



MINISTERIO  
DE EMPLEO  
Y SEGURIDAD SOCIAL



SUBSECRETARÍA

DIRECCION GENERAL DE LA  
INSPECCION DE TRABAJO Y  
SEGURIDAD SOCIAL

## CRITERIO TÉCNICO NÚM. 97/2016, SOBRE EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL

### CONSIDERACIONES PREVIAS

Con cierta regularidad, las Direcciones territoriales e Inspecciones provinciales de Trabajo y Seguridad Social trasladan informaciones o plantean consultas a esta Dirección General sobre actuaciones relacionadas con el desplazamiento de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, reguladas por la Ley 45/1999<sup>1</sup>.

Al mismo tiempo, y a través del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI)<sup>2</sup>, se reciben en esta Dirección General solicitudes de información y colaboración por parte de las Autoridades responsables de otros Estados miembros, solicitudes que en ocasiones deben ser remitidas a las Inspecciones provinciales para la realización de las actuaciones correspondientes.

Desde el punto de vista de la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, los Reglamentos comunitarios (CE) 883/2004, de 29 de abril<sup>3</sup>, y 987/2009, de 16 de septiembre<sup>4</sup>, establecen también determinadas reglas particulares aplicables en los casos de desplazamiento, que obligan a una valoración particularizada de las diversas situaciones concurrentes.

El análisis de los casos conocidos pone de manifiesto la importancia de establecer criterios sobre distintos aspectos relacionados con estos desplazamientos transnacionales, tanto de trabajadores procedentes de otros Estados del Espacio Económico Europeo (EEE) hacia España, como de trabajadores desplazados desde España a dichos Estados.

Las dificultades de interpretación, así como las dificultades para la actuación inspectora que se han constatado en estas situaciones, tienen su origen no solo en el carácter transnacional de los desplazamientos, sino también, de manera especial, en la complejidad de las propias actividades de prestación de servicios. Es una materia en constante evolución, utilizada a veces como vía para actuar en fraude de ley, y en la que las fronteras con otras figuras no siempre están claras. Se trata de las denominadas "zonas grises", en las que coinciden empresas reales y ficticias, contratas y subcontratas con cesión ilegal de trabajadores, actividades de ETTs y contratación directa, cuya calificación depende de los hechos acreditados en cada situación; actuación que debe efectuar tantas veces la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por otra parte, la situación legal de los trabajadores extranjeros de países terceros que son desplazados puede variar de manera sustancial en función de la calificación jurídica que corresponda a la actividad y realidad económica de su empresa, con independencia de la denominación que le atribuyan las partes.

Respondiendo a tales finalidades, el Criterio Técnico 42/2005, de 17 de mayo de 2005, procedió a abordar esta problemática, tratando de desarrollar los distintos supuestos planteados y las



implicaciones laborales, de Seguridad Social y de empleo de extranjeros en las situaciones de desplazamiento.

La experiencia adquirida a nivel europeo en la aplicación de las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE<sup>5</sup>, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y los problemas detectados en la misma, han llevado recientemente a la adopción de la Directiva 2014/67<sup>6</sup>. El objetivo de esta última Directiva es establecer un marco común de disposiciones, medidas y mecanismos de control apropiados, necesarios para una mejor y más uniforme implementación, aplicación y garantía de cumplimiento en la práctica de la Directiva 96/71, incluyendo medidas para prevenir y sancionar cualquier abuso y elusión de las normas aplicables.

Para el logro de este objetivo, junto a disposiciones que deberán ser objeto de la correspondiente transposición normativa, se contienen otras que afectan a los criterios de actuación de las autoridades competentes para la identificación de los desplazamientos reales y la prevención de abusos y elusiones, a la organización de las actividades de inspección y al desarrollo por las autoridades de los Estados miembros de una más estrecha cooperación y asistencia mutua, que tienen su encaje adecuado en la plasmación de un Criterio Técnico de actuación.

Por todo ello, dado el tiempo transcurrido desde la adopción del Criterio Técnico 42/2005, la experiencia adquirida desde entonces en su aplicación y la necesidad de incorporar a la actuación inspectora criterios, principios y reglas de actuación contenidos en la reciente Directiva 2014/67, resulta oportuno proceder a la sustitución de dicho Criterio Técnico por uno nuevo que recoja tales actualizaciones.

Así pues, al amparo de lo establecido en el artículo 31 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y con el carácter establecido por el artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se establecen los siguientes

## CRITERIOS TÉCNICOS <sup>7</sup>

### PRIMERO: LA LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1.- El objeto de estos criterios es proporcionar orientaciones para facilitar las actuaciones de la inspección en supuestos de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional con otros Estados miembros de la Unión Europea<sup>8</sup> (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE)<sup>9</sup>.

Conviene resaltar con carácter previo la importancia de la libertad de prestación de servicios en el conjunto de las normas comunitarias. La libertad de prestación de servicios constituye una de las libertades fundamentales garantizadas por el Mercado Interior en la Unión Europea, según proclama el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>10</sup>, estableciéndose en su art. 56 que "quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación".

Según reiterada jurisprudencia, la libertad de prestación de servicios no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique



indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos<sup>11</sup>.

2.- Hay que recordar que las actividades transnacionales de cesión de trabajadores por parte de empresas de trabajo temporal quedan también amparadas por la libertad de prestación de servicios, en función de la regulación de cada Estado Miembro<sup>12</sup>. En lo que se refiere a España, las condiciones de actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal se establecen en el Capítulo VI de la Ley 14/1994<sup>13</sup>, según la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 45/1999.

3.- Esta protección de la libre prestación de servicios requiere para su aplicación que exista realmente una empresa en el Estado de establecimiento<sup>14</sup> y que lleve a cabo una auténtica prestación de servicios<sup>15</sup>. Por ello, la primera línea de investigación ante un supuesto en que existan indicios de fraude de ley irá dirigida a confirmar que estamos ante una empresa con actividad real en el Estado de establecimiento, y no ante una mera empresa-buzón establecida de manera ficticia o aparente en dicho Estado con el único objeto de contratar a trabajadores para desplazarlos a otros Estados miembros, y obtener con ello ventajas de variada naturaleza derivadas de la utilización de una normativa más favorable. Junto a ello, se deberá verificar que existe realmente una prestación de servicios y que no se trata con ello de encubrir una cesión ilegal de trabajadores. En el apartado TERCERO se hará referencia al desplazamiento de trabajadores de países terceros cuando se trata de una prestación de servicios real.

4.- Para llevar a cabo esta primera línea de investigación, deben emplearse los criterios utilizados con carácter general para deslindar empresas reales y empresas ficticias o aparentes<sup>16</sup>, y para diferenciar las contrataciones y subcontratas de la cesión legal o ilegal de trabajadores o el fraude en la contratación.

Se trata, en primer lugar, de que quede acreditada la realidad y funcionamiento de la empresa, y no la mera apariencia de un contratista. Para ello, se vienen utilizando como criterios de valoración el patrimonio propio, la realidad del domicilio social, la existencia de organización empresarial de personal, así como la actividad general realizada. Como veremos en el apartado SEGUNDO, aunque exista una empresa con actividad real será necesario también ponderar la actividad realizada en el Estado de establecimiento en relación con la actividad realizada en el Estado de acogida.

Además, la empresa prestadora no puede limitarse a suministrar mano de obra sin *"poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial"*<sup>17</sup>. Otros elementos de valoración suelen ser el riesgo empresarial, la capacidad de dirección y selección del personal, o el trabajo realizado en locales de la empresa principal bajo órdenes exclusivas de la empresa prestadora.

