6.6.b) Directiva 2014/67 el plazo de emisión de los informes conteniendo la información solicitada al efecto deberá realizarse en un plazo no superior a veinticinco días hábiles.

Además de la tramitación de solicitud de información en los términos reflejados en el marco del desplazamiento transnacional, se prevé también la posibilidad de solicitudes dentro del marco de colaboración fruto de los acuerdos de colaboración firmados por las Autoridades Centrales de la Inspección de Trabajo, en los términos esgrimidos en el artículo 21.2 Directiva 2014/67<sup>116</sup>.

#### *3.11.4. Infracciones y sanciones en el desplazamiento a España de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.*

Las infracciones de las obligaciones establecidas en la normativa que regula el desplazamiento a España de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional aparecen tipificadas como faltas leves, graves y muy graves en el artículo 10 del RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS)<sup>117</sup>.

##### **3.11.4.1. Infracciones leves.**

- a) Los defectos formales de la comunicación de desplazamiento de trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, en los términos legalmente establecidos.
- b) No dar cuenta, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas, cuando tengan la calificación de leves.

---

<sup>116</sup> Los Estados miembros podrán aplicar acuerdos o convenios bilaterales de cooperación administrativa y de asistencia mutua entre sus autoridades competentes con respecto a la aplicación y el seguimiento de las condiciones de empleo aplicables a los trabajadores desplazados a las que se refiere el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, en la medida en que tales acuerdos o convenios no afecten desfavorablemente a los derechos y las obligaciones de los trabajadores y las empresas afectados. Los Estados miembros informarán a la Comisión de todo acuerdo o convenio bilateral que apliquen y pondrán a disposición pública el texto de esos acuerdos bilaterales.

<sup>117</sup>Redacción dada por el RD-ley 9/2017, de 26 de mayo.

#### **3.11.4.2. Infracciones graves.**

- a) La presentación de la comunicación de desplazamiento con posterioridad a su inicio o sin designar ya sea al representante de la empresa que sirva de enlace con las autoridades competentes españolas y para envío y recepción de documentos o notificaciones, ya sea a una persona que pueda actuar en España en representación de la empresa prestadora de servicios en los procedimientos de información y consulta de las personas trabajadoras, y negociación, que afecten a las personas trabajadoras desplazadas a España, así como dar cuenta a las autoridades competentes de los motivos de la ampliación del desplazamiento alegando hechos y circunstancias que se demuestre que son falsos o inexactos.
- b) No tener disponible en España, durante el desplazamiento, la documentación relativa al mismo, en los términos legalmente establecidos.
- c) No dar cuenta, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas, cuando tengan la calificación de graves, muy graves o mortales.
- d) No presentar la documentación requerida por la Inspección de Trabajo o presentar alguno de los documentos sin traducir.

#### **3.11.4.3. Constituye infracción muy grave la ausencia de comunicación de desplazamiento, así como la falsedad o la ocultación de los datos contenidos en la misma.**

Sin perjuicio de lo anterior, constituye infracción administrativa no garantizar a los trabajadores desplazados a España, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española, en los términos definidos por el artículo 3 de la Ley 45/1999, disposiciones reglamentarias para su aplicación, y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de la actividad de que se trate, así como el incumplimiento de otras obligaciones derivadas de la legislación europea.

#### *3.11.5. Infracciones y sanciones en la actividad transnacional en España de las empresas de trabajo temporal de la UE y del EEE y de las empresas usuarias.*

La Sección 5.<sup>a</sup> del 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, regula las infracciones administrativas de las empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como de las empresas usuarias.

*3.11.5.1 Infracciones y sanciones en la actividad transnacional en España de las empresas de trabajo temporal de la UE y del EEE.* <sup>118</sup>

*Infracciones graves cometidas por las Empresas de Trabajo Temporal.*

- a) No formalizar por escrito el contrato de puesta a disposición.
- b) Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio.

*Infracciones muy graves de las Empresas de Trabajo Temporal:*

- a) Formalizar contratos de puesta a disposición sin estar válidamente constituidas como empresa de trabajo temporal según la legislación del Estado de establecimiento o sin reunir los requisitos exigidos por la citada legislación para poner a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, personas trabajadoras por ella contratadas.
- b) Formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente.
- c) Ceder personas trabajadoras con contrato temporal a otra empresa de trabajo temporal o a otras empresas para su posterior cesión a terceros.

