

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Jorge Baquero Aguilar (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Maddalena Magni (*Italia*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Francesco Nespoli (*Italia*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Coordinador de este número de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO

Miguel Basterra Hernández

Profesor Contratado Doctor
Depto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante (España)

ÍNDICE

Miguel Basterra Hernández , <i>Introducción al número por parte del Coordinador</i>	1
--	----------

Artículos

Mireia Llobera , <i>Empresas ficticias y fraude social en la Unión Europea: nuevas normas y estrategias</i>	10
--	-----------

Óscar Contreras Hernández , <i>Empresas buzón y forum shopping: ¿puede una ETT explotar las diferencias entre sistemas de seguridad social en la UE?</i>	43
---	-----------

Luis Enrique Nores Torres , <i>El Reglamento (UE) 2020/1783 sobre obtención de pruebas en el extranjero y su traslación al proceso laboral</i>	66
---	-----------

Paz Menéndez Sebastián , <i>Trabajadores españoles de Estados extranjeros y organizaciones supranacionales con sede/oficina en territorio nacional. ¿La inmunidad de jurisdicción como pretexto para esquivar las reclamaciones laborales?</i>	101
---	------------

Ángela Martín-Pozuelo López , <i>La coordinación comunitaria de Seguridad Social: desafíos para el año 2022</i>	159
--	------------

Javier Fernández-Costales Muñiz , <i>Trabajadores migrantes. La prevención de los nuevos riesgos laborales en los desplazamientos internacionales.</i>	188
---	------------

Dolores Carrascosa Bermejo , <i>Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE</i>	217
--	------------

Francisca Bernal Santamaría , <i>Análisis de la normativa a la luz del Convenio OIT C188 sobre el trabajo en la pesca</i>	250
--	------------

II

Comentarios

Francisco Ramos Moragues, *El desplazamiento transnacional de trabajadores tras el “nuevo” equilibrio instaurado por la Directiva (UE) 2018/957 (a propósito de las SSTJUE 8 diciembre 2020, asuntos C-620/18 y C-626/18)*..... **275**

Eduardo Enrique Taléns Visconti, *La competencia judicial para conocer sobre el despido de personas trabajadoras que prestan servicios para organismos internacionales con sede en España* **295**

Reseñas Bibliográficas

Delyana Milenova Koseva, *La relación laboral de los deportistas profesionales*, por Miguel Basterra Hernández..... **308**

Óscar Requena Montes, *Controversias laborales en torno a los grupos de empresas*, por Carolina Blasco Jover..... **313**

Monica Ricou Casal, Paloma Victoria de la Torre Contreras, *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, por Djamil Tony Kabale Carrillo (dir.)..... **318**

Introducción al número por parte del Coordinador

El presente n. 2/2022 de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, que me ha brindado el privilegio de trabajar con reputados autores de la disciplina *iuslaboralista* y a la sazón queridos amigos, encarna con toda fidelidad algunos de los objetivos fundacionales y propositivos de esta prestigiosa publicación. En efecto, ya el propio título de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* plasma la certera convicción de que el mercado de trabajo, sus dinámicas económicas y las estructuras jurídicas que lo sujetan están fuertemente impregnados por la globalización. Como se sabe, distintos factores – históricos, sociales, tecnológicos y políticos – han dado lugar a un proceso continuo de globalización de economías, mercados y culturas. Y, en este escenario, la irrupción de las empresas multinacionales, con sus *cadena mundiales de producción*, ha provocado la sustitución de las tradicionales fronteras nacionales por un mapa laboral global¹; aunque, mientras las fronteras físicas y geográficas se han difuminado, lo que propicia la movilidad transnacional de trabajadores, el régimen jurídico de los mercados de trabajo sigue siendo – en esencia – nacional, con todas las dificultades que aparecen entonces².

Pero es que, además, todos los retos y desafíos de índole social, económica y jurídica que plantea con carácter general y global la movilidad transnacional de trabajadores incrementan su intensidad³ y complejidad en el ámbito comunitario, por cuanto el proyecto europeísta exige aquí un delicado equilibrio entre las libertades de establecimiento y prestación de servicios y circulación de trabajadores, por un lado, y la necesidad de

¹ W. SANGUINETI RAYMOND, *Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 23 ss.

² J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores. Los retos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*, Reus, 2018, p. 17.

³ Véase, a este respecto, el completísimo informe de D. CARRASCOSA BERMEJO, Ó. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *Posted Workers from and to Spain. Fact and Figures*, POSTING.STAT, 2022 (versión en español: [Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras](#)).

contener la competencia desleal y el *dumping social*, por otro. En efecto, tal y como apunta el propio TJUE en alguna de sus más recientes sentencias, el desplazamiento de trabajadores entre Estados miembros debe conjugar, por un lado, la lógica de la libre prestación de servicios en el mercado interior, conforme a la cual debieran limitarse las restricciones que impidan a una empresa de un Estado miembro con menores costes laborales desplazar a sus trabajadores para prestar servicios en otro Estado miembro con mayores costes laborales; pero, desde el otro lado, también debe ponderarse la lógica de la protección de las condiciones laborales y sociales de los trabajadores desplazados temporalmente y también la necesidad de evitar que las empresas que se desplazan desde los países de menores costes laborales compitan de forma desleal con las empresas del Estado de destino, para todo lo cual los Estados de destino pretenden que esos trabajadores se sometan a las mismas normas laborales que el resto de personas que trabajan en su territorio.

Tales tensiones políticas son las que jalonan la Directiva (UE) 2018/957 – que se traspuso en España a través del RD-Ley 7/2021, de 27 de abril –, cuyos objetivos transversales podrían sintetizarse en aumentar las garantías en la equiparación de sus condiciones de trabajo respecto a los trabajadores contratados *ab initio* en el país de prestación de los servicios e implementar el control antifraude. Es precisamente ahí donde emergen las, así llamadas, *empresas buzón*, que, sin una actividad económica real en el país en que ubican formalmente su sede, se sirven fraudulentamente de la figura de los desplazamientos transnacionales para eludir las normas que resultarían de aplicación y abaratar así costes salariales, tributarios y de Seguridad Social. Sobre estas *empresas buzón* y las normas y estrategias vigentes para neutralizar su actividad fraudulenta reflexiona la Profesora Mireia Llobera en un artículo doctrinal que se erige en referencia inmediata en la materia. El trabajo aborda este fenómeno y su problemática desde un prisma omnicomprendivo, que abarca desde los postulados ético-teóricos subyacentes en la legislación hasta un estudio crítico, sistemático y exhaustivo de toda la normativa de referencia, tanto general como particular para supuestos como el transporte por carretera o las transformaciones empresariales transfronterizas, y que termina con unas interesantísimas conclusiones finales. En ellas, Llobera ofrece un valioso elenco de propuestas a nivel de políticas públicas para regular y controlar el fenómeno de las empresas buzón, al tiempo que advierte de los principales riesgos que se otean en el horizonte, como los derivados, por ejemplo, de la ausencia generalizada de convenios colectivos para el sector del transporte por carretera en los “nuevos” Estados miembros de la Europa Oriental, o también de la reforma del derecho de sociedades comunitario en el sentido

de permitir las transformaciones empresariales, lo que a su vez puede favorecer la multiplicación de empresas buzón.

Este fenómeno fraudulento de las empresas buzón encuentra un limo especialmente fecundo para su germinación entre las ETT. Y es que, en efecto, no resulta infrecuente que trabajadores desplazados en el marco de una puesta a disposición transnacional vía ETT queden sujetos a un sistema nacional de seguridad social (el del país de origen) con unos costes y nivel de protección inferiores, pero un perfil más atractivo para la empresa cedente; incluso cuando la ETT no lleve a cabo, en realidad, actividad productiva sustancial en el país en que se ha establecido formalmente. Esta cuestión, sus contornos y posibles soluciones de control a la luz de la normativa vigente y los desarrollos interpretativos del TJUE son abordados por el Profesor Óscar Contreras Hernández, que arranca su trabajo con un fastuoso análisis gráfico-económico de las cifras en que se mueve hoy en día el número de personas desplazadas por ETT en el mercado interior. A continuación, trata el marco normativo que determina la ley de seguridad social aplicable en estos supuestos. Y, de seguido, examina con toda profundidad el relevante caso *Team Power Europe* (asunto C-784/19), donde la respuesta del TJUE y el nuevo escenario resultante de la Directiva (UE) 2018/957 permiten a Contreras Hernández extraer pautas interpretativas sobre las que contener, en la práctica, que las ETT incurran en establecimientos de conveniencia con la única finalidad de ahorrar costes sociales con la consiguiente infra protección de los trabajadores desplazados.

Ciertamente, la nueva Directiva (UE) 2018/957 y su correspondiente interpretación por parte del TJUE estrechan algunas de las principales grietas por las que se filtran aquellas prácticas tendentes a socavar las garantías laborales con que el legislador comunitario trata de abrigar a los trabajadores desplazados. Sin embargo, como resultaba incluso esperable, las economías de menores costes han planteado un enconado combate frente a la Directiva (UE) 2018/957, ante el temor de perder o al menos ver rebajada su ventaja competitiva frente a las prestadoras de servicios de los Estados más potentes de la UE. Así, Hungría y Polonia presentaron sendos recursos de anulación frente a la nueva Directiva, que serían respectivamente desestimados por las SSTJUE de 8 de diciembre de 2020 (asuntos C-620/18 y C-626/18). Estas dos cruciales sentencias son minuciosamente desgranadas por el Profesor Francisco Ramos Moragues en su comentario jurisprudencial, que se ubica, por tanto, en el apartado de *Comentarios*. Dicho trabajo, que arranca con el análisis socio-jurídico del complejo equilibrio entre la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores desplazados, examina con todo detalle y profundidad los

motivos en los que se amparan las pretensiones formuladas por estos Estados y el consiguiente recorrido argumental del que se sirve la Corte de Luxemburgo para refutarlas. Y, así, como bien concluye Ramos Moragues, la Directiva (UE) 2018/957 y su interpretación por parte del TJUE suponen una viraje o corrección en el rumbo que en los últimos tiempos se venía dando de la libre prestación de servicios, que ahora se reconcilia con la garantía de una protección social adecuada; pues, aunque la Directiva de 2018 sigue tratando de garantizar la libre prestación de servicios, se refuerza la protección de los trabajadores desplazados con unas condiciones más equitativas.

Otro de los principales espacios de análisis y debate que se abren ante la internacionalización de las relaciones laborales es el de qué órgano jurisdiccional ostenta la competencia cuando el conflicto planteado presenta un factor de internacionalidad; y lo cierto es que la relevancia de esta temática se acrecienta sobremanera en el marco comunitario, pues la coordinación de los sistemas judiciales del conjunto de Estados miembros se erige en un instrumento fundamental para el correcto funcionamiento del mercado interior. Dentro ya de ese amplio espectro, encontraríamos todas aquellas cuestiones relacionadas con la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito particular de la obtención de pruebas, donde, entre otros problemas, se plantea qué ocurre con la obtención y práctica de la prueba cuando el material probatorio radique en país distinto de aquél en el que se está tramitando el litigio. Y a este respecto ha de tomarse en consideración que la tutela judicial efectiva, con reconocimiento de derecho fundamental tanto a nivel internacional como interno, ha de entenderse vulnerada cuando haya habido una denegación arbitraria de la *prueba internacional* solicitada o una práctica defectuosa de la misma, en la medida en que haya generado indefensión a la parte; lo que podría dar lugar a la eventual nulidad de actuaciones o, al límite, la posibilidad de recurrir en amparo. Además, esta materia se encuentra hoy de máxima actualidad, toda vez que, a partir del próximo 1 de julio de 2022, la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil será objeto de las reformas operadas por el Reglamento (UE) 2020/1783. Y, aunque esta normativa y la jurisprudencia resultante tomen como referente los conflictos civiles y comerciales, sus desarrollos resultan extensibles al proceso laboral; lo que, sin embargo, genera problemas interpretativos y aplicativos específicos. Pues bien, a todas estas cuestiones dedica el Profesor Luis Enrique Nores Torres un magnífico trabajo, de ineludible consulta en esta materia, titulado *El Reglamento (UE) 2020/1783 sobre obtención de pruebas en el extranjero y su traslación al proceso laboral*.

