



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

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

Juan López Gandía

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

Recibido: 24.10.2022 | Aceptado: 10.11.2022

RESUMEN

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

ABSTRACT

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

PALABRAS CLAVE

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

KEYWORDS

Transnational mobility
Social Security
Territoriality
EU Law
Posting of workers

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

SUMARIO

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, las empresas que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento, sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN EL REGLAMENTO 883/2004

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. El requisito de la temporalidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. LA ACCIÓN PROTECTORA PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS DESPLAZADAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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