*3.11.5.2. Infracciones cometidas por las Empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España.* <sup>119</sup>

*Infracción leve de empresas usuarias.*

No facilitar a la empresa de trabajo temporal los datos relativos a la retribución total establecida en el convenio colectivo aplicable para el puesto de trabajo en cuestión, a efectos de su consignación en el contrato de puesta a disposición.

*Infracciones graves de empresas usuarias.*

- a) No formalizar por escrito el contrato de puesta a disposición.
- b) Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, o para la cobertura

---

<sup>118</sup> Artículo 19 bis TRLISOS.

<sup>119</sup> Artículo 19 ter TRLISOS.

- de puestos de trabajo respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos.
- c) Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio por las personas trabajadoras puestas a su disposición de los derechos establecidos en el artículo 17 de la Ley 14/1994, de 1 de junio.
  - d) La falta de información a la persona trabajadora temporal en los términos previstos en el artículo 16.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio.
  - e) Formalizar contratos de puesta a disposición para la cobertura de puestos o funciones que, en los doce meses anteriores, hayan sido objeto de amortización por despido improcedente, despido colectivo o por causas objetivas, o para la cobertura de puestos que en los dieciocho meses anteriores hubieran estado ya cubiertos por más de trece meses y medio, de forma continua o discontinua, por personas trabajadoras puestas a disposición por empresas de trabajo temporal, entendiéndose en ambos casos cometida una infracción por cada persona trabajadora afectado.
  - f) Permitir el inicio de la prestación de servicios de las personas trabajadoras puestas a disposición sin tener constancia documental de que han recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, poseen la formación específica necesaria y cuentan con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar.
  - g) 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 a otro Estado miembro de la Unión Europea o signatario del Acuerdo del Espacio Económico Europeo en los términos previstos legalmente.

*Infracciones muy graves de empresas usuarias.*

- a) Los actos de la empresa lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de personas trabajadoras en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal.
- b) La formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de aquellas actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente, entendiéndose cometida una infracción por cada contrato en tales circunstancias.
- c) Formalizar contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal que no estén válidamente constituidas como tales según la legislación del Estado de establecimiento o que no reúnan los requisitos exigidos por la citada legislación para poner a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, personas trabajadoras por ellas contratadas.

### *3.11.6. Infracciones y sanciones de la actividad en la UE o en elEEE de las empresas de trabajo temporal españolas.*

El artículo 18 del TRLISOS regula las infracciones y sanciones relacionadas con las empresas de trabajo temporal españolas. Sin perjuicio, de las infracciones y sanciones de las empresas de trabajo temporal en los supuestos relacionados con la actividad en la UE o en el EEE de empresas de trabajo temporal españolas, que serán las establecidas en el artículo 10 LISOS.

### *3.11.7. Infracciones de las empresas usuarias establecidas en otro Estado miembro de la Unión Europea o signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.*

Constituye infracción grave la ausencia de información de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal establecida en otro Estado miembro de la Unión Europea o signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo sobre el inicio del envío temporal de una persona trabajadora desplazada a España, con la antelación suficiente para que dicha empresa pueda comunicar el desplazamiento a las autoridades españolas<sup>120</sup>.

### *3.12. Cooperación con las Administraciones públicas de otros Estados en materia de información e inspección. Notificación y ejecución transfronteriza de sanciones administrativas derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de desplazamiento de trabajadores.*

#### *3.12.1. Cooperación con las Administraciones públicas de otros Estados en materia de información e inspección.*

El artículo 9 de la Ley 45/1999 regula la cooperación con las Administraciones públicas de otros Estados en materia de información e inspección. Al efecto establece que “la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo podrán dirigirse, recabando la cooperación y asistencia que pudieran necesitar para el eficaz ejercicio de sus competencias, a las Administraciones públicas de otros Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el EEE, a las que corresponda la información y la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo previstas en el artículo 3 de la presente Ley o en las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Asimismo, la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo prestarán la cooperación y asistencia que pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias a las Administraciones públicas de tales Estados, a las que corresponda la información y la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo”.

---

<sup>120</sup> Artículo 19 quater TRLISOS.