También se sitúa en el terreno del derecho procesal laboral *internacional* el extraordinario artículo de la Profesora Paz Menéndez Sebastián, que lleva por título *Trabajadores españoles de Estados extranjeros y organizaciones supranacionales con sede/oficina en territorio nacional. ¿La inmunidad de jurisdicción como pretexto para esquivar las reclamaciones laborales?* Como se sabe, el personal adscrito a las embajadas y consulados en el extranjero, así como también a las sedes de los organismos supraestatales o internacionales, se rige por un marco jurisdiccional particular, cuyo máximo exponente es sin duda la inmunidad de jurisdicción. La cuestión es que, de un tiempo a esta parte, se aprecia una clara tendencia de estas instituciones a invocar esa inmunidad de jurisdicción para esquivar reclamaciones laborales formuladas por sus empleados “no especiales”, lo que da lugar a un preocupante nicho de desprotección. Pues bien, al hilo de esta problemática, la Profesora Menéndez Sebastián acomete, en primer término, un profundo análisis de los presupuestos y fundamentos de esta inmunidad de jurisdicción, así como de su regulación positiva en el marco comunitario e internacional y en nuestra LO 16/2015. Y, a partir de estas bases, procede a examinar con todo rigor la más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, con una atención especial a las sentencias de 14 de febrero de 2020 (Rec. 82/2017), sobre despido de una empleada española de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico en España; de 29 de abril de 2021 (Rec. 2495/2019), respecto del despido de un empleado de la Embajada de la República de Indonesia; y de 21 y 22 de abril de 2021 (Rec. 4123/2018 y Rec. 2740/2018), respectivamente, sobre demanda por despido dirigida frente a una empresa domiciliada en España, alegándose la existencia de cesión ilegal entre esta y la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO). Procesos, todos estos, en los que las organizaciones supranacionales y Estados extranjeros demandados intentaron parapetar tras la inmunidad de jurisdicción su pretensión de sustraer del conocimiento de los jueces españoles las reclamaciones sociales planteadas, pese a tratarse de trabajadores domiciliados en España y cuya actividad laboral, a todos los efectos “ordinaria”, se había desarrollado en nuestro territorio; pero, sin embargo, en todos los casos el ardid procesal de las demandadas fue neutralizado el Supremo. Y, como cierre conclusivo, Menéndez Sebastián advierte que, aunque no quepa sino celebrar la capacidad de nuestro Alto Tribunal para mantener los procesos laborales ordinarios al margen la inmunidad de jurisdicción, por más que las demandas así lo aleguen sistemáticamente, el cauce jurídico argumental del que se sirve la Sala IV no es el idóneo, por cuanto lo más correcto y conveniente hubiera sido fundar esa misma resolución no en el arduo peregrinaje de la LO 16/2015 al que se obliga el Supremo, sino

directamente en el propio Reglamento (UE) n. 1215/2012; postura que Paz Menéndez Sebastián sostiene con la máxima solvencia y de forma transversal a lo largo de todo este trabajo.

Esta misma temática es también abordada, ahora desde la óptica del análisis jurisprudencial – apartado de *Comentarios* –, por el Profesor Eduardo Enrique Taléns Visconti, que se centra en las SSTS de 21 y 22 de abril de 2021. El trabajo disecciona con todo detalle y claridad la problemática subyacente, el supuesto de hecho y las consecuencias aplicativas de estas cruciales sentencias; en torno a las cuáles Taléns Visconti concluye con acierto que la clave interpretativa a la hora de aplicar la inmunidad de jurisdicción radica en la tipología de las funciones a desempeñar por el personal afectado, y solo podrán entenderse incluidos en esta excepción jurisdiccional aquellos cargos de una categoría tal que pudiese comprometer o menoscabar los intereses o la seguridad del órgano empleador.

El Derecho de la Seguridad Social es, cómo no, otro de los grandes campos en los que el proceso de internacionalización del trabajo plantea importantes interrogantes. Y es que, en efecto, cuando se presenta un conflicto de leyes en materia de Seguridad Social, resulta crucial determinar qué país resulta competente en cada caso para exigir las obligaciones pertinentes a los sujetos que corresponda, reconocer, proveer y gestionar una determinada cobertura de Seguridad Social, o resolver ante qué órganos y de qué país deben cumplir sus obligaciones y reclamar sus derechos en materia de Seguridad Social los afectados o interesados. Desde luego, tales cuestiones adquieren una relevancia inusitadamente elevada en el marco comunitario, por cuanto la libre circulación de ciudadanos y trabajadores multiplica de forma exponencial toda esta problemática. Pero, más allá de que la coordinación comunitaria en materia de Seguridad Social sea una cuestión consustancial a la Unión Europea y ya con un largo recorrido, lo cierto es que en este preciso momento encontramos algunos desafíos de nuevo cuño. Pues bien, sobre los más recientes interrogantes aparecidos en este terreno, la Profesora Ángela Martín-Pozuelo López nos ofrece un interesante artículo doctrinal en el que aborda los principales desafíos que enfrenta la coordinación comunitaria en materia de Seguridad Social en este 2022, tras la culminación del proceso del Brexit y la irrupción de la pandemia desatada por el Covid-19, que se concretarían en, por un lado, la galopante proliferación del trabajo en varios Estados miembros y, en paralelo, la posible consolidación del teletrabajo como nueva forma de prestación transnacional de servicios; todo ello en un escenario que, probablemente, nos sitúe ya en un nuevo paradigma de movilidad en el trabajo.

Por último, un terreno en el que inciden tanto las condiciones de trabajo,

como la cobertura en materia de Seguridad Social y, llegado el caso, el derecho procesal es el de la Prevención de Riesgos Laborales. Y es que el desplazamiento transnacional de trabajadores implica un incremento potencial de los riesgos laborales, pues las obligaciones preventivas pueden llegar a verse diluidas o matizadas en algunos supuestos, lo que explica que la Unión Europea haya mostrado tradicionalmente una evidente preocupación por la seguridad y salud laboral de los trabajadores desplazados que ha ido viéndose incrementada con el paso del tiempo. Pues bien, a este respecto, el Profesor Javier Fernández-Costales Muñiz nos ilustra con un artículo doctrinal en el que desgrana de un modo sistemático y clarificador cuáles son, a la luz de la normativa comunitaria y la normativa interna, las obligaciones preventivas durante el desplazamiento, tanto para la empresa de origen como para la de destino.

En fin, más allá de que todas estas materias que se vean afectadas con carácter general en cualquier supuesto de desplazamiento, encontramos ciertos sectores de la actividad o formas de trabajo en los que el elemento transnacional deviene prácticamente consustancial, lo que obliga a analizar su problemática de un modo particularizado. Esto es, precisamente, lo que ocurre con relación al *teletrabajo internacional*. En efecto, el *teletrabajo interactivo* permite trabajar telemáticamente desde cualquier lugar del mundo como si fuese en la propia oficina; lo que puede generar incertidumbre sobre la ley de Seguridad Social aplicable, ya que no existe una norma de conflicto *ad hoc* para este supuesto de trabajo virtual en las normas de coordinación internacional ni tampoco en los propios Reglamentos de coordinación comunitarios, a pesar de sus evidentes peculiaridades respecto del trabajo físico tradicional. Pues bien, la Profesora Dolores Carrascosa Bermejo explora en un magnífico artículo doctrinal las distintas soluciones aplicativas que podrían anclarse en el marco normativo vigente. Mientras que, ya de cara a las posibles soluciones de futuro, Carrascosa Bermejo aboga por una reinterpretación actualizada de la *lex loci laboris* que condujese a aplicar la ley del lugar donde se ubica la empresa y no la del lugar donde se encuentra *físicamente* el teletrabajador; siempre y cuando, eso sí, se adoptasen las debidas cautelas para evitar el *dumping social*, exigiendo a la empresa la realización de una actividad sustancial en ese Estado de establecimiento.

Y, por su parte, la Profesora Francisca Bernal Santamaría examina, en su artículo doctrinal, la singular problemática referida al trabajo en la pesca, principalmente bajo el foco del Convenio OIT C188, pero sin dejar de lado la legislación comunitaria e interna. A lo largo de su trabajo, Bernal Santamaría identifica las grietas de desprotección que se abren en el casco jurídico de estos trabajadores y ofrece las oportunas (y certeras) soluciones

de política legislativa, en especial para alcanzar la correcta y completa transposición de la normativa supranacional en nuestro país.

Sirvan, pues, estas breves líneas para presentar el contenido y estructura del n. 2/2022 de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, que, gracias a la indiscutible calidad de sus trabajos y la trascendental temática que abordan, satisfará con creces el interés de los lectores.

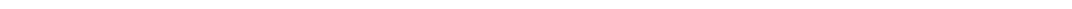
Miguel Basterra Hernández

Profesor Contratado Doctor

Depto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Alicante (España)

Artículos



Empresas ficticias y fraude social en la Unión Europea: nuevas normas y estrategias*

Mireia LLOBERA**

RESUMEN: Las “empresas buzón” son empresas sin actividad económica real en el país donde tiene su sede. Su actividad se desarrolla en otro Estado, que es donde realmente prestan sus servicios, utilizando fraudulentamente la figura de los desplazamientos transnacionales para eludir las normas que resultan de aplicación. Con ello, tratan de eludir costes salariales, tributarios y de Seguridad Social. A fin de evitar la elusión y/o evasión de impuestos y contribuciones sociales por parte de tales empresas, la UE ha puesto en marcha, en fechas recientes, importantes iniciativas legislativas. Así, este trabajo tiene como objetivo fomentar el debate sobre dichas iniciativas legislativas y, en general, sobre el diseño de políticas para la detección y control de las empresas ficticias o “empresas buzón”, a fin de salvaguardar el cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social.

Palabras clave: Empresas ficticias, desplazamiento de trabajadores, *dumping* social, fraude, subcontratación transnacional, transporte por carretera.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Es lícito tener la base principal de actividad en otro Estado miembro? 3. Primera norma española que define una EB. 4. Medidas frente a las EB en materia de Seguridad Social. 5. Nuevas normas frente a las EB en el sector del transporte por carretera. 6. Nuevas normas relativas a las EB en materia de transformaciones empresariales transfronterizas. 7. ¿Cómo abordar las dificultades de aplicación de las normas? 7.1. Control del cumplimiento de los requisitos sustantivos: ¿cómo se pueden detectar las EB? 7.2. ¿Se pueden identificar las EB mediante “*data mining*”? 7.3. ¿Se ha demostrado que la cooperación judicial es relevante? 7.4. Cooperación multiagencia. 7.5. Restricciones a las actividades económicas de las EB. 7.6. Enjuiciamiento criminal. 8. Una evaluación de las medidas preventivas. 8.1. Simplificación de normas y campañas de sensibilización. 8.2. Cadenas de contratación pública y subcontratación. 8.3. Cooperación entre el gobierno y los interlocutores sociales. 9. Lecciones aprendidas. 10. Conclusiones: algunas reflexiones sobre las nuevas medidas comunitarias frente a las EB. 11. Bibliografía.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de Investigación DER2017-83040-C4-2-R, *El desplazamiento de trabajadores*, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, del cual la A. es investigadora principal.

** Profesora Contratada Doctora, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València (España).

Letterbox Companies and Social Fraud in the European Union: New Rules and Strategies

ABSTRACT: Letterbox companies' are companies without real economic activity in the country where they have their headquarters. They develop their activity in other Member States of the European Union, fraudulently using transnational postings to evade the rules that result from application and lower salary, tax and Social Security costs. In order to prevent avoidance and/or evasion of taxes and social contributions by such companies, the EU has recently launched important legislative initiatives. Thus, this work aims to promote debate on these initiatives and on the design of policies for the detection and control of 'letterbox companies', in order to safeguard compliance with labour and Social Security regulations.

Key Words: Letterbox companies, posting of workers, social dumping, fraud, transnational subcontracting, road transport.

1. Introducción

Este trabajo tiene como punto de partida los documentos de trabajo preparados por la autora para la Sexta reunión plenaria de la Plataforma europea contra el trabajo no declarado de 2019, dedicada al análisis de estrategias para hacer frente al fraude social relacionado con empresas ficticias¹. Pues en las últimas décadas, son muchas las empresas europeas las que, apoyándose en las disposiciones de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento transnacional de trabajadores, han deslocalizado sus sedes principales a países de la antigua Europa del Este y utilizan ahora trabajadores contratados allí, acogidos a inferiores costes laborales, y desplazarlos luego para cubrir los mismos servicios que ofrecían antes desde sus propios países. Ciertamente, el fenómeno de la deslocalización de las grandes empresas hacia países de la UE con menos costes de explotación de la actividad, también denominadas “empresas buzón” (EB), se está extendiendo cada vez más en España y otros países de la UE.

Por ejemplo, en el sector transporte en España este tipo de empresas en España ha sido objeto de numerosas actuaciones por parte de la Agencia Tributaria, la Inspección de Transporte y la Inspección de Trabajo. Así, según reza el [Plan de Inspección de Transporte por Carretera 2022](#) «la característica fundamental de las empresas buzón es que se trata de empresas sin actividad económica real en el país donde tiene su sede y donde contratan a las personas trabajadoras, pero con actividad en otros Estados miembros de la Unión Europea donde realmente prestan sus servicios, utilizando fraudulentamente la figura de los desplazamientos transnacionales para eludir las normas que resultan de aplicación y abaratar costes salariales tributarios y de Seguridad Social, con los graves perjuicios que tales prácticas ocasionan»².