## SEGUNDO: EL CARÁCTER TRANSNACIONAL DE LA PRESTACIÓN

1.- Una vez descartada la concurrencia de un supuesto ilícito de empresa ficticia o de cesión ilegal, es importante que quede acreditado el carácter transnacional de la prestación de servicios, ya que en otro caso estaríamos ante una actividad a la que sería de aplicación exclusivamente la legislación de uno de los Estados en juego. Se trata de verificar el establecimiento real de la empresa en el Estado de establecimiento.

Para que la prestación tenga carácter transnacional, se exige que el prestador esté establecido en el Estado miembro de establecimiento, lo cual implica que disponga de un soporte material y



organizativo en el territorio de dicho Estado, y, también, que desarrolle en el mismo actividades sustantivas que no sean puramente administrativas o de gestión interna.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del art. 4 de la Directiva 2014/67, para determinar la concurrencia de estos requisitos se deberá efectuar una evaluación global de todos los elementos fácticos que, teniendo en cuenta un marco temporal amplio, caractericen las actividades que lleva a cabo la empresa en el Estado miembro de establecimiento y, cuando sea necesario, en el Estado de acogida. Algunos elementos objetivos a tal fin pueden ser los siguientes:

- 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 en los colegios profesionales pertinentes, de acuerdo con la normativa nacional;
- el lugar donde contrata a los trabajadores desplazados y el lugar desde el que les desplaza;
- el derecho aplicable a los contratos que celebra la empresa con sus trabajadores, por un lado, y con sus clientes, por otro;
- el lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental y donde emplea personal administrativo, a cuyo efecto se deberá considerar si la empresa ha realizado o no con anterioridad actividades en el Estado miembro de establecimiento, como forma de acreditar un "ejercicio habitual de actividades significativas", y el volumen de la plantilla de personal administrativo en el Estado miembro de establecimiento y en el de acogida, sin perjuicio de las situaciones justificadas en supuestos de nuevas empresas;
- el número de contratos celebrados y el volumen de negocios efectuado por la empresa en el Estado miembro de establecimiento, teniendo en cuenta la situación específica de, entre otras, las empresas pequeñas y medianas y las empresas de reciente creación.

Esta relación no pretende ser exhaustiva, pudiendo valorarse otros elementos fácticos que resulten significativos en función de la naturaleza de las actividades desarrolladas por la empresa en el Estado de acogida. Del mismo modo, la ausencia de alguno o varios de los elementos fácticos contemplados no excluye automáticamente la posibilidad de que la situación sea considerada un verdadero desplazamiento. La valoración de los diversos elementos deberá adaptarse a cada caso particular y tener en cuenta las peculiaridades de la situación considerada.

2.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 45/1999, los empresarios que desplacen trabajadores a España en el marco de una prestación transnacional deberán comunicar su desplazamiento antes de su inicio, y con independencia de su duración, a la autoridad laboral competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios, que informará de ello a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. No obstante, esta comunicación no será exigible en el caso de los desplazamientos cuya duración no exceda de ocho días, a menos que se trate de trabajadores desplazados por empresas de trabajo temporal, tal y como advierte el apartado 3 de este mismo artículo.

La comunicación habrá de contener determinados datos e informaciones: identificación de la empresa que desplaza trabajadores, con indicación del domicilio fiscal y número de identificación a efectos del IVA; la fecha de inicio y duración previsible del desplazamiento; identificación de la empresa o empresas donde se realizará la prestación de servicios o, en su caso, la identificación del centro o centros de trabajo; identificación personal y profesional de los trabajadores





3.- De acuerdo con la definición de trabajador desplazado, pasaremos a analizar los siguientes elementos: a) El contrato de trabajo; b) el mantenimiento de la relación laboral durante todo el periodo de desplazamiento; c) la temporalidad del desplazamiento; y d) la nacionalidad de los trabajadores desplazados:

a) El contrato de trabajo. La empresa puede desplazar a los trabajadores con los que tenga una relación laboral habitual, en cuyo caso el desplazamiento constituye una fase más de la ejecución de dicho contrato, o bien concertar un contrato de trabajo *ex novo*, celebrado al sólo objeto de llevar a cabo la prestación de servicios transnacional<sup>20</sup>. Es necesario subrayar aquí que la norma no establece ningún tipo de restricción en tal sentido (el requisito de relación laboral habitual del trabajador con la empresa que le desplaza sólo es aplicable respecto de las empresas que no pertenecen al EEE y despliega únicamente sus efectos en materia de permisos de trabajo).

Lo anterior significa, por un lado, que ha de existir un contrato de trabajo previo al desplazamiento -aún cuando éste tenga por objeto la prestación de un trabajo en otro país-, y que dicho contrato de trabajo necesariamente se ha de concertar en un Estado distinto del destinatario de la prestación. Desde el punto de vista de la actuación inspectora, será necesario comprobar el lugar real y el momento de celebración del contrato de trabajo, detectándose muchas irregularidades por declaraciones de los trabajadores sobre trabajos anteriores o lugares de residencia previos al teórico desplazamiento.

En todo caso, para que pueda hablarse de un desplazamiento transnacional en un sentido jurídico, en los términos de la Directiva y de la Ley, tiene que concurrir el hecho físico del "desplazamiento", es decir, el traslado o viaje de los trabajadores desde el Estado en el que prestan habitualmente sus servicios o en el que han sido contratados al Estado destinatario de la prestación.

b) El mantenimiento de la relación laboral durante el período de desplazamiento. La Ley 45/1999 supedita el concepto de desplazado al mantenimiento de la relación laboral con la empresa durante todo el tiempo que dure el desplazamiento. Esto significa, entre otros aspectos, que la empresa mantiene el poder de dirección en sus vertientes organizativa y disciplinaria, que el pago de salarios lo efectúa la empresa prestadora del servicio, etc.

Los elementos que habrán de ser considerados para verificar la pervivencia de la relación laboral en estos casos son los comúnmente utilizados por la Inspección en las actuaciones ordinarias, elementos que, por otra parte, se encuentran íntimamente relacionados con la investigación en materia de cesión de mano de obra a que nos hemos referido en el apartado PRIMERO, o en materia de encuadramiento de los trabajadores en la Seguridad Social.

Así, pueden considerarse algunos de los siguientes indicadores, para su utilización conjunta y ponderada:

- La empresa que desplaza a los trabajadores es la única que puede rescindir el contrato de trabajo y decidir el despido;
- La empresa que desplaza a los trabajadores tiene el poder de determinar la naturaleza del trabajo realizado; es decir, sin perjuicio de las especiales características de la actividad de las ETT, define hasta los mínimos detalles el trabajo que ha de realizarse y las modalidades para llevarlo a cabo; y decide el producto final que ha de obtenerse o el servicio fundamental que ha de prestarse;



- La empresa dispone de personal designado o que ejerce las tareas directivas, organizativas y disciplinarias durante el periodo de desplazamiento;
- La identificación que hacen los trabajadores sobre cuál es su empresa y qué personas la representan o ejercen el poder de dirección y organización de los trabajos se corresponde con la empresa que los desplaza y quienes en ella realizan tales funciones de representación y/o dirección;
- La empresa que los desplaza corre con los gastos de alojamiento y manutención durante el desplazamiento, así como con los gastos de transporte u otros de carácter compensatorio;
- Las herramientas, ropa de trabajo, equipos de prevención de riesgos individuales y, en su caso, los colectivos, o los equipos de trabajo pertenecen a la empresa que los desplaza;
- La empresa acredita el cumplimiento de sus obligaciones respecto de sus trabajadores: salario, Seguridad Social, exámenes médicos, etc.