La cooperación y asistencia consistirán, en particular, en formular y en responder a peticiones justificadas de información respecto al desplazamiento de trabajadores en el marco de prestaciones de servicios transnacionales, incluidos los casos de abuso manifiesto y de actividades transnacionales presuntamente ilegales, como los casos transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio relacionados con el desplazamiento de personas trabajadoras.

En el caso de que la autoridad receptora competente y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social reciban una solicitud de información sobre desplazamientos de personas trabajadoras por empresas establecidas en España por parte de la autoridad o el organismo competente del Estado miembro a cuyo territorio se ha desplazado la persona trabajadora para ejecutar su trabajo y no posea la misma, deberá recabarla de otras autoridades u organismos, continúa señalando el artículo 9.2 de la Ley 45/1999<sup>121</sup>.

La autoridad laboral, sin perjuicio de las funciones que le correspondan según la legislación española, pondrá en conocimiento de los órganos competentes de las Administraciones públicas de otros Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el EEE las infracciones administrativas cometidas en España por las empresas establecidas en tales Estados con ocasión del desplazamiento de sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Toda la actividad relacionada con la cooperación y asistencia referida en los párrafos anteriores se realizará en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal<sup>122</sup>, cuando se refiera al tratamiento de datos personales a que pudiera dar lugar la aplicación de la Ley 45/1999.

### *3.12.2. Reconocimiento y asistencia mutuos en la notificación y ejecución transfronteriza de sanciones administrativas derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de desplazamiento de trabajadores.*

La Disposición adicional séptima de la Ley 45/1999 regula el reconocimiento y asistencia mutuos en la notificación y ejecución transfronteriza de sanciones administrativas derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de desplazamiento de trabajadores.

La notificación y ejecución transfronteriza de las sanciones pecuniarias y multas administrativas impuestas a una empresa establecida en un Estado miembro de la EU o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el EEE que desplaza trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional a otro de tales Estados, por el incumplimiento de las normas aplicables en materia de desplazamiento de trabajadores, estará sujeta a los principios de reconocimiento y asistencia mutuos y se realizará a través del Sistema de Información del Mercado Interior regulado en el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se

---

<sup>121</sup> Artículo 9.2 de la Ley 45/1999 en redacción dada por Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

<sup>122</sup> Hoy Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión (“Reglamento IMI”), de acuerdo con lo previsto reglamentariamente.

La competencia en España la ostenta la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que será responsable de la transmisión y recepción administrativa de las peticiones y de ayudar a las autoridades laborales competentes para la notificación y ejecución de las sanciones. Las autoridades competentes españolas que reciban una petición de notificación de una resolución o de otros documentos relacionados con la imposición de una sanción administrativa o una multa o una petición de cobro de las mismas, transmitida a través del Sistema de Información del Mercado Interior, de conformidad con lo previsto reglamentariamente, reconocerán la sanción administrativa y la petición de cobro sin más formalidad y tomarán inmediatamente todas las medidas necesarias para su notificación o cobro, salvo que invoquen la concurrencia de alguno de los siguientes motivos de denegación:

- a) Que la investigación efectuada por la autoridad competente demuestre claramente que los costes o recursos necesarios para el cobro de la sanción o multa son desproporcionados, en relación con el importe que deba cobrarse o van a suponer dificultades desproporcionadas;
- b) que el total de la sanción o multa sea inferior a 350 euros;
- c) que la ejecución de la sanción implique una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas de los sancionados o viole normas de derecho necesario.

Las autoridades competentes españolas podrán transmitir a las autoridades de otro Estado miembro de la UE o de un Estado signatario del Acuerdo sobre el EEE una petición de notificación de una resolución por la que se impone una sanción administrativa o una multa o una petición de cobro de las mismas en el territorio de dichos Estados a través del Sistema de Información del Mercado Interior de acuerdo con lo previsto reglamentariamente.

La referida Disposición adicional séptima se aplicará a la notificación y ejecución transfronteriza de las siguientes sanciones pecuniarias o multas administrativas, incluidas tasas y recargos:

- a) Las que impongan las autoridades españolas competentes o confirmen los órganos administrativos o judiciales españoles competentes por las infracciones tipificadas en el artículo 10 LISOS.
- b) Las que impongan las autoridades competentes o confirmen los órganos administrativos o jurisdiccionales o, en su caso, emanen de la jurisdicción social de otro Estado miembro de la UE o Estado signatario del Acuerdo sobre el EEE, de conformidad con su normativa y procedimientos, relacionadas con el incumplimiento de las respectivas normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios o de la Directiva 2014/67/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo,

de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, 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”).