Este es sólo un ejemplo de un fenómeno que se ha extendido a prácticamente todos los sectores económicos. En este sentido, el CESE describe las actividades de *dumping* social como «prácticas empresariales que intentan eludir o violan las normas sociales o de acceso al mercado con el fin de obtener una ventaja competitiva, incluidas las actividades de las empresas ficticias»³.

¹ M. LLOBERA, [Sixth plenary meeting of the European Platform tackling undeclared work. Report on tackling letterbox companies](#), European Commission, 2019, y M. LLOBERA, [Tackling letterbox companies: challenges and policy options. Input paper to the thematic discussion](#), European Platform Undeclared Work Plenary Meeting, 12-13 marzo 2019.

² § 3.9, p. 17.

³ [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «El mercado interior del transporte internacional de mercancías por carretera: dumping social y cabotaje»](#)

También hay algunos intentos de definir empresas tipo buzón para combatir el trabajo no declarado a nivel nacional. Por ejemplo, en Austria, el término “empresas ficticias” (*Scheinfirmer*) se refiere a empresas sin activos, con el único propósito de registrar empleados, pero sin la intención de pagar impuestos o hacer contribuciones a la seguridad social. En Estonia, el enfoque es más amplio e incluye tanto situaciones transfronterizas como internas. La “contratación ficticia” está relacionada con prácticas en las que los contratos laborales directos se ocultan detrás de contratos de derecho civil o acuerdos de servicios que implican la creación de sociedades limitadas privadas falsas (*Oü-tamine*), con el fin de evadir impuestos relacionados con el empleo, incluidas las contribuciones a la seguridad social⁴.

La elusión y/o evasión de impuestos y costes sociales por parte de empresas ficticias o EB ha sido objeto de iniciativas específicas a nivel de la UE⁵, complementadas con legislación para fortalecer las normas sobre trabajadores desplazados⁶. Este trabajo tiene por tanto como objetivo fomentar el debate sobre estas iniciativas y sobre el diseño de políticas para la detección y control de las EB, a fin de salvaguardar el cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social. Sin embargo, su alcance no se limita a la aplicación de las normas existentes, también se plantearán cuestiones relacionadas con la creación de un marco jurídico coherente, que incluya medidas legales disuasorias para desalentar las prácticas de las EB, en el marco de los Tratados comunitarios.

Como existen múltiples definiciones de EB, a los fines de esta investigación, partiremos de la base de que una EB es una empresa constituida artificialmente específicamente para la para la elusión y/o evasión de

([Dictamen exploratorio](#)), 17 septiembre 2015, § 1.3.

⁴ P. SANZ DE MIGUEL, F. IUDICONE, I. BILETTA, *Fraudulent contracting of work: Sham companies (Austria, Estonia and Italy)*, Eurofound, 2017, p. 3.

⁵ En marzo de 2015, la Comisión anunció una lista completa de iniciativas en su Plan de acción sobre un sistema de imposición de las sociedades más justo (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, [Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales](#), 17 junio 2015, COM(2015)302 final) y propuso, en el marco del Paquete de lucha contra la elusión fiscal (ATAP, por sus siglas en inglés), aplicar en la Unión la acción 13 del Plan de Acción de la OCDE adoptado por el G20 con objeto de luchar contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés). De resultados de ello, las autoridades tributarias recibirán un informe país por país de las empresas multinacionales (EMN) a propósito del impuesto de sociedades pagado, lo que permitirá incrementar el nivel de cumplimiento de la legislación fiscal.

⁶ Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, por la que se modifica la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios.

impuestos y/o cometer fraude social, perjudicando con ello los derechos legales o contractuales de las personas trabajadoras y de los ciudadanos/as, incluidos sus derechos de seguridad social⁷. Una EB no realiza actividades económicas en el país donde se encuentra su domicilio social y/o no ejerce facultades de gestión, ya que el empleador efectivo de las personas trabajadoras se encuentra en otro Estado miembro. Muy a menudo, el trabajo no declarado en las empresas ficticias tiene una dimensión transfronteriza, que implica a) empleo no declarado, b) salario o tiempo de trabajo declarados de forma insuficiente, c) contribuciones a la seguridad social no declaradas o declaradas de forma insuficiente, d) no declaración de la condición de empleador y/o e) contratos de trabajo falsos.

2. ¿Es lícito tener la base principal de actividad en otro Estado miembro?

Como se ha expuesto, una EB no realiza actividades económicas en el país donde se encuentra su domicilio social, sino que sus actividades principales se encuentran en otro Estado miembro. De modo que lo primero que cabe preguntarse es: ¿esto es lícito a la luz del Derecho comunitario de sociedades?

Para resolver esta cuestión debemos establecer en qué consiste un establecimiento empresarial válido según la legislación de la UE. Con ello determinaremos si es legal tener un domicilio social en un Estado miembro, cuando dicha empresa tiene la base principal de negocios en otro Estado miembro. Como es conocido, el Derecho de la UE garantiza la libertad de establecimiento dentro de la Unión Europea⁸. Sin embargo, la definición de las condiciones que determinan un establecimiento válido de una empresa es una elección libre de la ley de cada Estado miembro⁹. Lo cual incluye varias posibilidades: a) la empresa debe estar registrada en su territorio (Teoría de la Incorporación); b) la empresa necesita tener su administración central en su territorio (sede real); la empresa debe tener su centro de actividad principal en su territorio (requisito sustantivo)¹⁰.

⁷ Para un análisis profundo de la definición de empresas tipo buzón, véase T. HASTINGS, J. CREMERS, *Developing an Approach for Tackling Letterbox Companies*, European Commission, 2017.

⁸ Arts. 49.2 y 54 TFUE.

⁹ STJUE 27 septiembre 1988, asunto 81/87, *The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, puntos 19-21.

¹⁰ Dentro de las competencias de cada Estado miembro, el TJUE sitúa en un mismo pie de igualdad los tres elementos de conexión contenidos en el art. 54 TFUE. *Vid.* STJUE 25

Así pues, la libertad de establecimiento confiere a una empresa la posibilidad de constituirse de conformidad con las leyes de cualquier miembro de la UE, si se cumplen las condiciones estipuladas por su legislación. En consecuencia, si la legislación de un Estado miembro considera lícito tener un domicilio social en un Estado mientras se tiene la base principal de negocios en otro país, también será lícito en virtud del Derecho de sociedades de la UE. En consecuencia, el art. 49 TFUE no exige que la empresa deba tener su domicilio social principal situado en su territorio (requisito sustantivo) quedando esta cuestión a lo que decida cada Estado miembro.

En consecuencia, a falta de uniformización en el Derecho de la Unión, la definición del criterio de conexión que determina el Derecho nacional aplicable a una sociedad es, conforme al art. 54 TFUE, competencia de cada Estado miembro. Dicho artículo considera equivalente el domicilio social (Teoría de la Incorporación), la administración central (sede real) y el centro de actividad principal de una sociedad (requisito sustantivo), como vínculo de esa conexión¹¹.

¿Y que establecen las leyes de los Estados miembros al respecto? Pues bien, aproximadamente la mitad de los Estados miembros de la UE permiten el establecimiento de empresas, aunque sólo tengan una presencia meramente formal o “artificial” en el país de constitución, mientras que la otra mitad exige que las empresas establezcan y mantengan algún tipo de presencia económica en ese Estado miembro¹².

El Derecho de sociedades de los Estados miembros: condiciones que determinan un establecimiento válido

Teoría de la incorporación pura	Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Finlandia, Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Países Bajos, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido
Muy próximos a la Teoría de la Incorporación, pero con matices	Dinamarca, Estonia, Italia, Polonia, Eslovenia, España, Francia
Sede real fuera de la UE/EEE	Alemania, Portugal
Sede real (presunción de que la sede real está en el lugar de constitución)	Luxemburgo, Letonia

octubre 2017, asunto C-106/16, *Procedimiento incoado por Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, puntos 32-35 y jurisprudencia citada.

¹¹ Asunto *Daily Mail and General Trust*, cit., puntos 19-21.

¹² C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E.-P. SCHUSTER, M.M. SIEMS, *Study on the Law Applicable to Companies. Final Report*, European Commission, 2016, pp. 288-289.

Sede real	Austria, Bélgica, Grecia, Rumanía
------------------	-----------------------------------

Adicionalmente, al menos la mitad de los Estados miembros de la UE también exigen que las empresas constituidas en virtud de sus leyes de sociedades establezcan y mantengan algún tipo de presencia económica (**requisito sustantivo**). El nivel de actividad requerido difiere significativamente entre jurisdicciones, y el análisis comparativo revela que existe cierta inseguridad jurídica a ese respecto en varios Estados miembros.

Fuente: elaboración propia basada en Commission Staff Working Document, [Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive \(EU\) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive \(EU\) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions](#), 25 abril 2018, SWD(2018)141 final, Anexo 7, pp. 169-171

3. Primera norma española que define una EB

Ciertamente, una regulación laxa en lo concerniente a las condiciones exigidas para el establecimiento de una empresa puede facilitar el fenómeno de la filiación con fines de *dumping* social¹³. Por ello, en determinadas normas sociales de la UE se ha introducido el requisito sustantivo, excepcionando lo dispuesto en el Derecho de sociedades de la UE.

Este requisito se considera uno de los elementos más disuasorios a la hora de abordar el fraude social asociado a las EB. De ahí que se haya incluido en las normas sociales de la UE que mayor relación tienen con el fenómeno de las EB, como las que regulan el desplazamiento transnacional de trabajadores. Precisamente, Hastings y Cremers han descrito el vínculo entre las empresas ficticias y el trabajo no declarado radica en la contratación transfronteriza de trabajadores desplazados y/o la oferta de mano de obra a través de agencias transnacionales de trabajo temporal y subcontratistas. En estos casos, las personas trabajadoras son canalizados a través de EB, muchas veces no declaradas a las autoridades de seguridad social y/o tributarias¹⁴. Adicionalmente, ello generalmente implica la no declaración del empleador real, el uso de subsidiarias fraudulentas y/o el

¹³ Sobre el fenómeno de la filiación como instrumento de “concentración y descentralización” *vid.* J. MORENO GENÉ, *Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filiación*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.

¹⁴ T. HASTINGS, J. CREMERS, *op. cit.*

registro de falsos trabajadores por cuenta propia o microempresas falsas¹⁵. Así, para efectuar un desplazamiento transnacional de trabajadores, las empresas comunitarias tienen la obligación de mantener su centro de actividad principal en el país donde esté registrada. Este requisito sustantivo se contempla en el art. 4.2 de la Directiva 2014/67/UE¹⁶, que se ha traspuesto en España por el art. 8-*bis*.2 de la Ley 45/1999 de desplazamiento de trabajadores. Conforme a dicha disposición, sólo será posible desplazar trabajadores a otro país si la empresa realiza realmente actividades sustanciales, distintas de las puramente internas de gestión y/o administrativas, en el país en el que tenga su sede social.

Sin embargo, dicho requisito necesitaba aclaración en cuanto a su aplicación por parte de la Inspección. La reciente modificación del art. 10.3.*b* del RDL 5/2000 sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), por parte del RD-Ley 3/2022, de 1º de marzo, ha establecido una definición de EB. Se tipifica así por primera vez como infracción muy grave:

El desplazamiento fraudulento de personas trabajadoras por empresas que no desarrollan actividades sustantivas en su Estado de establecimiento, así como el desplazamiento fraudulento de personas trabajadoras que no desempeñen normalmente su trabajo en el Estado Miembro de origen según lo dispuesto en el artículo 8 bis de la Ley 45/1999.

Para aplicar esta nueva disposición de la LISOS, la Inspección de Trabajo está llamada a evaluar globalmente todos los elementos fácticos que caractericen las actividades de la empresa en su país establecimiento, contemplados en el art. 8-*bis*.2 de la Ley 45/1999 de desplazamiento de trabajadores, y en particular:

- el lugar donde la empresa tiene su domicilio social y administración, usa espacio de oficina, paga impuestos y contribuciones a la seguridad social y, cuando corresponda, de conformidad con la legislación nacional, tiene una licencia profesional o está registrada en las cámaras de comercio o profesional cuerpos;
- el lugar de contratación y de destino de las personas trabajadoras desplazadas;
- la ley aplicable a los contratos celebrados por la empresa con sus trabajadores, por una parte, y con sus clientes, por otra;

¹⁵ D. MINEVA, R. STEFANOV, *Evasion of Taxes and Social Security Contributions*, European Commission, 2018, p. 11.

¹⁶ Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios.

- el lugar donde la empresa realiza su actividad comercial sustancial y donde emplea personal administrativo;
- el número de contratos ejecutados y/o la magnitud del volumen de negocios realizado en el estado miembro de establecimiento, teniendo en cuenta la situación específica de, entre otras, las empresas de nueva creación y las pymes.