Obviamente en estos casos, si el trabajador desplazado pasara a depender de otra empresa en el Estado de acogida, se rompería el vínculo orgánico con el empresario que los desplaza y no estaríamos ante un supuesto de desplazamiento.

c) La temporalidad del desplazamiento. Para que pueda ser aplicada su regulación específica, el desplazamiento ha de tener un carácter temporal, en el sentido de que el trabajador desplazado lo sea para realizar temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja. En otro caso, de no cumplirse tal requisito de temporalidad, estaríamos ante un supuesto en el que el trabajador se inserta plenamente en el mercado de trabajo del país de destino, resultando aplicable su legislación.

Sin embargo, ni la Ley 45/1999, ni la Directiva 96/71, fijan un límite temporal máximo que permita acotar los desplazamientos temporales<sup>21</sup>. Por ello, para determinar si un trabajador desplazado realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquél en el que normalmente trabaja deberán examinarse en la actuación inspectora todos los elementos fácticos que caracterizan esa labor y la situación del trabajador. Conforme señala el apartado 3 del art. 4 de la Directiva 2014/67, entre dichos elementos pueden incluirse, en particular, los siguientes:

- Si el trabajo se realiza durante un período limitado de tiempo en otro estado miembro;
- La fecha de inicio del desplazamiento;
- Si el desplazamiento se produce a un Estado miembro distinto de aquél en el que, o desde el que, el trabajador desplazado suele desempeñar su labor, de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 593/2008 (Roma I)<sup>22</sup> o el Convenio de Roma<sup>23</sup>;
- 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;



- La naturaleza de las actividades, en cuyo contexto se deberá considerar:
  - Si el objeto o causa del desplazamiento están meridianamente definidos;
  - Si las actividades desarrolladas por los trabajadores desplazados conservan su vinculación o conexión con la prestación de servicios que determina el desplazamiento;
  - Si, en los casos en que el trabajador haya sido desplazado a una sucursal o centro de trabajo de su empresa, o de otra empresa de su grupo, la prestación laboral que se desarrolle cuenta con un mínimo de sustantividad propia dentro de lo que es la actividad global del centro o la empresa receptores de la prestación.
- 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;
- Los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador desplazado.

Los criterios considerados en este apartado (al igual que los recogidos en el apartado SEGUNDO) no constituyen una relación exhaustiva, pudiendo valorarse otros elementos fácticos que resulten significativos a tal efecto. Del mismo modo, la ausencia de alguno o varios de los elementos fácticos contemplados no excluye automáticamente la posibilidad de que la situación sea considerada desplazamiento temporal. La valoración de los diversos elementos deberá adaptarse a cada caso particular y tener en cuenta las peculiaridades de la situación considerada.

d) La nacionalidad de los trabajadores desplazados. La Ley 45/1999, al definir al trabajador desplazado, incluye la precisión "cualquiera que sea su nacionalidad", siempre que las empresas entren en el marco de la prestación de servicios, y sin perjuicio de que se cumpla el resto de las condiciones legales.

Los Estados miembros tienen competencias plenas en materia de permisos de trabajo y de residencia de ciudadanos de terceros países, pero estas competencias no pueden ejercerse cuando limitan el principio de libertad de prestación de servicios. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que el personal de una empresa establecida en un Estado miembro que es enviado temporalmente a otro Estado miembro para realizar prestaciones de servicios no pretende en modo alguno acceder al mercado laboral de este segundo Estado, ya que vuelve a su país de origen o de residencia después de haber concluido su misión<sup>24</sup>.

Un Estado miembro no puede obligar a las empresas que, establecidas en otro Estado miembro, presten servicios en su territorio, empleando de modo regular nacionales de Estados terceros, a obtener, para estos trabajadores, un permiso de trabajo<sup>25</sup>. Las condiciones que deben cumplir estos nacionales son residir regularmente y de forma estable, y estar autorizados a trabajar en el Estado de establecimiento de la empresa, formando parte de su mercado laboral, en el que ejercen su actividad principal, y retornando a él una vez finalizada la prestación de servicios<sup>26</sup>.

Lo anterior significa, a sensu contrario, que las excepciones a la obligación de disponer de autorización para trabajar dejarán de ser aplicables cuando falte alguna de las notas



definitorias de la figura de desplazamiento ya señaladas, o no se acredite la situación de residencia regular y estable de los trabajadores no comunitarios en el Estado de establecimiento, en cuyo caso se aplicará íntegramente la legislación española en materia de extranjería. Los Estados miembros tienen la posibilidad de comprobar que no se utiliza la prestación de servicios para traer a personal con fines de colocación o de puesta a disposición de trabajadores, salvo lo establecido para las ETT.

De forma resumida, y teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los países en materia de autorizaciones para trabajar, en las actuaciones inspectoras habrá de tenerse en cuenta:

- Los trabajadores no comunitarios, que se encuentren en situación de residencia regular, estable y autorizados para trabajar en el Estado miembro en el que la empresa prestadora de servicios los tenga en plantilla o los haya contratado, no necesitan autorización para trabajar en España, siempre que tal prestación de trabajo se efectúe en su condición de trabajador desplazado tal y como se define en la Ley 45/1999. Tampoco se exige ningún otro requisito específico al nacional no comunitario, como el relativo a la habitualidad de la relación laboral del trabajador con la empresa que le desplaza.
- Los trabajadores comunitarios pertenecientes a eventuales futuros Estados de nuevo ingreso en la Unión Europea que pudieran quedar afectados por un periodo transitorio en la libre circulación de trabajadores, no estarían tampoco afectados por ningún tipo de restricción en materia de prestación de servicios. Pueden trabajar en España sin ningún tipo de autorización, siempre que tales trabajos se efectúen en el marco de una prestación de servicios transnacional y se cumplan las demás condiciones expuestas.
- Cuando se trate de trabajadores no comunitarios desplazados por empresas que no pertenecen al EEE, pero autorizadas para trabajar en España, los trabajadores deberán disponer de la correspondiente autorización para trabajar.

Los criterios anteriores, en lo que se refiere a la normativa comunitaria, son también aplicables a los trabajadores de terceros países desplazados por empresas españolas a otros Estados miembros. Los incumplimientos que en materia de extranjería pudieran producirse por empresas españolas con trabajadores desplazados a otros Estados podrán ser depurados, tanto por las autoridades españolas, si se ha infringido la legislación española de extranjería por la contratación de trabajadores sin autorización de residencia y trabajo, como por las autoridades competentes del Estado de acogida en el que se prestan los servicios, en función de su propia legislación en la materia.

#### **CUARTO: LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS**

1.- La aplicación a los trabajadores desplazados de condiciones de trabajo inferiores a las legales del Estado de acogida, en el que se prestan los servicios, constituye el supuesto más frecuente de incumplimiento de las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva 96/71.

El art. 3 de la Ley 45/1999 establece que las empresas incluidas dentro de su ámbito de aplicación deberán garantizar a sus trabajadores, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad



de que se trate, relativas a determinadas materias, tales como el tiempo de trabajo, la cuantía del salario, la igualdad de trato y no-discriminación directa o indirecta, el trabajo de menores o la prevención de riesgos laborales. Esto quiere decir que en todas las materias a las que se refiere la Ley se aplicará la legislación laboral española, sin perjuicio de la aplicación a los trabajadores desplazados de otras normas o acuerdos que establezcan condiciones de trabajo más favorables. No se podrá exigir la garantía de condiciones de trabajo equivalentes en materias no incluidas en esta Ley.

En el caso de las ETT, además de respetarse tales condiciones de trabajo, las empresas deberán cumplir las condiciones que establece el capítulo II de la Ley 14/1994, de empresas de trabajo temporal, para la celebración de contratos de puesta a disposición de trabajadores con las empresas usuarias, a excepción de la obligación de formalización del contrato en el modelo reglamentariamente establecido<sup>27</sup>.