Sin embargo, la Disposición adicional séptima no se aplicará a la ejecución transfronteriza de sanciones que entren dentro del ámbito de aplicación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y, en particular, su Título IX sobre “Resoluciones por las que se imponen sanciones pecuniarias”.

Los importes cobrados en concepto de ejecución de las sanciones y multas administrativas se devengarán a favor de la autoridad competente española o del Estado miembro de la UE o del Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo EEE que haya llevado a cabo la ejecución de la sanción.



## Índice

<b>DESCENTRALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA. ....</b>	<b>1</b>
Fernando Sicre Gilabert .....	1
<b>1. LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL. ....</b>	<b>1</b>
<b>1.1. El contrato de empresas en el ámbito laboral (comúnmente denominada descentralización productiva).....</b>	<b>1</b>
1.1.1. Elementos determinantes de las diferentes responsabilidades que se articulan con la descentralización productiva. ....	5
1.1.1.1 La propia actividad. ....	5
A. La propia actividad y el artículo 24.3 LPRL. ....	7
1.1.2. El lugar de trabajo en la prestación de los servicios, expresión diferenciada de la de centro de trabajo.7	
1.1.3. Las obligaciones del empresario principal: de comprobación de encontrarse al corriente en materia de Seguridad Social y de comunicación a los representantes de los trabajadores.....	8
1.1.3.1. De comprobación de las deudas de Seguridad Social de la contratista o subcontratista y de las altas de los trabajadores. ....	8
1.1.3.2. De comunicación a los representantes de los trabajadores de la empresa principal y de llevanza de un libro registro.....	9
1.1.3.3. Derechos de información de los trabajadores de la contratista o subcontratista y en su caso de sus representaciones unitarias. ....	10
1.1.3.4. Otras previsiones contenidas en el artículo 42. 6 y 7 ET. Otros derechos de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, así como de sus respectivas representaciones unitarias si existieran.....	10
1.1.4. Especial régimen jurídico de la responsabilidad en materia de contrata y subcontratas. ....	11
1.1.4.1. El deber de vigilancia del cumplimiento de las condiciones materiales y formales de las contratistas y subcontratistas por la empresa principal en materia de prevención de riesgos laborales: presupuesto de la responsabilidad .....	14
1.1.4.2. Las responsabilidades en materia salarial. ....	17
1.1.4.3. Las diferentes articulaciones de la responsabilidad en materia de deudas por cuotas y prestaciones de Seguridad Social: la responsabilidad solidaria y subsidiaria. ....	17
1.1.5. Contrataciones de obras o servicios entre empresas pertenecientes a un mismo grupo de empresas. ...	18
1.1.6. La contratación laboral en las contratas y subcontratas. ....	19
<b>2. LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL. ....</b>	<b>21</b>
<b>2.1. Falta de claridad en la apreciación del elemento objetivo de la subrogación en los diferentes supuestos de contratas de servicios. ....</b>	<b>21</b>
<b>2.2. Ámbito de la responsabilidad. ....</b>	<b>24</b>
<b>3. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LIBRE DESPLAZAMIENTO EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1. Introducción a la libre prestación de servicios en el seno de la Unión Europea: connotaciones históricas. ....</b>	<b>26</b>
3.1.1. Tránsito de la Unión económica a la Unión social. Los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza. 29	
3.1.1.1 Tratado de Maastricht. ....	29
3.1.1.2 Tratado de Ámsterdam.....	30
3.1.1.3 El Tratado de Niza. ....	30
3.1.1.4 Tratado de Lisboa. ....	31
3.2. La internacionalización de las relaciones de trabajo: el Mercado Único y la Globalización. ...	32
<b>3.3. Desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de la libre circulación de servicios en la UE.....</b>	<b>35</b>
3.3.1. La libertad de prestación de servicios. ....	35
3.3.2. El carácter transnacional de la prestación. ....	38
3.3.3. Ámbito de aplicación.....	41
3.4. Los trabajadores desplazados. ....	42
3.4.1. Situaciones diferentes de la prestación de servicios transnacionales: la no consideración de trabajadores desplazados. ....	43
3.4.1.1. Actividades desarrolladas en “centros remotos”. ....	43
3.4.1.2. El teletrabajo. ....	43
3.4.2. Trabajadores contratados para prestar servicios en el extranjero. ....	44
3.4.3. Casos de prestación de servicios en el exterior sin que exista una empresa destinataria del servicio o actividad, diferente de la propia y originaria del trabajador.....	45
3.4.4. Trabajos cuya movilidad es necesaria y consustancial en la ejecución de la prestación objeto de la contratación. ....	45