La Directiva 2014/67/UE puso en marcha la ejecución transfronteriza de sanciones y/o multas administrativas financieras, lo cual activará la eficacia de esta medida. Adicionalmente, se están desarrollando actuaciones inspectoras basadas en iniciativas existentes de la UE en las áreas de cooperación fiscal. Concretamente, a los efectos de identificar el volumen de negocios realizado en el Estado miembro de establecimiento, pues tal información es fundamental a los efectos del cumplimiento del requisito sustantivo. Las instituciones comunitarias recogen datos sobre *cuánta actividad* empresarial en términos económicos tienen las empresas multinacionales en cada país donde operan. Esto se conoce en el ámbito fiscal como “*public country-by-country reporting*” (CBCR)¹⁷. Igualmente, las inspecciones laborales nacionales se sirven del Business Registers Interconnection System (BRIS), que forma parte del procedimiento revisado y modernizado que ha puesto en marcha la Estrategia para el Mercado Único Digital¹⁸ y el Plan Europeo de Acción sobre Administración Electrónica¹⁹, en lo que respecta al registro de empresas y sucursales y el archivo de información²⁰. El Punto de Acceso Europeo a la interconexión de la empresa nacional (BRIS) está, desde junio de 2017, disponible en el

¹⁷ Directiva (UE) 2021/2101 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2021 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información relativa al impuesto sobre sociedades por parte de determinadas empresas y sucursales.

¹⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa](#), 6 mayo 2015, COM(2015)192 final.

¹⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración](#), 19 abril 2016, COM(2016)179 final.

²⁰ [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre a\) propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva \(UE\) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades \[COM\(2018\)239 final – 2018/0113 \(COD\)\] b\) propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva \(UE\) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas \[COM\(2018\)241 final – 2018/0114 \(COD\)\]](#), 17 octubre 2018, § 3.5.2.

Portal Europeo de e-Justicia²¹.

4. Medidas frente a las EB en materia de Seguridad Social

Las normas de seguridad social de la UE no incluyen un requisito sustantivo en los supuestos de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia en dos o más Estados miembros de forma simultánea o alternativa, regulados en el art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004. Sin embargo, el fraude asociado a las EB aparece con más frecuencia en los casos en que se expiden formularios A1 para el ejercicio de actividades en dos o más Estados miembros, que caso del desplazamiento de trabajadores (cubierto por el art. 12.1 del Reglamento (CE) n. 883/2004, que sí lo contempla).

Por ello, la Comisión Europea ha considerado necesario la extensión del requisito sustantivo también a estos supuestos. El nuevo art. 14.5-*bis*, del Reglamento (CE) n. 987/2009, que ha propuesto la Comisión, es un paso en esa dirección al disponer que «un domicilio social o establecimiento comercial se entenderá como el domicilio social o establecimiento comercial en el que se toman las decisiones esenciales de se adopte la empresa, y cuando se lleven a cabo las funciones de su administración central, siempre que la empresa ejerza una actividad sustancial en ese Estado miembro»²².

Adicionalmente, la Comisión ha propuesto medidas para una ejecución transfronteriza más eficaz del cobro de cotizaciones a la seguridad social. Ciertamente, es necesario que las normas para la asistencia mutua en el cobro de créditos de seguridad social reflejen las nuevas medidas de la Directiva del Consejo 2010/24/UE relativa a la asistencia mutua para el cobro de créditos relacionados con impuestos, derechos y otras medidas, según lo dispuesto en la revisión del Reglamento (CE) n. 987/2009. Concretamente, los nuevos arts. 75-82, 84 y 85-*bis* propuestos tienen por objeto actualizar los procedimientos de recuperación contenidos en el Capítulo III del Título V del Reglamento de aplicación²³.

Sin embargo, las normas de seguridad social revisadas propuestas no incluyen la recuperación de multas; y la recuperación de las cotizaciones puede no ser lo suficientemente punitiva, considerando que la no

²¹ Vid. [Registros mercantiles – buscar una empresa en la UE](#), en [e-justice.europa.eu](#).

²² [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento \(CE\) n. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento \(CE\) n. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), 13 diciembre 2016, COM(2016)815 final.

²³ *Idem*.

declaración y la subdeclaración de las cotizaciones a la seguridad social pueden suponer la evasión de millones de euros. Mientras se implementan tales mecanismos, los acuerdos bilaterales podrían llenar dicho vacío. Por otra parte, la Confederación Europea de Sindicatos (CES) ha informado que el uso del art. 16 del Reglamento (CE) n. 883/2004 puede ser demasiado amplio y, en ocasiones, puede dar lugar a abusos²⁴. Los acuerdos entre Estados miembros basados en el art. 16 del Reglamento (CE) n. 883/2004 se utilizan para establecer excepciones a las normas sobre la legislación aplicable, sujeto a la discrecionalidad de los Estados miembros afectados. Una mayor transparencia con respecto al contenido de estos Acuerdos puede ayudar a disminuir tales preocupaciones. Por último, merece destacarse la próxima creación del Pase Europeo de la Seguridad Social (European Social Security Pass)²⁵ y el desarrollo del Sistema de Intercambio Electrónico de Información sobre Seguridad Social (EESSI) que permitirá a los organismos de seguridad social de toda la UE intercambiar información de forma más rápida y segura. De modo que ambos instrumentos pueden contribuir a medio plazo a abordar los desafíos que presentan las EB.

5. Nuevas normas frente a las EB en el sector del transporte por carretera

En el sector del transporte por carretera también se han establecido nuevas normas frente a las EB. El art. 5, puesto en relación con el art. 3.1.a, del Reglamento (CE) n. 1071/2009²⁶, sobre las condiciones relativas al requisito sustantivo ha sido modificado por el Reglamento (UE) 2020/1055²⁷ para reforzar las medidas frente a las EB. Así se describen estos cambios legislativos en los considerandos 6, 7 y 8 de dicha norma:

²⁴ ETUC, *A hunters game: how policy can change to spot and sink letterbox-type practices*, 2016, p. 75.

²⁵ Destinado a mejorar la portabilidad de los derechos de seguridad social a través de las fronteras a través de la verificación digital de la cobertura y los derechos de seguridad social de los ciudadanos por parte de actores e instituciones competentes. *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *European Social Security Pass*, en ec.europa.eu, 16 junio 2021.

²⁶ Reglamento (CE) n. 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo.

²⁷ Reglamento (UE) 2020/1055 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por el que se modifican los Reglamentos (CE) n. 1071/2009, (CE) n. 1072/2009 y (UE) n. 1024/2012 con objeto de adaptarlos a la evolución del sector del transporte por carretera.

Para combatir el fenómeno de las llamadas “empresas buzón” y garantizar una competencia leal y unas condiciones equitativas en el mercado interior, es necesario garantizar que los operadores de transporte por carretera establecidos en un Estado miembro tengan una presencia real y continua en ese Estado miembro y realizar su actividad de transporte desde allí. Por tanto, ya la luz de la experiencia, es necesario aclarar y reforzar las disposiciones relativas a la existencia de un establecimiento efectivo y estable evitando la imposición de una carga administrativa desproporcionada.

Con ello se trata de abordar la proliferación de las EB en este sector, descrita por la Eurodiputada española Izaskun Bilbao Barandica:

Muchas empresas del sector han localizado sus sedes principales en países de la antigua Europa del Este y utilizan ahora conductores contratados allí para cubrir los mismos servicios que ofrecían desde sus sedes anteriores con costes laborales a veces diez veces inferiores. Las pequeñas y medianas empresas que no utilizan estos procedimientos sufren así una competencia claramente desleal que creo puede calificarse abiertamente de *dumping* en el mercado interior. En España, por ejemplo, más de 6.000 de los 11.000 conductores que atraviesan la frontera realizando portes internacionales están enrolados en este tipo de empresas²⁸.

Para tratar de abordar este problema, el nuevo art. 5 del Reglamento (CE) n. 1071/2009 obliga (entre otras cuestiones) a las empresas en este sector a:

- ejercer efectiva y permanentemente sus actividades administrativas y comerciales con el equipamiento e instalaciones adecuados en los locales, y dirigir efectiva y permanentemente sus operaciones de transporte para las que se utilizan los vehículos, con el equipamiento técnico adecuado, en el Estado miembro en el que estén establecidas;
- organizar la actividad de su parque de vehículos de manera que garantice que los vehículos que estén a disposición de la empresa y se utilicen en transporte internacional regresen a uno de los centros operativos en el Estado de establecimiento al menos dentro de las ocho semanas siguientes a su salida;
- tener a su disposición de forma permanente un número de vehículos y conductores que tengan su base habitual en un “centro operativo” del Estado de establecimiento, en ambos casos en proporción al volumen

²⁸ I. BILBAO BARANDICA, [Pregunta con solicitud de respuesta escrita E-002369-16 a la Comisión, Artículo 130 del Reglamento](#), Preguntas parlamentarias, 21 marzo 2016.

de las operaciones de transporte realizadas por la empresa. Estas reglas son probablemente el esfuerzo de mayor alcance del derecho de la Unión frente a las EB. Pues es evidente que el requisito sustantivo del nuevo art. 5 del Reglamento (CE) n. 1071/2009 establece criterios más amplios que los contemplados por el art. 4.2 de la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de trabajadores. De modo que legislador comunitario podría valorar extender esta fórmula a otras situaciones transfronterizas²⁹.

6. Nuevas normas relativas a las EB en materia de transformaciones empresariales transfronterizas

En 2017, en la trascendental Sentencia *Polbud*³⁰, el TJUE reconoció el derecho de las empresas europeas a «trasladar su domicilio social a otro país, incluso si esa empresa realiza su actividad principal, si no la totalidad, en el primer Estado miembro»³¹. Esta jurisprudencia, que impide que los Estados apliquen el requisito sustantivo cuando tales empresas trasladen su sede social a su territorio (no cuando se constituyan *ex novo*), se ha codificado en la Directiva (UE) 2019/2121³².

Hay que tener en cuenta que antes de la Directiva (UE) 2019/2121, más de la mitad de los Estados miembros prohibían este tipo de transformaciones transfronterizas (“conversiones”)³³, para evitar el riesgo de que estas se utilicen de forma indebida, en particular, para establecer EB o estructuras ficticias con fines abusivos o fraudulentos.

Lo cierto es que la Directiva (UE) 2019/2121 ha introducido ciertas

²⁹ Para un análisis más en profundidad, M. LLOBERA, [La respuesta europea a las “empresas buzón”: normas y jurisprudencia en el ámbito social, tributario y de transporte](#), en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n. 2.

³⁰ *Vid.* nota 10.

³¹ Desde entonces, la libertad de establecimiento incluye el derecho de las sociedades a trasladar su domicilio social de un Estado miembro a otro (“conversión”) sin tener que pasar por liquidación y perder su personalidad jurídica.

³² Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas. La aprobación de dicha Directiva formaba parte del *Pack sobre derecho de sociedades de 2018*, para modificar la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas. *Vid.* la [Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva \(UE\) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas](#), 25 abril 2018, COM(2018)241 final.

³³ [Dictamen CESE 2018](#), cit., §§ 3.6.2 y 3.6.3.

garantías destinadas a prevenir dicho riesgo. El Considerando 35 de la Directiva (UE) 2019/2121 llama a «contrarrestar las empresas “fantasma” o “fachada” creadas con el fin de evadir, eludir o infringir la legislación nacional o de la Unión». Para ello, se ha previsto un procedimiento para impedir un establecimiento en otro Estado miembro cuando se determine que la operación se establece «con fines abusivos o fraudulentos»³⁴. Los Estados miembros deben designar una autoridad para que examine la legalidad de las “conversiones” transfronterizas³⁵ y decida si emite un certificado que autorice la transferencia en un plazo de tres meses a partir de la solicitud de la empresa; un plazo que trata de agilizar dichos procesos. Dicho certificado no se expedirá si la autoridad competente tiene serias dudas que indiquen que la “conversión” se ha establecido con “fines abusivos o fraudulentos” que tengan como objetivo o eludir el Derecho de la Unión o nacional, o con fines delictivos³⁶.

El legislador español debe adoptar las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento Directiva (UE) 2019/2121 a más tardar el 31 de enero de 2023. Teniendo en cuenta que la Directiva no aborda una armonización completa de la materia, el Estado español cuenta con cierto margen jurídico para fortalecer las garantías legales contenidas en dicha Directiva, a fin de evitar la elusión de obligaciones laborales y de seguridad social. Por ejemplo, estableciendo una definición amplia de “fines fraudulentos o abusivos”, que incluya el incumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social; o

³⁴ Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, modificada por la Directiva (UE) 2019/2121, arts. 86, 127 y 160.