2.- La investigación de este tipo de supuestos deberá realizarse, en la medida de lo posible, siguiendo los procedimientos ordinarios o comunes. No obstante, y habida cuenta de las diferencias que pueden existir entre la legislación de origen y la legislación aplicable, y la dificultad que puede entrañar comprobar que a los trabajadores se aplican condiciones inferiores a las exigibles en nuestro país (especialmente en determinadas materias y cuando tales diferencias no sean evidentes), las actuaciones inspectoras deberán tener en cuenta las siguientes orientaciones.

- La primera cuestión a considerar es que la Directiva 96/71 no pretende garantizar una igualdad de trato absoluta entre los trabajadores, sino una protección equivalente, aspecto éste que interviene en la forma de efectuar el análisis comparativo. Se trata de garantizar la aplicación de las normas cuando la protección que otorgan no se obtenga mediante obligaciones esencialmente comparables que ya se impongan a la empresa en el Estado miembro de establecimiento<sup>28</sup>.
- No es posible, sin embargo, efectuar una comparación global o compensatoria entre las distintas condiciones de trabajo y empleo constatadas y las previstas en las normas de aplicación, como forma de verificar la existencia de una protección equivalente. La comparación deberá efectuarse de forma diferenciada por cada una de las materias, pero valoradas todas las del mismo grupo de forma conjunta, como por ejemplo las referentes a tiempo de trabajo, de tal manera que puedan compensarse. Este criterio de análisis se corresponde con la jurisprudencia del TJUE.
- En el análisis deberán considerarse referencias temporales suficientemente amplias, con el fin de disponer de una información más compensada, de ahí que este criterio tenga mayor importancia cuanto menor sea la duración del desplazamiento.

3.- El art. 4 de la Ley 45/1999 contiene reglas específicas para la comparación de los salarios de los trabajadores desplazados en el Estado de establecimiento y en España, materia en la que pueden producirse un mayor número de conflictos. La comparación deberá efectuarse tomando como referencia el grupo profesional o categoría profesional de la prestación del trabajador desplazado, sobre la base del salario español en cómputo anual. En las retribuciones que percibe el trabajador se tomarán en consideración los complementos por desplazamiento, pero no aquellos que correspondan a la compensación de gastos como viaje, alojamiento o manutención.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido perfilando qué elementos debe considerarse que forman parte del "salario mínimo" a efectos de la aplicación del art. 3.1 de la Directiva 96/71 (art. 4.1 de la Ley 45/1999). Así, ha declarado:



- Que la definición de los elementos que constituyen el concepto de salario mínimo depende del Derecho del Estado miembro de acogida, con la sola condición de que esta definición, tal como resulte de la legislación o de los convenios colectivos nacionales aplicables, o de la interpretación que de ellos hagan los tribunales nacionales, no tenga el efecto de obstaculizar la libre prestación de servicios entre los Estados miembros (Isbir<sup>29</sup>);
- Que el salario mínimo a garantizar en el Estado de acogida puede ser un salario fijado por horas y/o a destajo, basado en la clasificación de los trabajadores en grupos salariales, si así está previsto en los convenios colectivos pertinentes del Estado miembro de acogida, siempre que el cálculo y la clasificación se efectúen conforme a reglas vinculantes y transparentes (Sähköalojen ammattiliitto<sup>30</sup>).
- Que una indemnización diaria por desplazamiento establecida en el convenio colectivo del Estado de acogida para los supuestos de desplazamiento en el interior del mismo forma parte del concepto de salario mínimo a garantizar a los trabajadores desplazados desde otro Estado miembro, en idénticas condiciones a las que se supedita su inclusión en ese mismo salario abonado a los trabajadores locales con ocasión de un desplazamiento dentro del Estado miembro de que se trata (Sähköalojen ammattiliitto).
- Que también forma parte del salario mínimo a garantizar un complemento de trayecto, que se abona a los trabajadores siempre que la duración del trayecto de ida y vuelta diario efectuado por éstos sea superior a una hora (Sähköalojen ammattiliitto).
- Que la paga de vacaciones que debe concederse al trabajador por la duración mínima de las vacaciones anuales remuneradas, forma parte del salario mínimo al que dicho trabajador tiene derecho durante el período de referencia (Sähköalojen ammattiliitto).
- Que, por el contrario, no deben computarse como integrantes del salario mínimo de los trabajadores desplazados ni el pago del alojamiento de los trabajadores ni la entrega de cheques-restaurante (Sähköalojen ammattiliitto).

4.- Otro de los aspectos relevantes a tener en cuenta en el control de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados es el relativo a las condiciones de jornada y descansos, al no ser infrecuente la constatación de incumplimientos en esta materia. No existen, sin embargo, especialidades a considerar, resultando íntegramente de aplicación las disposiciones de los arts. 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores.

5.- En materia de Prevención de Riesgos Laborales, la legislación española que regula las condiciones mínimas de seguridad y salud será aplicable a las empresas establecidas en un Estado miembro de la UE o del EEE que desplacen trabajadores a España, en todo caso y tal y como establece la Ley 45/1999 en su artículo 3.

No obstante, en materia de gestión de la prevención (integración de la prevención -plan de prevención-, organización preventiva, evaluación de riesgos y planificación preventiva), habrá que tener en cuenta que una gran parte de dichas obligaciones son establecidas en referencia a la empresa en su conjunto y no respecto de un determinado centro de trabajo, por lo que la legislación del Estado de establecimiento, aunque emane de las mismas Directivas, puede introducir matices en cuanto a su nivel de exigencia y concreción documental.

Todo ello deberá tenerse en cuenta respecto de la documentación preventiva que en su caso sea exigida y respecto de la organización preventiva de la empresa, aunque tratándose, por ejemplo, de obras de construcción, dado que la documentación preventiva en este caso (estudio de seguridad, plan de seguridad, etc.) y determinados recursos preventivos (coordinadores de



seguridad, presencia de recursos, etc.) se establecen respecto de una obra concreta cuya ejecución se realiza en España, dicha empresa extranjera tendrá, en todo caso, que acomodarse a la legislación española.

En el mismo sentido habrán de controlarse las obligaciones relativas a la formación en materia preventiva y a la vigilancia de la salud, que pueden haber sido desarrolladas en el Estado de establecimiento y respecto de las que habrá que valorar su equivalencia con las obligaciones establecidas en España por la Ley y los convenios colectivos.

## QUINTO: LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS

1.- Como una consecuencia más del carácter transnacional de los desplazamientos, la empresa que desplaza a sus trabajadores puede mantenerlos bajo la legislación de Seguridad Social del Estado de establecimiento.

Como norma general, el artículo 11 del Reglamento 883/2004 establece que las personas que ejerzan una actividad por cuenta ajena o propia en el territorio de un Estado miembro estarán sujetas a la legislación de ese Estado miembro, y ello con independencia de su lugar de residencia.

Sin embargo, el artículo 12 de dicha disposición establece algunas normas particulares que actúan como excepciones a esa regla general, para evitar las complicaciones administrativas que se producirían de aplicar tal regla cuando se trata, por ejemplo, de desplazamientos de carácter temporal. Así, respecto de los trabajadores por cuenta ajena se indica en su apartado 1:

"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 enviada."

El Reglamento 987/2009 y la Decisión A2<sup>31</sup> de la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social, establecen normas y criterios de aplicación e interpretación del art. 12 del Reglamento nº 883/2004 para la adopción de las decisiones en esta materia por parte de las Instituciones de Seguridad Social competentes<sup>32</sup>.

2.- En estos casos de desplazamiento temporal, a efectos del mantenimiento de la legislación de Seguridad Social del Estado de establecimiento, la institución designada por el Estado miembro a cuya legislación está sujeto el trabajador cumplimentará, a petición de la empresa o, en su caso, del trabajador autónomo, el formulario A1 ("Certificado de legislación aplicable")<sup>33</sup>.