3.4.5. Trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional no pertenecientes al Espacio Económico Europeo. ....	46
<b>3.5. Las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados. ....</b>	<b>47</b>
3.5.1. Contrato de trabajo del trabajador desplazado. ....	48
3.5.2. La garantía de condiciones de mínimo en la Directiva 96/71/CE. ....	49
3.5.3. Las condiciones de trabajo de obligado cumplimiento en el Estado de acogida. ....	51
3.5.3.1. El tiempo de trabajo. ....	52
3.5.3.2. Salario. ....	53
3.5.3.2.1 El salario y las ETT. ....	53
3.5.3.3. Igualdad de trato y principio de no discriminación. El respeto a la intimidad y dignidad debida del trabajador. ....	54
3.5.3.4. Libre sindicación, derecho de huelga y de reunión. ....	55
3.5.3.5. Trabajo de menores. ....	55
3.5.3.6. Prevención de riesgos laborales. ....	55
3.5.3.7. La normativa de prevención de riesgos laborales aplicable a los trabajadores españoles desplazados fuera del territorio de la UE por empresas españolas. ....	58
<b>3.6. La Seguridad Social de los trabajadores desplazados. ....</b>	<b>60</b>
3.6.1. El recargo de las prestaciones y el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. ....	61
3.7. <i>Actividad en España de ETT de la UE y del EEE. ....</i>	62
3.8. <i>Obligaciones adicionales de las empresas que desplacen trabajadores a España para la ejecución de trabajos en régimen de subcontratación en el sector de la construcción. ....</i>	63
3.9. <i>Representantes de los trabajadores desplazados. ....</i>	64
3.10. <i>El desplazamiento de trabajadores por empresas establecidas en España. ....</i>	64
3.11. <i>Actuaciones de la ITSS. ....</i>	66
3.11.1. La competencia inspectora. ....	66
3.11.2. Obligación de comparecencia y de conservación y aportación de documentación por empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la ley 45/1999. ....	68
3.11.3. Actuaciones inspectoras. ....	69
3.11.4. Infracciones y sanciones en el desplazamiento a España de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. ....	72
3.11.4.1. Infracciones leves. ....	72
3.11.4.2. Infracciones graves. ....	73
3.11.4.3. Constituye infracción muy grave la ausencia de comunicación de desplazamiento, así como la falsedad o la ocultación de los datos contenidos en la misma. ....	73
3.11.5. Infracciones y sanciones en la actividad transnacional en España de las empresas de trabajo temporal de la UE y del EEE y de las empresas usuarias. ....	73
3.11.5.1 <i>Infracciones y sanciones en la actividad transnacional en España de las empresas de trabajo temporal de la UE y del EEE. ....</i>	74
3.11.5.2. <i>Infracciones cometidas por las Empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España. ....</i>	74
3.11.6. Infracciones y sanciones de la actividad en la UE o en el EEE de las empresas de trabajo temporal españolas. ....	76
3.11.7. Infracciones de las empresas usuarias establecidas en otro Estado miembro de la Unión Europea o signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. ....	76
3.12. <i>Cooperación con las Administraciones públicas de otros Estados en materia de información e inspección. Notificación y ejecución transfronteriza de sanciones administrativas derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de desplazamiento de trabajadores. ....</i>	76
3.12.1. Cooperación con las Administraciones públicas de otros Estados en materia de información e inspección. ....	76
3.12.2. Reconocimiento y asistencia mutuos en la notificación y ejecución transfronteriza de sanciones administrativas derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de desplazamiento de trabajadores. ....	77