³⁵ El procedimiento “antiabuso” se definió originalmente solo para las conversiones y escisiones transfronterizas. Sin embargo, la regulación adoptada se aplica también a las fusiones transfronterizas. Ver la [Opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios para la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva \(UE\) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas \(COM\(2018\)0241 – C8-0167/2018 – 2018/0114\(COD\)\)](#), 14 noviembre 2018.

³⁶ La evaluación de los Estados miembros debe considerar todos los factores indicativos relacionados con las características del establecimiento. *Vid.* el considerando 36 de la Directiva (UE) 2017/1132. Esto incluye: a) la intención de la operación; el sector, la inversión, el volumen de negocios neto y la ganancia o pérdida; b) la composición del balance, la residencia fiscal, los bienes y su ubicación, equipamiento; c) los beneficiarios finales de la empresa; d) el número de empleados, los lugares de trabajo habituales de los empleados y de grupos específicos de empleados; e) el lugar de vencimiento de las cotizaciones sociales, el número de empleados desplazados en el año anterior a la operación transfronteriza; f) el número de empleados que trabajan simultáneamente en más de un Estado miembro; g) los riesgos comerciales asumidos por la empresa o empresas antes y después de la operación transfronteriza.

estableciendo la obligación de comunicar a la Inspección las conversiones transfronterizas que se produzcan. También podrían ser necesarias disposiciones para controlar el abuso después de la conversión, ya que puede ser problemático detectar o descubrir estructuras “artificiales” o EB por adelantado.

A estos efectos, el art. 86.t de la Directiva (UE) 2017/1132 – modificada por la Directiva (UE) 2019/2121 – establece la posibilidad de adopción de medidas por parte de los Estados miembros relativas, en particular, al Derecho penal, la prevención y lucha contra la financiación del terrorismo, el Derecho social, la fiscalidad y la garantía del cumplimiento de la ley, para imponer medidas y sanciones, en virtud del Derecho nacional, después de la fecha en que haya surtido efecto la transformación transfronteriza. Lo que no podrá hacerse en ningún escenario es declarar la nulidad absoluta de una transformación transfronteriza que haya surtido efecto en cumplimiento de los procedimientos de transposición de la Directiva. Lo cual también es una garantía muy interesante para las empresas que se acojan a esta norma.

7. ¿Cómo abordar las dificultades de aplicación de las normas?

7.1. Control del cumplimiento de los requisitos sustantivos: ¿cómo se pueden detectar las EB?

Una vez descritas las nuevas normas que se ha aprobado recientemente frente al fenómeno de las EB, corresponde evaluar las vicisitudes de su aplicación y las estrategias que están poniendo en marcha las distintas instituciones de los Estados de la Unión para hacerlas efectivas. El 67% de los participantes de la Sexta reunión plenaria de la Plataforma europea contra el trabajo no declarado³⁷ informaron de la necesidad de instrumentos efectivos para identificar empresas ficticias. Ciertamente, la aplicación de requisitos sustantivos para detectar empresas ficticias presenta varios problemas. Las autoridades de Bulgaria, Alemania y Finlandia han puesto de relieve que los controles del establecimiento efectivo se consideran bastante exigentes y requieren muchos recursos, por lo que son muchas las dificultades relacionadas con la falta de capacidad administrativa en el país. En la práctica, algunos Estados miembros tratan de aprovechar al máximo sus capacidades de ejecución, por ejemplo, realizando controles básicos

³⁷ M. LLOBERA, *Sixth plenary meeting of the European Platform tackling undeclared work. Report on tackling letterbox companies*, cit.

complementados con actuaciones centradas en situaciones de mayor posibilidad de existencia de EB (Dinamarca, Francia). Otros países se centran en las empresas de reciente creación (Finlandia, Dinamarca), así como desarrollando controles sectoriales más específicos para el control del establecimiento estable y efectivo (Francia)³⁸.

En el caso Letonia, las autoridades realizan un análisis sistemático de las declaraciones de IVA y de Seguridad Social, para tratar de detectar EB. En el caso del IVA, se concentran en empresas que han declarado, pero no pagado el impuesto, acumulando así una gran cantidad de deuda. Suelen ser empresas extranjeras que tienden a desaparecer rápidamente, comienzan de nuevo sin deudas y continúan operando como una nueva empresa. Para el análisis de riesgos de futuro impago de impuestos y cotizaciones, la información de las declaraciones de IVA proporciona datos interesantes, porque los empresarios en Letonia están obligados a proporcionar información detallada, como: a) nombres y números de registro de IVA de todos los clientes y proveedores, b) fechas de transacción, c) números de factura, d) valores de la transacción, y e) tipos de transacción (importación, transacción imponible, cobro revertido, etc.). Posteriormente, las EB se identifican durante un proceso de análisis de riesgo, a partir de un sistema experto basado en técnicas que analizan toda la información disponible sobre un contribuyente (sistema de análisis de riesgo computarizado ESKORT) combinado con un análisis de red de transacciones (IBM i2 Analysts Notebook).

¿Qué indicadores se pueden utilizar para detectar EB a través de los sistemas de información de la Seguridad Social?

En Letonia, los indicadores que se extraen de las declaraciones a la Seguridad Social se someten a un control automatizado de datos para detectar EB:

- el salario promedio de la empresa se compara con el salario promedio en industrias específicas;
- se compara el salario promedio de la empresa con el salario promedio de la región;
- el número total de empleados se compara con el número de empleados declarados por la empresa que solicita el permiso de residencia;
- se comprueba si la Inspección de Trabajo ha detectado empleados sin permiso de trabajo;

³⁸ G. GIBSON ET AL., *Ex-post evaluation of Regulation (EC) No 1071/2009 and Regulation (EC) No 1072/2009. Final report*, European Commission Study contract, 2015, n. MOVE/D3/2014-254. pp. 59-60.

- se comprueba si el número de empleados que no coincide con la facturación;
- se comprueba si existen denuncias sobre trabajo no declarado;
- la tarifa promedio por hora dentro de una determinada profesión se compara con la tarifa promedio por hora dentro de la misma profesión en la región.

Otros países, como Rumania, han puesto en marcha un registro digital (REVISAL) que proporciona información detallada a las autoridades sobre las personas trabajadoras desplazadas al extranjero. El registro puede ayudar a identificar rápidamente la existencia y duración de las relaciones laborales, e indirectamente ayuda a detectar EB, ya que los datos de identificación de una empresa se contrastan con los datos de registro al Registro Mercantil.

Criterios para detectar EB en Dinamarca

La inspección tributaria en Dinamarca examina si las actividades económicas de las empresas y las decisiones clave se llevan a cabo realmente en dicho país (en el contexto del proyecto de "Sede central"). Se implementan auditorías exhaustivas, ya que es necesario comprobar cuidadosamente aspectos específicos, que incluyen si:

- la sede de la Junta Ejecutiva está situada en Dinamarca;
- todas las tareas importantes se llevan a cabo en Dinamarca: negociaciones, contratos, clientes, proveedores, etc.
- los empleados clave están en Dinamarca;
- se comprueba si existen inmuebles alquilados y la empresa está registrada, pero sin actividades.

7.2. ¿Se pueden identificar las EB mediante "data mining"?

Para detectar una EB, se debe hacer una distinción entre el intercambio de datos (hacer que los datos estén disponibles para otros usuarios), la comparación de datos (comparación a gran escala de registros o archivos recopilados para diferentes propósitos) y el "data mining" o extracción de datos (búsqueda de patrones, correlaciones y valores atípicos para las inspecciones). Si bien la mayoría de los Estados miembros centran sus esfuerzos en la comparación de datos, son menos los que emprenden

actividades de extracción de datos (*data mining*)³⁹. Como puso de relieve el representante de Francia en la Sexta reunión plenaria de la Plataforma europea contra el trabajo no declarado⁴⁰, las EB son un fenómeno oculto particularmente complejo. De manera que, para captar tal complejidad, se pueden hacer estimaciones para tratar de determinar:

- su alcance: la tasa unitaria de cada tipo de fraude;
- el coste para las finanzas públicas: la proporción de este tipo de fraude en el volumen global;
- así como las características definitorias de las entidades defraudadoras para poder detectarlas mejor.

Las mejoras en la detección automática se han convertido en una prioridad dada la imposibilidad estructural de multiplicar los controles, tanto en términos de su coste como para evitar molestias a las empresas, que mayoritariamente respetan las normas. El uso del *data mining* ha cumplido este propósito a través de operaciones de control que se basan en herramientas de datos que utilizan el conocimiento científico existente (p. ej., estadísticas, econometría, nuevas herramientas, *big data*, etc.). El uso de la ciencia de datos puede proporcionar información útil sobre las EB que puede estar parcialmente oculta entre los datos disponibles. Analizando las distintas actuaciones de un actor económico (potencial infractor), algunos datos tienen un mayor peso comparación con otros. Esto se describe como “hacer que los datos hablen”. Esto significa que una vez seleccionados los datos críticos, será crucial evaluar la parte causal de las decisiones tomadas por los actores económicos implicados.

Para que el *data mining* sea una herramienta eficaz para abordar los EB, aún se requieren más investigaciones y desarrollo científico, pues los controles tienen sesgos que deben corregirse; aunque existen algunos algoritmos de corrección que pueden proporcionar resultados correctos bajo ciertas condiciones. Además, sólo se pueden proporcionar resultados útiles cuando existen datos previos adecuados para el *data mining*; pues en la actualidad, es difícil adquirir datos estructurados, ya que dichos datos son proporcionados por diferentes autoridades con diferentes métodos de organización de la información. En principio, el conocimiento obtenido podría potencialmente usarse para construir estimaciones de los fenómenos EB. Sin embargo, determinar la actuación más adecuada frente a la EB es muy complejo, ya que se trata de un fenómeno con múltiples manifestaciones y es difícil anticipar su evolución.

³⁹ *Thematic Review Workshop on Data Mining for More Efficient Application*, Helsinki, 1-2 junio 2017.

⁴⁰ M. LLOBERA, *Sixth plenary meeting of the European Platform tackling undeclared work. Report on tackling letterbox companies*, cit.

7.3. ¿Se ha demostrado que la cooperación judicial es relevante?

El 95% de los participantes de la Sexta reunión plenaria de la Plataforma europea contra el trabajo no declarado⁴¹ opinó que debería haber más cooperación judicial. En Bélgica, existe un servicio especializado para combatir el fraude social, denominado el “Auditor Laboral”. Servicios similares también están presentes en los Países Bajos. Las experiencias de estos países han demostrado que la cooperación judicial puede proporcionar métodos y técnicas que pueden apoyar de forma determinante el trabajo de las Inspección de Trabajo. Los hechos que salen a la luz en una investigación judicial son hechos que tienen presunción de veracidad a efectos de una investigación laboral; y tales hechos “cualificados” conducen a una investigación conjunta más robusta y dinámica. Con ello se logra una mayor capacidad de investigación, que también se facilita la cooperación de otros países. De hecho, se puede obtener información de investigaciones transfronterizas a través de a) solicitudes de asistencia jurídica gratuita, b) comisiones rogatorias, c) intercambio de información por parte de la policía (Europol) y d) apoyo de la Fiscalía Federal o Eurojust.

7.4. Cooperación multiagencia

Dado que los EB son un fenómeno multifacético, Dinamarca ha desarrollado un proyecto “multiagencia” que está en marcha desde 2012. Se denomina *Proyecto sobre dumping social* e involucra a la Agencia Tributaria danesa (*Skatestyrelsen*), la Autoridad de salud laboral (*Arbejdstilsynet*), la Agencia Danesa para el Mercado Laboral y la Contratación (*Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering*) y a las fuerzas policiales. El establecimiento de este proyecto ha dado como resultado 12.500 visitas/auditorías conjuntas, que han desarrollado controles orientados hacia potenciales situaciones infractoras en industrias específicas como la construcción, la agricultura y el transporte. Este proyecto reveló una tasa de incumplimiento del 75% relacionada tanto con la fiscalidad empresarial como con la fiscalidad de las personas trabajadoras, en empresas que previamente se habían seleccionado como potenciales infractoras.

A partir de 2017, se puso en marcha en Dinamarca un nuevo subproyecto llamado *Sede central*, que se dirige específicamente a las EB. Este proyecto

⁴¹ *Idem*.

también está dedicado al riesgo asociado a las EB en industrias específicas como los sectores de transporte y construcción. Su propósito es detectar estructuras ficticias destinadas a eludir obligaciones legales en diferentes áreas: impuestos, salud laboral, seguridad social, seguros y salarios. En Dinamarca se ha demostrado que la estrategia multiagencia, que ofrece diferentes puntos de entrada al fenómeno complejo de las EB, tiene capacidad para obtener excelentes resultados.