La empresa y el trabajador desplazado deben poder presentar estos formularios, a fin de proceder a las verificaciones necesarias. La existencia de este formulario válidamente emitido por la institución de Seguridad Social del Estado de establecimiento, al igual que la comunicación del desplazamiento a la que se aludía en el número 2 del apartado SEGUNDO, constituyen indicadores y, a la vez, consecuencias, de la transnacionalidad de la situación, salvo prueba en contrario. Por el contrario, la inexistencia del formulario o su falta de aportación en un plazo razonable tras los oportunos requerimientos al efecto, puede considerarse un indicio de la inaplicabilidad de la regla particular del art. 12.1 del Reglamento 883/2004 y de la consiguiente



sujeción del supuesto a la legislación española de Seguridad Social sobre encuadramiento de la empresa, afiliación-alta y cotización<sup>34</sup>.

Es importante tener en cuenta que **los formularios A1, una vez expedidos por la institución de Seguridad Social del Estado de establecimiento, resultan vinculantes para las instituciones de Seguridad Social de los demás Estados miembros**. Sólo la institución competente del Estado de establecimiento puede reconsiderar la legitimidad de la expedición de este formulario y, llegado el caso, retirarlo, bien por propia iniciativa o tras haber recibido una petición de la institución del Estado de acogida en la que se expresen dudas sobre la exactitud de los hechos en los que se ha basado la expedición de dicho formulario<sup>35 36</sup>.

Por ello, cuando los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aprecien una posible utilización fraudulenta del procedimiento de desplazamiento transnacional en prestación de servicios, **no pueden actuar directamente negando validez al formulario A1 existente, sino que deberán poner los hechos, con las pruebas correspondientes, en conocimiento de la Tesorería General de la Seguridad Social**, para la adopción por ésta de las medidas que procedan ante la institución competente del Estado miembro de establecimiento.

3.- Como se ha señalado, en materia de Seguridad Social se aplica un límite de duración del desplazamiento de dos años, pudiendo ampliarse este periodo con determinadas condiciones. Sin embargo, no existe un límite máximo de duración del desplazamiento ni en la Directiva 96/71 ni en la Ley 45/1999 que la traspone, que sólo exigen, tal y como vimos, que el desplazamiento tenga carácter temporal.

4.- De otro lado, tiene interés referirse a la institución del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, cuando el trabajador accidentado es un desplazado sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado miembro de establecimiento, según acreditación mediante el formulario A1. Dado que la institución del recargo de prestaciones en España requiere para su aplicación que se haya reconocido al trabajador una prestación por contingencias profesionales a cargo de la Seguridad Social española, no será posible proponer dicho recargo cuando las prestaciones sean causadas conforme al sistema de protección social del Estado de establecimiento, aún cuando concorra un contratista principal en España<sup>37</sup>. Todas las reglas aplicables a dichas prestaciones, incluidos los posibles recargos, corresponden a las autoridades competentes de ese Estado, en su caso con la información que le trasladen las autoridades españolas.

## **SEXTO: EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES POR EMPRESAS ESTABLECIDAS EN ESPAÑA**

1.- Las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de otros Estados miembros de la UE o del EEE 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, sin perjuicio de la aplicación a los mismos de las condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación española o en el convenio colectivo aplicable en España<sup>38</sup>.

El incumplimiento de esta obligación constituye así, en primera instancia, un incumplimiento de la legislación nacional del Estado de acogida, por la que deberán velar las autoridades de dicho Estado. Sin embargo, esta obligación forma parte también de la legislación laboral española, correspondiendo también a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y el control del cumplimiento de la misma.



Por ello, el apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley 45/1999 establece que constituyen infracciones administrativas las acciones u omisiones de los empresarios establecidos en España por las que se incumplan las condiciones de trabajo establecidas en el lugar de empleo por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71.

No obstante, en una previsión derivada de la aplicación del principio *non bis in idem*, el apartado 4 de esta misma disposición establece que ello no podrá dar lugar a que se sancionen aquellos incumplimientos que hayan sido ya sancionados penal o administrativamente en el país de desplazamiento, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Pese a la ausencia de una similar previsión normativa expresa, estas mismas reglas deberán aplicarse en relación con las eventuales infracciones administrativas en que incurran estas empresas de la normativa sobre autorizaciones de residencia y trabajo de los trabajadores extranjeros.

2.- En materia de Seguridad Social, la validez del mantenimiento en el sistema español de Seguridad Social de los trabajadores desplazados dependerá de la efectiva concurrencia de los requisitos legales al respecto, por lo que resultarán de aplicación a estos desplazamientos todos los criterios contenidos en apartados anteriores para la situación inversa, en particular los referidos a los supuestos de empresas-buzón o de establecimiento ficticio.

En el caso de los desplazamientos reales, la principal cuestión a considerar será la de asegurar la correcta cotización en España de aquellos salarios superiores que, en su caso, hayan debido ser abonados de conformidad con la Ley o los convenios colectivos aplicables en el Estado de acogida.

3.- La determinación de la efectiva concurrencia de las infracciones e irregularidades señaladas, desde el punto de vista del conocimiento tanto de las circunstancias del desplazamiento, como de las condiciones de trabajo reales aplicadas en el Estado de acogida y del contenido de las que deberían haber sido aplicadas de conformidad con la ley o los convenios colectivos, así como la evitación de una posible doble sanción por tales hechos requerirán, con toda probabilidad, de una colaboración entre las Autoridades responsables de ambos Estados miembros. Desde esta perspectiva, conviene recordar que, conforme a lo dispuesto en el art. 21.2 de la Ley 23/2015, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá actuar mediante la comprobación de datos y antecedentes que les suministren otras Administraciones Públicas de la Unión Europea.

4.- En cuanto al posible recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, si se apreciara relación de causalidad entre las lesiones sufridas y la infracción al ordenamiento vigente en materia de prevención de riesgos laborales, cabrá instar la declaración correspondiente sobre la base de las actuaciones realizadas y los informes de las autoridades competentes del Estado en donde se haya producido el accidente.

## **SÉPTIMO: ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**

1.- Competencia inspectora.- La vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones de los sujetos responsables incluidos dentro del campo de aplicación de la Ley 45/1999 corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>39</sup>.

Las actuaciones inspectoras se realizarán siempre de oficio, en virtud de cualquiera de las formas de iniciación previstas en el art. 20.3 de la Ley 23/2015, incluida la denuncia de los propios



trabajadores desplazados a España que consideren haber sufrido daños o pérdidas como consecuencia del incumplimiento de las normas aplicables, quienes podrán presentar dichas denuncias incluso después de que haya finalizado la relación en la que se alegue que se ha producido el incumplimiento<sup>40</sup>.

Sin perjuicio de las actuaciones que se desarrollen de manera aleatoria por propia iniciativa o como consecuencia de denuncia, el control y seguimiento del cumplimiento de las disposiciones de la Ley 45/1999 será objeto de una programación específica, que se incluirá en el Plan Integrado de Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el año 2017, y en años sucesivos.

La programación se realizará, conforme previene el art. 10 de la Directiva 2014/67, en base a una evaluación de riesgos dirigida a detectar aquellos sectores de actividad en los que se concentre especialmente el desplazamiento de trabajadores a España para la realización de prestaciones de servicios, atendiendo, en particular, a factores tales como la realización de grandes proyectos de infraestructuras, la existencia de cadenas largas de subcontratación, la proximidad geográfica, los problemas y las necesidades especiales de sectores concretos, el historial de infracciones y la vulnerabilidad de determinados grupos de trabajadores.