Abordar las EB en el sector del transporte en España: [Plan Director por un trabajo digno](#)

- **Investigación conjunta e intercambio de datos.** Se lleva a cabo conjuntamente por la Agencia Tributaria, la Inspección de Trabajo, la Inspección de Transporte, la Administración de la Seguridad Social y otros Estados Miembros. Dichas investigaciones pueden dar lugar a la retirada de formularios A1 y permite establecer perfiles de fraude para ayudar a desarrollar las actividades de inspección del Trabajo.
- **Defección.** La Inspección de Transporte ayuda a la Inspección de Trabajo a identificar inconsistencias en la cantidad de camiones y remolques en ciertas empresas. Si existen varios remolques, pero no hay camiones, esto sugiere que se está utilizando una EB, ya sea establecido en España o en un país extranjero. La Inspección de Transporte también dispone de medios para inspeccionar tacógrafos en los camiones, analizar rutas, analizar tiempos y realizar otras funciones. Sin esa información, los inspectores del trabajo no podrían desarrollar una acción eficaz.
- **Denunciantes.** Las personas trabajadoras pueden denunciar de forma anónima cualquier infracción laboral. Las empresas que son víctimas de la competencia desleal también ofrecen información útil.
- **Coordinador nacional en materia movilidad transnacional de trabajadores.** Este puesto se ha creado para recopilar toda la información, establecer un procedimiento de inspección común, facilitar la cooperación entre las diferentes autoridades y brindar apoyo especializado a los inspectores que realizan controles.
- **Concienciación y desarrollo de capacidades.** En este ámbito se han tomado diferentes medidas. Concretamente, una campaña específica de inspecciones contra EB, una guía que examina el proceso de inspección, así como capacitación específica para que determinados funcionarios se conviertan en expertos en esta materia.

7.5. Restricciones a las actividades económicas de las EB

Restringir las actividades económicas de las EB mediante la cancelación de licencias o registros también puede ser una herramienta útil. De hecho, en Finlandia, los registros de las empresas inactivas pueden ser cancelados por

la Oficina de Registro y Patentes de Finlandia (*Patentti- ja rekisterihallitus*). En agosto de 2018, a partir de los datos de la Oficina e información facilitada por la Administración Tributaria, más de 29.000 empresas inactivas fueron dadas de baja del Registro Mercantil. Esta medida no se considere una sanción, sino una medida preventiva porque, a partir de ese momento, las empresas que no cumplan con una “prueba de sustancia” (desarrollo de actividades económicas significativas) no tendrán capacidad legal para actuar en Finlandia.

7.6. Enjuiciamiento criminal

En Hungría, a) si una empresa no está establecida legalmente, b) si oculta una estructura artificial o c) si no ha facilitado sus datos a la Administración cuando la obligación de informar está prescrita por ley, puede acabar sujeta a un proceso penal. Hungría es inusual porque incorpora una definición de EB en su código penal, y esta definición menciona la intención de llevar a cabo una actividad fraudulenta a través de un establecimiento ficticio, en línea con el enfoque del TJUE⁴². Las estadísticas de la policía húngara en 2018 muestran que, de 211 investigaciones, 42 casos resultaron en delitos graves, de los cuales: a) veintiséis casos involucraron enjuiciamiento por ocultar al operador económico «para que no pueda ser identificado en su verdadero domicilio social, establecimiento permanente o sucursal» (Sección 409.1.a del Código Penal húngaro); b) once casos involucraron la falta de comunicación de datos reales sobre la empresa cuando dicha obligación de informar está prescrita por ley (Sección 409.2 del Código Penal húngaro)⁴³.

⁴² El principio de prohibición del abuso de derecho es un principio general del Derecho de la Unión, prohíbe los arreglos totalmente artificiales que no reflejan la verdadera realidad económica. *Vid.* STJUE 5 julio 2007, asunto C-321/05, *Hans Markus Kofoed c. Skatteministeriet*, punto 38; STJUE 22 noviembre 2017, asunto C-251/16, *Edward Cussens y otros c. T. G. Brosman*, punto 27 y la jurisprudencia citada; STJUE 21 febrero 2006, asunto C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd y County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, puntos 69 y 70. En materia fiscal, STJUE 12 septiembre 2006, asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, punto 55; STJUE 2 mayo 2006, asunto C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, puntos 34-35. En lo que respecta a la Seguridad Social, STJUE 6 febrero 2018, asunto C-359/16, *Procedimiento penal entablado contra Altun y otros*, parte dispositiva.

⁴³ También hay una decisión del Tribunal Supremo de Hungría sobre EB (Kúria Bfv.1871/2017/8).

8. Una evaluación de las medidas preventivas

8.1. Simplificación de normas y campañas de sensibilización

Lograr la armonización a nivel de la UE en la legislación fiscal y de sociedades sería idóneo para que las empresas no trataran de aprovechar las diferencias de costes en distintos Estados miembros, pero ello se plantea como una cuestión muy difícil de lograr. De hecho, los cambios en la economía digital deben tenerse en cuenta para comprender la realidad de la existencia de actividad económica más allá del país de residencia. Por lo tanto, la mejor solución en lugar de la armonización podría pasar por lograr los ingresos estén sujetos a impuestos en el país donde existe una actividad económica sustancial.

Por otra parte, la mayoría de los participantes la Sexta reunión plenaria de la Plataforma europea contra el trabajo no declarado⁴⁴ reconocieron que no disponían en su legislación de una definición clara de lo que es una empresa ficticia en sus países y reafirmaron la relevancia, a esos efectos, de las normas de la UE que establecen los requisitos de sustancia y de la jurisprudencia del TJUE sobre abuso de derechos, a efectos de simplificación y elaboración de normas estatales.

Los participantes también pusieron de manifiesto la importancia de las campañas de sensibilización, e identificaron posibles destinatarios “diana” de las campañas de sensibilización.

¿Quiénes debe ser los destinatarios “diana” de las campañas de sensibilización?

- **Empleadores y clientes**, sobre riesgos y costes asociados a la actividad fraudulenta de las empresas ficticias.
- **Proveedores de EB**, sobre los beneficios de emerger las actividades no declaradas de las EB.
- **Público en general**, a efectos de concienciación sobre los bienes y servicios públicos que se financian de los impuestos recaudados y que las EB evaden.
- **Trabajadores de EB**, líneas de atención y protección de denunciantes, sensibilización y toma de conciencia sobre sus derechos.
- **Interlocutores sociales**, para una mayor comprensión de los problemas relacionados con EB y la especificidad de ciertos sectores (transporte, agricultura, hospitalidad, construcción, etc.); dicho enfoque puede ser

⁴⁴ M. LLOBERA, *Sixth plenary meeting of the European Platform tackling undeclared work. Report on tackling letterbox companies*, cit.

transferible a otros sectores/países, con una adaptación a las propias normas nacionales y convenios colectivos aplicables.

8.2. Cadenas de contratación pública y subcontratación

Las ofertas de contratación pública pueden incluir obligaciones relacionadas con las condiciones de trabajo y el fraude relacionado con las EB. Por lo tanto, los gobiernos podrían excluir de la contratación pública a las empresas que no cumplan con los requisitos de sustancia.

Los contratistas también juegan un papel fundamental para abordar y disuadir a las EB. En este sentido, establecer la responsabilidad de los contratistas puede ser un enfoque preventivo, ya que fomenta el control del contratista sobre posibles subcontratistas poco fiables. En Letonia, existe una guía en el sitio web del Servicio de Ingresos del Estado donde las empresas pueden verificar si los socios/subcontratistas son empresarios de buena fe:

- esta información es de dominio público para que todo el mundo pueda comprobar cuántos impuestos pagan estas empresas, cuánto personal emplean, etc.;
- hay un sistema de calificación que muestra del 0 al 100% si son “confiables” o no.

También en España los contratistas están obligados a comprobar el historial de cumplimiento de la seguridad social de sus subcontratistas. Por lo tanto, el contratista puede tener el control de sus proveedores, y eso ayuda a evitar que el subcontratista acumule grandes deudas y luego desaparezca.

8.3. Cooperación entre el gobierno y los interlocutores sociales

El informe francés sobre los resultados del Plan nacional para combatir el trabajo ilegal (*Plan national de lutte contre le travail illégal 2016-2018*) reconoce la creciente complejidad de las actividades fraudulentas asociadas a las empresas ficticias. Por ello, ha reforzado la cooperación entre servicios, pero también los convenios de colaboración desarrollados entre la administración y los interlocutores sociales en distintos sectores, como el firmado el 28 de julio de 2015 en el sector de las mudanzas y el concluido

el 23 de febrero de 2016 en el sector de la construcción⁴⁵.

Cooperación de los interlocutores sociales en la detección de EB

La Confederación de Sindicatos de los Países Bajos (FNV) comenzó a reunirse con camioneros extranjeros en los estacionamientos donde se alojaban. La FNV los contactó a través de plataformas de redes sociales como Facebook y Twitter, y se aseguraron de que la información estuviera disponible en idiomas que pudieran entender. Convencieron a los camioneros para que cooperaran asegurándoles que el objetivo era mejorar sus circunstancias y condiciones de trabajo y no quitarles el trabajo. Con sus hallazgos, la FNV acudió a las agencias gubernamentales y las convenció de continuar con los casos. Cuando fue necesario, la FNV dispuso que los casos se llevaran a los tribunales. La FNV también viajó a Europa del Este con un reportero de un diario nacional donde "desenmascararon" a las empresas empleadoras y usuarias que eran empresas ficticias⁴⁶.

Los sindicatos y las asociaciones de empleadores tienen roles diferentes a la hora de abordar el fenómeno de las EB, pero ambos son esenciales. Cabe destacar especialmente la importancia de la cooperación con las asociaciones de empleadores en sectores donde las EB tienden a ser más frecuentes. De hecho, Letonia ofrece ejemplos positivos de colaboración fructífera con los interlocutores sociales, en particular con las asociaciones de empleadores en el sector de la seguridad.

Por otra parte, Business Europe considera particularmente útiles los sistemas de registro de empresas extranjeras, ya que esta medida permite a los interlocutores sociales la oportunidad de actuar. Por ejemplo, Dinamarca tiene un sistema de registro eficiente y fácil de usar, y que también se aplica a las personas trabajadoras por cuenta propia. Una vez registradas las empresas extranjeras, los interlocutores sociales pueden comprobar su legitimidad y asegurarse de que cumplen los convenios colectivos aplicables⁴⁷.

Los sindicatos también han desarrollado buenas prácticas. El Sindicato Europeo de Trabajadores Migrantes (European Migrant Workers Union – EMWU)⁴⁸ ha puesto en marcha una variedad de iniciativas para abordar las

⁴⁵ P. SANZ DE MIGUEL, F. IUDICONE, I. BILETTA, *op. cit.*, pp. 12 y 17.

⁴⁶ GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS, *Manual for experts on multidisciplinary cooperation against trafficking in human beings for labour exploitation*, 2016, p. 63.

⁴⁷ M. LLOBERA, *Sixth plenary meeting of the European Platform tackling undeclared work. Report on tackling letterbox companies*, cit.

⁴⁸ Fue establecido en 2004 por el IG BAU (sindicato del sector de la construcción, la

EB. Estas iniciativas incluyen:

- centros de asesoramiento gratuitos para trabajadores de países de Europa del Este financiados principalmente con fondos públicos de los estados federales y regionales de Alemania;
- amplias campañas de concienciación implementadas en los sectores de la construcción, agricultura y transporte;
- campañas de información presenciales para camioneros en estacionamientos y distribución de folletos en diferentes idiomas (BG, CZ, DE, EN, HR, HU, PL, RO, RU) con información sobre salario mínimo legal aplicable, trabajo y descanso tiempo, asignaciones diarias y reglas de seguro de salud.

9. Lecciones aprendidas

Abordar las EB beneficia a los empleadores – para lograr un mercado de competencia leal, los empleados – para la protección de sus derechos – y los gobiernos – ya que las EB tienen un impacto significativo en las finanzas públicas. Las opciones de políticas públicas para lograrlo pueden incluir medidas para mejorar la detección, medidas disuasorias y preventivas.

Medidas para mejorar la detección

- **Consolidación de registros.** Uso de evaluación de riesgos basada en datos e información recopilada de múltiples fuentes (instituciones públicas, empleadores, empleados, clientes y otros terceros). Creación de una base de datos europea de las infracciones cometidas por las empresas.
- **Capacidad administrativa y recursos para mejorar la cooperación.** La detección del fraude requiere la cooperación con el país de origen, lo que puede no ocurrir fácilmente ya que la cooperación con otro Estado miembro (EM) no siempre es flexible y rápida. La acción contra EB requiere un tiempo considerable y muchos recursos para investigar, especialmente cuando la empresa está establecida fuera del territorio. Algunos países carecen de la capacidad administrativa y los recursos necesarios, por lo que las investigaciones sobre establecimientos efectivos son exigentes y requieren muchos recursos.
- **Mayor desarrollo de las inspecciones conjuntas** y la acción judicial coordinada.
- En los casos en los que se anule los formularios A1 emitidos se debe

agricultura y la limpieza en DE) como una organización de presión para los trabajadores migrantes.

asegurar que se cambia la afiliación al país de prestación de servicios.

De lo contrario, las personas trabajadoras se quedan sin cobertura de seguridad social.

Medidas disuasivas

- Las leyes nacionales pueden no ser lo suficientemente punitivas con las EB y el **derecho penal** puede ser una herramienta eficaz.
- Reglas para responsabilizar al **empleador real** por salarios y otras obligaciones.
- En el caso de cadenas de subcontratación en las que el contratista no ejerza poderes de dirección, también pueden aplicarse sistemas de **responsabilidad solidaria** a toda la cadena de subcontratación.
- Sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. La Directiva 2014/67/UE ya ha puesto en marcha la **ejecución transfronteriza de sanciones** y/o multas administrativas financieras. Estos procedimientos pueden ser necesarios tanto en situaciones distintas al desplazamiento de trabajadores.

Medidas preventivas

- Desarrollar **definiciones legales comunes de la UE** (p. ej., para situación laboral, empresa ficticia).
- Formación de funcionarios, que deben estar capacitados en la detección de EB.
- Los gobiernos también deben facilitar un entorno en el que **los empleadores se beneficien al operar sobre una base declarada**. Deben identificar el "vacío legal" que ha llevado a muchas empresas a establecerse en otro país para evitar la competencia desleal de operadores extranjeros.
- **Incentivos para clientes** que comprueben si los servicios/bienes que reciben provienen de una EB.
- **Auditorías de contratistas**, como potenciales organizadores de estructuras complejas de EB.
- Medidas preventivas dirigidas a las grandes empresas, como **receptoras de los servicios de las EB**.
- **Cooperación gubernamental con asociaciones sectoriales** para aprender a controlar la elusión de las normas.
- Campañas de sensibilización para informar a los proveedores de EB de los **riesgos y costes de las EB**.

Mayor voluntad política

- Estos problemas requieren mucho tiempo y recursos y las EB no siempre son una prioridad. Por lo tanto, el **compromiso político** es indispensable.
- Los Estados acogieron favorablemente la creación de la Autoridad Laboral Europea y se espera **apoyo técnico y operativo** para trabajar en estrecha colaboración bajo el paraguas de la coordinación de la UE.
- Al abordar las EB, es necesario identificar al **empleador real**. Sin embargo, muy a menudo esto no se encuentra entre los temas prioritarios.

- Simplificación de reglas.

A partir de las iniciativas en el área fiscal

Además de crear nuevas redes de intercambio de información, es particularmente útil el acceso a las bases de datos creadas por las autoridades fiscales, por parte las autoridades laborales. Por supuesto, se deben considerar las cuestiones de privacidad y los derechos de los ciudadanos, ya que existe el riesgo de que se anule todo un procedimiento por vulnerar derechos fundamentales.

Por lo tanto, los amplios **avances logrados en el derecho tributario** pueden trasladarse a áreas de política social, que incluyen:

- cooperación transfronteriza multinivel entre autoridades fiscales para desarrollar auditorías conjuntas, compartir información y orientación. Existen **plataformas y redes** relacionadas con los impuestos de la UE para áreas específicas como el IVA, Eurofisc, incluidos nuevos canales de intercambio de información efectivo en el área de la OCDE;
- acceso de los servicios de inspección del trabajo a los **mecanismos de intercambio automático de información** establecidos en el ámbito tributario también puede resultar útil. Dichos sistemas implican la comunicación sistemática de información predefinida a otro Estado miembro, sin solicitud previa, a intervalos regulares preestablecidos;
- **informes país por país** (CBCR) también pueden ayudar a rastrear la acción de las empresas ficticias a través de las fronteras.

10. Conclusiones: algunas reflexiones sobre las nuevas medidas comunitarias frente a las EB

Ciertamente, los avances legislativos y el desarrollo de estrategias de detección y control de las EB han sido muy considerables en la Unión Europea, lo cual desincentiva el fraude y el abuso. En cuanto al Derecho comunitario de sociedades, este prohíbe servirse de las libertades comunitarias en fraude de ley, pero la posibilidad de que las empresas gocen del beneficio de una legislación más favorable no constituye, en sí misma, un abuso de la libertad de establecimiento, siempre que no se trate de entramados ficticios⁴⁹. De forma que una cosa es una sociedad “fantasma”, y otra, una sociedad deslocalizada que trata de aprovechar los inferiores costes sociales y fiscales de otro Estado comunitario, objetivo que, en sí

⁴⁹ El principio de prohibición del abuso de derecho es un principio general del Derecho de la Unión, prohíbe los arreglos totalmente artificiales que no reflejan la verdadera realidad económica. Ver las sentencias citadas en nota 42, STJUE 9 marzo 1999, asunto C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, punto 27, y STJUE 30 septiembre 2003, asunto C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, punto 96.

mismo, no es ilícito, sin perjuicio del cumplimiento del requisito sustantivo que establezcan determinadas normas sociales. Tal requisito, como hemos visto se exige en el caso de desplazamiento de trabajadores y en el transporte por carretera.

Pero incluso en estos dos ámbitos, los requisitos sustantivos pierden su eficacia cuando una EB tiene un cierto grado de estructura organizativa; pues mantener algún tipo de estructura empresarial puede ser una solución barata y fácil teniendo en cuenta las “ganancias” ilícitas obtenidas al evitar las contribuciones y los salarios correspondientes. De hecho, las EB suelen utilizar cadenas de subcontratistas o filiales, en el caso de grupos de empresas. Estas EB ocultan la condición de empleador del empleador real, que se encuentra en la parte superior de la pirámide empresarial.

La respuesta comunitaria ante estos fenómenos se basa fundamentalmente en impedir que los prestadores de servicios que no mantengan un genuino vínculo laboral con los trabajadores que desplazan puedan acogerse a la Directiva 96/71/CE o al Reglamento 883/2004, evitando por tanto que éstos puedan beneficiarse de la aplicación de la ley de su país de origen en materia laboral y de Seguridad Social⁵⁰. El TJUE, en el caso *AFMB*⁵¹, ha declarado que no se debe permitir a los empresarios «recurrir a arreglos puramente artificiales para explotar la legislación de la UE con el único objetivo de obtener una ventaja de las diferencias que existen entre las normas nacionales. En particular, tal explotación de esa legislación probablemente tendría un efecto de “carrera a la baja” en los sistemas de seguridad social de los Estados miembros y tal vez, en última instancia, reduzca el nivel de protección ofrecido por esos sistemas». Por lo tanto, una persona «debe considerarse como empleada, no por la empresa con la que ha celebrado formalmente un contrato de trabajo, sino por la empresa de transporte que tiene autoridad real sobre ella, que, en realidad, soporta los costes del pago de su salario, y que tiene la potestad real de despedirlo».

Con todo, está por ver si todas las medidas comunitarias de prevención de las EB, que hemos descrito, pueden contener el atractivo económico de los inferiores costes sociales de otros países de la UE, a lo que se añaden las facilidades que ahora tienen las empresas para establecerse en un país en el que no desarrollen actividades económicas. No puede obviarse el trasfondo socioeconómico del creciente fenómeno de deslocalización de empresas hacia la Europa del Este. Veamos, por ejemplo, el sector del transporte. Lo

⁵⁰ STJUE 27 marzo 1990, asunto C-113/89, *Rush Portuguesa Ltd c. Office national d'immigration*, punto 17; STJUE 21 octubre 2004, asunto C-445/03, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Gran Ducado de Luxemburgo*, punto 39.

⁵¹ STJUE 16 julio 2020, asunto C-610/18, *AFMB e.a. Ltd c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, puntos 69 y 79.

primero que hay que tener en cuenta es que en este sector todos los países de Europa occidental están sujetos a convenios colectivos. Sin embargo, en los nuevos Estados miembros de la Europa Oriental, la ausencia de convenios colectivos es la norma. Por otra parte, las tasas de cotizaciones a la Seguridad Social van desde el 13% al 52% neto. Mientras que el salario bruto de un conductor internacional dentro de la UE oscila entre 300 a 3.300 € por mes⁵². En consecuencia, existe una diferencia de once veces entre el salario más alto y el más bajo incluidos todos los componentes sujetos a las cotizaciones a la Seguridad Social y al impuesto sobre la renta. Sumado a las cotizaciones, esto resulta una diferencia de 24 veces entre los dos extremos del espectro. En este aspecto, hay una gran división este-oeste. Por otra parte, en la mayor parte de los países europeos una proporción muy importante de la retribución no está sometida a cotización ni al impuesto sobre la renta, sobre todo en Europa oriental y meridional. Estos componentes retributivos consisten principalmente en dietas de viaje. Esta retribución no sujeta puede representar entre el 10% y el 76% del total de ingresos anuales de un conductor⁵³.

Es cierto que lentamente van reduciéndose las distancias entre la Europa del Este y la Europa Occidental. Por ejemplo, en un nuevo estudio sobre el sector RFT rumano en 2020 realizado en cooperación con la Unión Nacional Rumana de Transportistas por Carretera, UNTRR, refiere que se ha duplicado el salario mínimo básico y se han incrementado las dietas. Sin embargo, se ha trasladado la obligación de pago de las cotizaciones a la seguridad social del empleador a los empleados⁵⁴. Así pues, en Rumanía el coste de una hora de conducción en 2020 aumentó a 11,81 €, (un aumento de más del 31% en comparación con 2017). Con todo, las diferencias siguen siendo elevadas, si lo comparamos con el coste de una hora de conducción en España que ascendió en 2020 a 20,99 € (un aumento del 7,5%)⁵⁵.

Por si esto no fuera suficiente, la reforma del derecho de sociedades comunitario para permitir las transformaciones (“conversiones”) empresariales favorece ahora enormemente la posibilidad de tener la base principal de actividad en otro Estado miembro. Ello puede favorecer la multiplicación de EB si las garantías sociales no son suficientes para evitar el atractivo económico del *dumping* social, pues la transformación

⁵² COMITÉ NATIONAL ROUTIER, [Estudio comparativo de trabajo y condiciones de pago de los conductores de transporte internacional de camión en Europa](#), 2016.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ COMITÉ NATIONAL ROUTIER, [The Romanian road freight transport in 2020](#), Comité national routier European Studies, 2021, p. 20.

⁵⁵ COMITÉ NATIONAL ROUTIER, [The Spanish road freight transport sector. 2020 Study](#), Comité national routier European Studies, 2021, p. 30.

transfronteriza ofrece una solución particularmente atractiva a las empresas que deseen trasladarse a otro Estado miembro sin perder su personalidad jurídica ni tener que renegociar sus contratos mercantiles. Hay que recordar que en la introducción a la Directiva sobre fusiones transfronterizas se estableció un procedimiento armonizado a escala de la UE para las sociedades de capital, que dio lugar a un incremento sustancial de las fusiones transfronterizas en la Unión y el EEE. El número de este tipo de operaciones aumentó un 173%, lo que indica que el procedimiento establecido por la Directiva fomentó sustancialmente la actividad transfronteriza⁵⁶.

12. Bibliografía

BILBAO BARANDICA I. (2016), [*Pregunta con solicitud de respuesta escrita E-002369-16 a la Comisión. Artículo 130 del Reglamento*](#), Preguntas parlamentarias, 21 marzo

COMITÉ NATIONAL ROUTIER (2021), [*The Romanian road freight transport in 2020*](#), Comité national routier European Studies

COMITÉ NATIONAL ROUTIER (2021), [*The Spanish road freight transport sector. 2020 Study*](#), Comité national routier European Studies

COMITÉ NATIONAL ROUTIER (2016), [*Estudio comparativo de trabajo y condiciones de pago de los conductores de transporte internacional de camión en Europa*](#)

CONTRERAS HERNÁNDEZ O. (2020), *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*, Bomarzo

ETUC (2016), [*A hunters game: how policy can change to spot and sink letterbox-type practices*](#)

EUROPEAN COMMISSION (2021), [*European Social Security Pass*](#), en ec.europa.eu, 16 junio

GÁRATE CASTRO F.J. (2019), *Desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional: análisis y propuestas en orden a la transposición al Derecho español de las modificaciones realizadas por la Directiva (UE) 2018/957 en los artículos 1 y 3*, en [*Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, n. 142*](#), pp. 383-404

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

GERNER-BEUERLE C., MUCCIARELLI F.M., SCHUSTER E.-P., SIEMS M.M. (2016), [*Study on the Law Applicable to Companies. Final Report*](#), European Commission

⁵⁶ [COM\(2018\)241 final](#), cit.