En su desarrollo, se prestará especial atención a las posibilidades que ofrece la herramienta de lucha contra el fraude para el cruce de datos informáticos de los diferentes organismos implicados en el control de los desplazamientos transnacionales de trabajadores.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 20.2 de la Ley 23/2015, en el ejercicio de la actividad inspectora se garantizará la vigencia de los principios de igualdad de trato y no discriminación, mediante una aplicación homogénea de la normativa, evitando en particular que la misma pueda resultar desproporcionada en relación con los objetivos perseguidos.

Conforme a lo dispuesto en el art. 21.2 de la Ley 23/2015, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá actuar mediante la comprobación de datos y antecedentes que les suministren otras Administraciones Públicas de la Unión Europea.

2.- Obligaciones de comparecencia y aportación de documentación.- Conforme a lo previsto en el art. 6 de la Ley 45/1999, los empresarios 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 la Ley, incluida la documentación acreditativa de la válida constitución de la empresa.

Sin embargo, no se puede obligar a la empresa a elaborar documentos previstos en nuestra legislación cuando su finalidad esté cubierta por documentos de que ya disponga conforme a la legislación del Estado de establecimiento<sup>41</sup>.

Sin perjuicio de esta obligación de comparecencia, se deberá tratar de facilitar a las empresas establecidas en otros Estados miembros el cumplimiento de una manera sencilla de sus obligaciones de aportación de antecedentes y documentación, permitiendo, cuando resulte posible, la utilización de medios electrónicos y a distancia<sup>42</sup>.

El incumplimiento de los deberes de comparecencia y aportación de documentación será constitutivo de obstrucción a la labor inspectora.

3.- Actuaciones sancionadoras. Constatado un incumplimiento de la normativa reguladora del desplazamiento transnacional de trabajadores, las actuaciones sancionadoras se regirán por los siguientes criterios:



a) Los incumplimientos en materia de condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados constituyen infracciones administrativas, tipificadas, calificadas y sancionadas conforme a lo dispuesto en el artículo 10.4 del RDL 5/2000<sup>43</sup>.

b) Los incumplimientos en relación con la obligación de comunicación constituyen infracciones administrativas tipificadas como leves, graves o muy graves, según su entidad, en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 10 del RDL 5/2000<sup>44</sup>.

c) Las infracciones por obstrucción a la labor inspectora se sancionarán conforme a lo dispuesto en el art. 50 del RDL 5/2000.

d) En relación con las ETT y empresas usuarias, la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, tipifica las infracciones en su artículo 24. En este contexto, es necesario referirse a las obligaciones y responsabilidades de las empresas usuarias y de las empresas que reciban en España la prestación de servicios de los trabajadores desplazados, al amparo de lo establecido en la Ley 45/1999, que asumirán respecto de dichos trabajadores las obligaciones y responsabilidades previstas en la legislación española para tales supuestos, con independencia del lugar en que radique la empresa de trabajo temporal o la empresa prestataria de servicios<sup>45</sup>.

e) Respecto de las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio del EEE, son infracciones administrativas los incumplimientos de las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71<sup>46</sup>. Tales infracciones serán tipificadas y sancionadas según lo dispuesto con carácter general en la LISOS, en función de cuál sea la condición de trabajo incumplida, teniendo a estos efectos el incumplimiento de la ley o del convenio colectivo del Estado de acogida, acreditado, en su caso, conforme a lo señalado en el punto 3 del apartado SEXTO, el mismo alcance que si se tratara del incumplimiento de la ley española o del convenio colectivo aplicable.

En este mismo supuesto, las infracciones en materia de contratación de trabajadores extranjeros sin autorización de residencia y trabajo se regirán por lo establecido en el Título III de la Ley Orgánica 4/2000<sup>47</sup>.

4. Actuaciones en materia de Seguridad Social. En lo que respecta a la relación de Seguridad Social, la situación de los trabajadores desplazados debe ser considerada desde dos perspectivas: en relación con las obligaciones en materia de afiliación y alta en la Seguridad Social de dichos trabajadores y en relación con su cotización.

4.1.- Por lo que se refiere a las obligaciones en materia de afiliación y alta, parece necesario distinguir las diversas situaciones que pueden darse, tanto en el supuesto de desplazamiento a España de trabajadores de empresas de otros Estados miembros, como en el del desplazamiento a otros Estados miembros de trabajadores de empresas españolas.

a) En aquellos supuestos en los que España sea Estado de acogida de trabajadores de otro Estado miembro, para determinar la corrección del mantenimiento de la afiliación y alta en la Seguridad Social del Estado de establecimiento se deberá, en primer lugar, constatar la existencia de un formulario A1 válidamente emitido por la Autoridad de Seguridad Social de dicho Estado; y, en segundo lugar, comprobar que dicho formulario responda realmente a una situación de desplazamiento.



Si la empresa presenta ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social un formulario A1 emitido por la institución de Seguridad Social del Estado de establecimiento, las situaciones que pueden darse serían las tres siguientes:

- Que no existan dudas sobre la autenticidad del documento A1 presentado, ni sobre su adecuación a una situación real de desplazamiento. En tal caso, el actuante se abstendrá de realizar actuación alguna en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de la posibilidad de controlar las restantes cuestiones relativas a las condiciones de trabajo.
- Que no existan dudas sobre la autenticidad del formulario A1 presentado, pero se considere que la situación analizada no constituye un supuesto de desplazamiento real de trabajadores en el marco de la libre prestación de servicios y que, por ello, el sistema de Seguridad Social aplicable debería ser el español. En tal supuesto, dado que, como ha quedado señalado, la Inspección no puede negar validez a un formulario A1 válidamente emitido por la autoridad competente de un Estado miembro, deberá el actuante remitir un detallado informe con las circunstancias del caso y cuantos elementos resulten procedentes para determinar la naturaleza del supuesto a la Tesorería General de la Seguridad Social, a fin de que por ésta se puedan poner en marcha, si lo estima procedente, los instrumentos de diálogo y conciliación con la institución de origen previstos en la Decisión A1, absteniéndose entre tanto de realizar cualquier otra actuación en materia de Seguridad Social. Una copia de tales informes será remitida también, al mismo tiempo, a la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para su conocimiento y control.
- Que existan dudas sobre la autenticidad del formulario A1 presentado, por apreciarse la posibilidad de una falsificación del mismo. En tal supuesto, se podrá recabar la colaboración de la Oficina de Enlace del Estado miembro de establecimiento, a través de esta Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, poniendo el hecho en conocimiento de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Si la empresa carece de un formulario A1 emitido para el trabajador desplazado por la institución de Seguridad Social del Estado de establecimiento, **o no lo presenta ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tras haber sido requerido para ello**, las situaciones que pueden darse serían las dos siguientes:

- Que, verificada la inexistencia del formulario A1, se aprecie, sin embargo, la posible concurrencia de los requisitos previstos en la legislación comunitaria para considerar la situación como un desplazamiento válidamente efectuado en el marco de la libre prestación de servicios. En tal supuesto, el actuante remitirá a la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social un detallado informe con las circunstancias del caso y cuantos elementos resulten procedentes para determinar la naturaleza del supuesto, a fin de que por ésta se lleven a cabo las gestiones oportunas ante las autoridades competentes del Estado de establecimiento, absteniéndose entre tanto de realizar cualquier otra actuación en materia de Seguridad Social.
- Que, verificada la inexistencia del formulario A1, se aprecie, además, la falta de concurrencia de los requisitos previstos en la legislación comunitaria para considerar la situación como un desplazamiento válidamente efectuado en el marco de la libre prestación de servicios. En tal supuesto, el actuante podrá desarrollar



íntegramente sus competencias en materia de Seguridad Social, del mismo modo que en cualquier otra actuación inspectora en relación con actividades laborales sujetas íntegramente a la legislación española en la materia.

b) En aquellos supuestos en los que España sea país de envío de trabajadores a otro Estado Miembro, las situaciones relevantes que pueden darse son las dos siguientes:

- Que se aprecie la efectiva concurrencia de los requisitos previstos en la legislación comunitaria para considerar la situación como un desplazamiento válidamente efectuado en el marco de la libre prestación de servicios. En tal supuesto, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social desarrollará íntegramente sus competencias en materia de Seguridad Social, del mismo modo que en cualquier otra actuación inspectora en relación con actividades laborales sujetas íntegramente a la legislación española de Seguridad Social.
- Que se aprecie que el desplazamiento no cumple los requisitos previstos en la legislación comunitaria para considerar la situación como un desplazamiento válidamente efectuado en el marco de la libre prestación de servicios y que, por ello, el sistema de Seguridad Social aplicable no debería ser el español. En tal supuesto, el funcionario actuante remitirá a la Tesorería General de la Seguridad Social un detallado informe con las circunstancias del caso y cuantos elementos resulten procedentes para determinar la naturaleza del supuesto, a fin de que por ésta se lleven a cabo las actuaciones que resulten procedentes de conformidad con lo dispuesto en los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009 y en las Decisiones A1 y A2, **absteniéndose entre tanto de realizar cualquier otra actuación en materia de Seguridad Social**. Una copia de tales informes será remitida también, al mismo tiempo, a la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para su conocimiento y control.

4.2.- En lo que afecta a las obligaciones en materia de cotización, la principal situación específica que puede concurrir en el caso de estos trabajadores es la de la eventual falta de correspondencia entre los salarios cotizados en el sistema de origen y aquellos que hayan sido efectivamente abonados o hubieran debido serlo de conformidad con la ley o los convenios colectivos aplicables en el Estado de acogida.

a) En el caso de los trabajadores desplazados a España por empresas establecidas en otros Estados miembros, las posibles actuaciones a este respecto corresponderán lógicamente a las autoridades de dicho Estado miembro, sin perjuicio de la posibilidad a que se hará referencia en el punto siguiente.

b) En el caso de empresas establecidas en España que desplacen a trabajadores a otros Estados miembros, corresponderá a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el ejercicio de sus competencias en relación con las diferencias de cotización que puedan haberse constatado, acreditadas en su caso conforme a lo señalado en el punto 3 del apartado SEXTO.

5. Actuaciones de información administrativa. Como ha quedado señalado, la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con las empresas de otros Estados miembros que desplacen temporalmente trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios se circunscribe a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones de la Ley 45/1999, así como de las disposiciones específicas de la Ley 14/1994, en el caso de las empresas de trabajo temporal, y, en los términos señalados en los apartados anteriores, de las disposiciones de los reglamentos comunitarios de Seguridad Social. En consecuencia, dicha competencia se



extiende únicamente a la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y el respeto de las condiciones de trabajo mínimas recogidas en dichas disposiciones.

El control del cumplimiento de condiciones de trabajo distintas a las recogidas en la Ley española, o de condiciones superiores a las que pudieran tener derecho los trabajadores desplazados conforme a la ley aplicable a su contrato de trabajo, así como el del correcto cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social en el Estado de establecimiento corresponden íntegramente a las autoridades de dicho Estado. Ello no obsta para que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pueda poner en conocimiento de dichas autoridades los hechos y situaciones que haya podido detectar en relación con tales cuestiones en el ejercicio de su actuación inspectora, a los efectos que resulten oportunos, lo que se llevará a cabo remitiendo el correspondiente informe a esta Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para su traslado a las autoridades competentes.

6. La cooperación administrativa internacional y el sistema IMI. La cooperación administrativa internacional contemplada en el artículo 4 de la Directiva 96/71, así como en los artículos 6 y siguientes de la Directiva 2014/67, exige a la ITSS atender las solicitudes que remiten las autoridades de otros Estados miembros de la UE y del EEE con competencias equivalentes en materia de vigilancia de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores desplazados.

Estas solicitudes de cooperación se canalizan a través del Sistema de Información del Mercado Interior (sistema IMI), aplicación informática de la Comisión Europea que cumple con las exigencias de la normativa europea para el intercambio de datos.

Del mismo modo, a través de este sistema 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. E, igualmente, con la misma finalidad, solicitudes de cooperación a los Estados miembros de acogida en relación con la actividad de empresas españolas que hayan desplazado temporalmente trabajadores a dichos Estados miembros.

Las solicitudes de cooperación que se reciben en la Dirección General a través del sistema IMI y que requieren la práctica de actuaciones inspectoras son remitidas a las Inspecciones Provinciales. En las solicitudes se incluye, además de la relación de preguntas formuladas y los datos facilitados sobre la empresa que desplaza y los trabajadores desplazados, el plazo que asume la ITSS para contestar a la autoridad solicitante. Según está previsto en el artículo 6.6.b) de la Directiva 2014/67, el plazo para facilitar la información solicitada no deberá exceder de 25 días hábiles, sin perjuicio de casos en los que corresponda un plazo más corto. A este respecto, la Comisión Europea viene aplicando sistemas para alertar sobre situaciones de pendencia en la respuesta a las solicitudes formuladas.

Por ello, resulta imprescindible que las órdenes de servicio generadas para atender estas solicitudes de cooperación, se tramiten y concluyan con la debida urgencia, de manera que la respuesta de la ITSS pueda enviarse a la autoridad requirente, a la mayor brevedad y dentro del plazo establecido. Considerando la premura que exige la comunicación de los informes que elaboren las Inspecciones Provinciales en respuesta a las preguntas planteadas, se hace necesario que, en todo caso, dichos informes se avancen por correo electrónico a la Dirección General<sup>48</sup>.

Además del marco de cooperación administrativa internacional establecido por las Directivas 96/71 y 2014/67, resulta también posible la tramitación de solicitudes de colaboración en el ámbito de los acuerdos de colaboración específicos firmados por las Autoridades Centrales de la



Inspección de Trabajo<sup>49</sup>. Cuando existan tales acuerdos, las peticiones de colaboración se realizarán según los términos contemplados en los mismos, sin perjuicio de utilizar para su tramitación, en la medida de lo posible, el propio sistema IMI<sup>50</sup>.

Madrid, 15 de junio de 2016

EL DIRECTOR GENERAL  
AUTORIDAD CENTRAL  
DE LA INSPECCION DE TRABAJO  
Y SEGURIDAD SOCIAL

José Ignacio Sacristán Enciso

SRES. SUBDIRECTORES GENERALES, DIRECTOR ESPECIAL, DIRECTOR DE LA ESCUELA, DIRECTORES TERRITORIALES Y JEFES DE INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.



<sup>1</sup> Ley 45/1999, de 29 de noviembre (BOE, 30), sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

<sup>2</sup> El Sistema IMI está regulado por el Reglamento (UE) nº 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI) (DO L 316 de 14.11.2012).

<sup>3</sup> Reglamento (CE) nº 883/2004, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166 de 30.4.2004).

<sup>4</sup> Reglamento (CE) nº 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) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L284 de 30.10.2009).

<sup>5</sup> 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 (DO L 18 de 21.1.1997).

<sup>6</sup> 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) (DO L 159 de 28.5.2014).

<sup>7</sup> Un extracto de las sentencias citadas más adelante, las disposiciones legales de aplicación y otros documentos de interés, pueden consultarse en el Foro de Conocimiento de la ITSS.

<sup>8</sup> Los Estados miembros de la Unión Europea son los siguientes: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía y Suecia.

<sup>9</sup> Además de los Estados citados en la nota anterior, son miembros del EEE Islandia, Liechtenstein y Noruega.

<sup>10</sup> Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. BOE 27 noviembre 2009, núm. 286; rect. BOE 1 junio 2010, núm. 133; BOE 16 febrero 2010, núm. 41.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia CE, asunto C-43/93, Vander Elst contra OMI, asunto C-164/99, Portugaia Construções, y asunto C-445/03, Comisión contra Luxemburgo, entre otras.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia CE, asunto C-279/80, A. J. Webb, y asunto C-279/00, Comisión contra Italia.

<sup>13</sup> Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE, 2), por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

<sup>14</sup> A lo largo de este Criterio se utilizan los términos Estado de establecimiento, para referirse al país de origen o de establecimiento de la empresa que presta los servicios y desplaza a los trabajadores, y Estado de acogida, o país en el que se lleva a cabo la prestación de servicios, acogiendo con ello la terminología de la Directiva 2014/67. En la normativa de Seguridad Social se suelen utilizar, en lugar de las señaladas, las expresiones Estado de envío y Estado de empleo.

<sup>15</sup> No deben confundirse los supuestos de desplazamiento de trabajadores para la realización de una prestación de servicios con otros supuestos de prestación laboral en los que puede concurrir un elemento transnacional. Así, por ejemplo, el art. 11.4 del Reglamento 883/2004, tras señalar que, con carácter general, una actividad laboral desarrollada a bordo de un buque que enarbole un pabellón de un Estado miembro se considera ejercida en dicho Estado miembro, establece que, no obstante, si la persona que ejerce esa actividad es remunerada por la misma por



una empresa o una persona que tenga su sede o domicilio en otro Estado miembro estará sujeta a la legislación de este otro Estado, si tiene en él su domicilio.

<sup>16</sup> Para el caso de empresas ficticias o aparentes, véase en el Foro del Conocimiento la Instrucción conjunta de 5 de marzo de 2013 de la Dirección General de la TGSS y la Dirección General de la ITSS sobre detección, anulación y seguimiento de las inscripciones de empresas y altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social indebidas por su carácter ficticio y fraudulento. Igualmente, la "Guía de actuación sobre detección, anulación y seguimiento de las inscripciones de empresas y altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social indebidas por su carácter ficticio y fraudulento", de la Dirección General de la ITSS (2014).

<sup>17</sup> Sentencia TS de 17 diciembre 2001 (RJ 2002\3026); sentencia TS de 25 mayo 2004 (RJ 2004\5027); sentencia TS de 26 abril 2004 (RJ 2004\3377); sentencia TS de 26 noviembre 2003 (RJ 2003\9116), entre otras.

<sup>18</sup> Art. 14.4 del Reglamento (CE) nº 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) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L284 de 30.10.2009).

<sup>19</sup> En este sentido, véase el informe de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 26 de septiembre de 2014 en relación con la cuestión de los músicos y directores de orquesta de otros Estados contratados para actuaciones puntuales en España.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia CE, asunto C-445/03, Comisión contra Luxemburgo.

<sup>21</sup> A diferencia de lo que sucede en materia de Seguridad Social respecto de la posibilidad de mantener la legislación de Seguridad Social del Estado de establecimiento en tales supuestos de desplazamiento, en el que se fija el límite de dos años, prorrogable en determinados supuestos (Reglamento CE 883/2004).

<sup>22</sup> Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177, de 4.7.2008).

<sup>23</sup> Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (80/934/CE) (DO L 266 de 9.10.1980).

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia CE, asunto C-43/1993, Vander Elst.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia CE, asunto C-113/1989, Rush Portuguesa.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia CE de 21 de octubre de 2004. Asunto C-445/03, Comisión contra Luxemburgo.

<sup>27</sup> Art. 22 de la Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE, 2), por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia CE, asunto C-445/03, Comisión contra Luxemburgo.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia UE de 7 de noviembre de 2013, Asunto: C-522/12, Tevfik Isbir contra DB Services GmbH

<sup>30</sup> Sentencia Tribunal de Justicia UE, de 12 de febrero de 2015, Asunto C-396/13, Sähköalojen ammattiliitto ry contra Elektrobudowa Spółka Akcyjna.

<sup>31</sup> Decisión N° A2, de 12 de junio de 2009, de la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) nº 883/2004, del Parlamento y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente (DO C 106, de 24.4.2010). Una "Guía práctica sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza", elaborada por la Comisión Europea, puede consultarse en la siguiente dirección:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=868>

<sup>32</sup> Merece especial atención la previsión contenida en el apartado 4 de la Decisión N° A2, según la cual las disposiciones del art. 12.1 del Reglamento 883/2004 no se aplicarán, o dejarán de aplicarse, en particular:

- 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;
- 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.

<sup>33</sup> En España este formulario se solicita mediante el modelo TA300.

<sup>34</sup> No es obligatorio que la solicitud de mantenimiento de la seguridad social del Estado de establecimiento se haya realizado con anterioridad al desplazamiento, sino que puede remitirse durante el mismo o incluso una vez finalizado, en un plazo razonable. En consecuencia, la ausencia del formulario A1 puede constituir un indicio de una situación irregular en materia de Seguridad Social, pero no es en sí misma determinante.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia CE, asunto C-202/97, Fitzwilliam Executive Search Ltd.

<sup>36</sup> La Decisión N° A1, de 12 de junio de 2009, de la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social, establece un procedimiento de diálogo y conciliación sobre la validez de los documentos, la determinación de la legislación aplicable y el abono de prestaciones de acuerdo con el Reglamento (CE) n° 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo (DO C106, de 24.4.2010).

<sup>37</sup> Informe de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 25 de mayo de 2015.

<sup>38</sup> Disposición adicional primera de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre (BOE, 30), sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

<sup>39</sup> Artículo 8 de la Ley 45/1999. El RDL 5/2000 establece como sujetos responsables "Los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa legal que regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, respecto de las condiciones de trabajo que deben garantizar a dichos trabajadores" (artículo 2.11).

<sup>40</sup> Art. 11.1 de la Directiva 2014/67.

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia CE, asunto C-369/96 y C-376/96, J.C. Arblade.

<sup>42</sup> Art. 9 de la Directiva 2014/67.

<sup>43</sup> Art. 10.4 RDL 5/2000. "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, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, 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. La tipificación de dichas infracciones, su calificación como leves, graves y muy graves, las sanciones y los criterios para su graduación, se ajustarán a lo dispuesto en la presente Ley".

<sup>44</sup> Art. 10.1, 2 y 3 RDL 5/2000. "1. Constituyen infracciones leves 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. 2. Constituye infracción grave la presentación de la comunicación de desplazamiento con posterioridad a su inicio. 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".



<sup>45</sup> Disposición adicional segunda de la Ley 45/1999.

<sup>46</sup> Disposición Adicional 1ª de la Ley 45/1999.

<sup>47</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (BOE, 12; rect. BOE, 24), de derechos y libertades de extranjeros en España y su protección social.

<sup>48</sup> Estas comunicaciones se deberán enviar a:

[internacionaldgitss@meyss.es](mailto:internacionaldgitss@meyss.es)

<sup>49</sup> Art. 21.2 de la Directiva 2014/67: "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>50</sup> Art. 21.3 de la Directiva 2014/67: "En el contexto de los acuerdos o convenios bilaterales a los que se refiere el apartado 2, las autoridades competentes de los Estados miembros utilizarán, en la medida de lo posible, el IMI. En cualquier caso, cuando una autoridad competente de uno de los Estados miembros en cuestión haya utilizado el IMI, éste deberá utilizarse en lo sucesivo, en la medida de lo posible, para todo seguimiento que fuera necesario".