- GIBSON G., WINDISCH E., LOHR E., LUCKHURST S., MOYA S., TRONCOSO FERRER M., RUIXO C., SITRAN A., ROSA C., PASTORI E. (2015), [*Ex-post evaluation of Regulation \(EC\) No 1071/2009 and Regulation \(EC\) No 1072/2009. Final report*](#), European Commission Study contract n. MOVE/D3/2014-254
- GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS (2016), *Manual for experts on multidisciplinary cooperation against trafficking in human beings for labour exploitation*
- HASTINGS T., CREMERS J. (2017), [*Developing an Approach for Tackling Letterbox Companies*](#), European Commission
- LLOBERA M. (2019), [*Sixth plenary meeting of the European Platform tackling undeclared work. Report on tackling letterbox companies*](#), European Commission
- LLOBERA M. (2019), *Tackling letterbox companies: challenges and policy options. Input paper to the thematic discussion*, European Platform Undeclared Work Plenary Meeting, 12-13 marzo
- LLOBERA M. (2018), [*La respuesta europea a las “empresas buzón”: normas y jurisprudencia en el ámbito social, tributario y de transporte*](#), en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2, pp. 536-566
- LÓPEZ GANDÍA J. (2017), *Movilidad transnacional y Seguridad Social. Especial referencia a los desplazamientos de trabajadores*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 416, pp. 53-87
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA A. (dir.) (2012), *La expatriación de trabajadores*, Aranzadi
- MINEVA D., STEFANOV R. (2018), [*Evasion of Taxes and Social Security Contributions*](#), European Commission
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL (2021), [*Plan Director por un trabajo digno 2018-2019-2020*](#)
- MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA (2022), [*Plan de Inspección de Transporte por Carretera 2022*](#)
- MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G. (2018), *Sobre unas condiciones laborales equivalentes en la Unión Europea: a propósito de la Directiva (UE) 2018/957 de desplazamiento de trabajadores y la propuesta de Reglamento por la que se crea la Autoridad Laboral Europea*, en *La Ley – Unión Europea*, n. 62
- MORENO GENÉ J. (2000), *Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filiación*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- PÁRAMO MONTERO P. (2019), *Desplazamiento de trabajadores transnacional: conflictos de competencia y legislación aplicable. Cooperación entre Estados de la Unión Europea*, en [*Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*](#), n. 142, pp. 313-367

PÉREZ GUERRERO M.L., QUINTERO LIMA M.G. (dirs.) (2020), *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, Laborum

SANZ DE MIGUEL P., IUDICONE F., BILETTA I. (2017), [*Fraudulent contracting of work: Sham companies \(Austria, Estonia and Italy\)*](#), Eurofound

VAQUERO LÓPEZ C. (2017), *Mecanismos de Derecho Internacional Privado Europeo para la protección de los trabajadores en supuestos de deslocalización de empresas*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n. 17, pp. 425-471

Normativa Europea

Commission Staff Working Document, [*Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive \(EU\) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive \(EU\) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions*](#), 25 abril 2018, SWD(2018)141 final

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, [*Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*](#), 17 junio 2015, COM(2015)302 final

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [*Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*](#), 6 mayo 2015, COM(2015)192 final

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [*Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración*](#), 19 abril 2016, COM(2016)179 final

[Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre a\) propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva \(UE\) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades \[COM\(2018\)239 final – 2018/0113 \(COD\)\] b\) propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva \(UE\) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas \[COM\(2018\)241 final – 2018/0114 \(COD\)\]](#), 17 octubre 2018

[Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «El mercado interior del transporte internacional de mercancías por carretera: dumping social y cabotaje» \(Dictamen exploratorio\)](#), 17 septiembre 2015

[Opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios para la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y](#)

[del Consejo por la que se modifica la Directiva \(UE\) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas \(COM\(2018\)0241 – C8-0167/2018 – 2018/0114\(COD\)\)](#), 14 noviembre 2018

[Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva \(UE\) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas](#), 25 abril 2018, COM(2018)241 final

[Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento \(CE\) n. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento \(CE\) n. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), 13 diciembre 2016, COM(2016)815 final

Páginas web

E-Justice: <https://e-justice.europa.eu/>

Registros mercantiles – buscar una empresa en la UE: https://e-justice.europa.eu/489/ES/business_registers_search_for_a_company_in_the_eu?init=true

Patentti- ja rekisterihallitus: <https://www.prh.fi/fi/index.html>

Empresas buzón y *forum shopping*: ¿puede una ETT explotar las diferencias entre sistemas de seguridad social en la UE?*

Óscar CONTRERAS HERNÁNDEZ**

RESUMEN: Este artículo analiza el desplazamiento intracomunitario realizado por Empresas de Trabajo Temporal (ETT) que operan a escala transnacional y el conflicto de leyes en materia de seguridad social aplicable a las personas trabajadoras desplazadas. Se acude para ello al Derecho de la Unión, a las supuestas diferencias de costes de seguridad social a cargo de la empresa en los diferentes Estados miembros y se examina la jurisprudencia del TJUE sobre la materia para profundizar, finalmente, en el asunto *Team Power Europe*, que responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Varna (Bulgaria) y que ofrece un claro ejemplo de la apertura de establecimientos de conveniencia con la finalidad de obtener mayores beneficios empresariales a costa de provocar competencia desleal y *dumping* social en el mercado interior.

Palabras clave: Desplazamiento de trabajadores, certificado A1, legislación de seguridad social aplicable, empresas de trabajo temporal, trabajadores cedidos.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Ley de seguridad social aplicable a los trabajadores desplazados y evolución de la jurisprudencia del TJUE. 3. El caso *Team Power Europe*: ¿un nuevo capítulo de la serie *Letterbox companies*? 3.1. ¿Puede una ETT desplazar trabajadores a otros Estados y beneficiarse de la ventaja ofrecida por el art. 12.1 del Reglamento base? 3.2. ¿Realizaba *Team Power* una actividad sustancial en territorio búlgaro o solo tareas de mera gestión interna? 3.3. ¿Se puede considerar a *Team Power* una empresa buzón? 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Este artículo es fruto de la participación de su A. en el proyecto europeo [POSTING.STAT](#) financiado por la Comisión Europea (VS/2020/0499) y coordinado por Jozef Pacolet y Frederic de Wispelaere.

** Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha (España).

Letterbox Companies and Forum Shopping: Could a TEA Exploit the differences between Social Security Systems in the EU?

ABSTRACT: This paper approaches to the intra-EU posting and the conflict of law in the field of social security applicable to posted workers, focusing on postings carried out by Temporary Employment Agencies (TEA) between Member States. To this end, we examine EU legislation, give some examples of the differences in cost due to social security contributions, and analyze the CJEU case law, focusing finally on the case *Team Power Europe*, which responds to a preliminary ruling from the Administrative Court of Varna (Bulgaria) and which provides a clear example of the creation of a letterbox company with the aim of obtaining higher profits at the cost of causing unfair competition and social dumping in the internal market.

Key Words: Posting of workers, portable document A1, applicable social security law, temporary employment agencies, agency workers.

1. Introducción

La puesta a disposición de personas trabajadoras contratadas por una Empresa de Trabajo Temporal (ETT) en un Estado de la UE/EEE o Suiza y enviadas temporalmente a otro Estado miembro para llevar a cabo una prestación de servicios transnacional es una de las modalidades de desplazamiento intracomunitario contemplada expresamente en la Directiva 96/71/CE, en concreto, en el art. 1.3.c, revisado por la Directiva (UE) 2018/957¹. Este tipo de movilidad laboral transnacional está plenamente amparada por la más dúctil de cuantas libertades económicas están garantizadas por el Derecho de la Unión: la libre prestación de servicios contenida en los arts. 56-62 TFUE, por lo que las normas de Derecho Derivado que regulan el desplazamiento de trabajadores no establecen requisitos adicionales a las empresas que, en su calidad de ETT, desplacen trabajadores a una empresa usuaria que esté ubicada o ejerza su actividad en un país de la UE/EEE o Suiza; basta con que la empresa se encuentre establecida en un Estado miembro y autorizada a escala nacional para operar como ETT. Tampoco se establecen requisitos especiales respecto del personal desplazado cedido; es suficiente con que exista (y se mantenga durante el desplazamiento) una relación laboral entre la empresa y la persona trabajadora que, de hecho, puede ser contratada expresamente para su cesión.

No está de más recordar que la Directiva (UE) 2018/957 incorporó a la Directiva 96/71/CE un nuevo art., el 3.1-ter por el que se obliga a los Estados miembros a garantizar a los trabajadores desplazados por una ETT las condiciones esenciales de trabajo que se aplican, de conformidad con el art. 5.1 de la Directiva 2008/104/CE, a los trabajadores cedidos durante su misión, es decir, las reconocidas a los trabajadores de la empresa usuaria. Esta modificación fue relevante; hasta entonces, los ordenamientos nacionales de trece Estados miembros no contemplaban el derecho a la igualdad de trato de las personas cedidas desplazadas respecto de las personas trabajadoras cedidas a nivel nacional². En la práctica, esta desigual

¹ Aunque la cesión de personal no se aproxima *stricto sensu* a la delimitación conceptual clásica de una prestación de servicios, el TJUE ha aclarado que esta actividad debe ser considerada como tal, entre otros motivos, porque reúne los requisitos del art. 57 TFUE. *Vid.* por todas, STJUE 17 diciembre 1981, asunto 279/80, *Procedimiento penal entablado contra Alfred John Webb*, punto 9, y STJUE 10 febrero 2011, asuntos acumulados C-307/09, C-308/09 y C-309/09, *Vicoplus SC PUH (C-307/09)*, *BAM Vermeer Contracting sp. zoo (C-308/09)* y *Olbek Industrial Services sp. zoo (C-309/09)* c. *Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*, punto 27.

² En Austria, Chipre, Croacia, Estonia, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia, Grecia, Hungría,

transposición provocaba que los trabajadores desplazados cedidos a determinados países pudieran recibir una remuneración inferior y diferentes condiciones de trabajo (normalmente peores) en su comparativa con los trabajadores cedidos a escala nacional³.

Afortunadamente, esta desigualdad de trato fue erradicada, al menos, en lo relativo a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo reconocidas a las personas desplazadas cedidas, lo que previsiblemente contribuirá a la reducción de cierta competencia desleal en el mercado interior por impedir que un trabajo de igual valor, desempeñado en el mismo lugar, se retribuya de forma distinta⁴. Ahora bien, en los desplazamientos efectuados por una ETT hay otro factor susceptible de provocar competencia desleal entre empresas y generar desigualdades entre trabajadores que realizan un mismo trabajo en un mismo lugar: la sujeción a un sistema nacional de seguridad social (el del país de origen) incumpliendo las reglas y requisitos fijados en los arts. 12.1 del Reglamento (CE) n. 883/2004 y 14.2 del Reglamento (CE) n. 987/2009. Aquí la elección del régimen legal más favorable y/o el establecimiento de empresas en Estados con inferiores costes de seguridad social (donde no se prestan realmente actividades productivas) continúa siendo una realidad; así lo demuestran las resoluciones del TJUE, que dan prueba del fenómeno y de la existencia de ETTs con domicilios de conveniencia para explotar estas diferencias.

Esta práctica es contraria al Derecho de la Unión y no es (ni será) sencillo erradicarla, ahora bien, la exigencia de cumplimiento de los requisitos establecidos en los Reglamentos de coordinación cuando se solicitan los documentos portátiles A1 (certificados A1) podría ser un elemento disuasorio eficaz, sobre todo, para comprobar que la empresa que desplaza trabajadores lleva a cabo actividades sustanciales (no puramente

Irlanda, Letonia, Polonia y Reino Unido no se hizo uso del art. 3.9 de la Directiva 96/71/CE, de forma que solo se reconocía a los desplazados cedidos a estos países la aplicación del núcleo mínimo de protección incluido en el art. 3.1. En España si se efectuó una transposición expansiva de la norma originaria y se estableció el principio de igualdad retributiva entre trabajadores desplazados cedidos y los trabajadores cedidos a escala nacional. Así viene recogido actualmente en el art. 4.2 de la Ley 45/1999 y en el art. 11 de la Ley 14/1994 por la que se regulan las ETTs.

³ Cfr. E. VOSS, *Posting of Workers Directive – current situation and challenges*, IP/A/EMPL/2016-07, European Parliament, 2016, p. 25.

⁴ En profundidad, analizando las obligaciones en los desplazamientos realizados por ETTs, M. VELÁZQUEZ, *Los desplazamientos transnacionales de las personas trabajadoras: novedades y desafíos de la transposición de la Directiva 2018/957/UE al ordenamiento jurídico español*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 461-462, pp. 77 y 82-83, y M. LLOBERA, *La reforma del régimen español de desplazamiento transnacional de trabajadores: ¿qué ha cambiado tras el Real Decreto-Ley 7/2021*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2021, n. 151, pp. 129-132.

administrativas o de gestión interna) y que existe un vínculo real entre esta y el país de origen del desplazamiento⁵. Estos requisitos, por cierto, son similares a los recogidos en la Directiva 2014/67/UE (Directiva *enforcement*), que fueron incorporados al Derecho de la Unión en 2014 con la intención de ayudar a las instituciones y autoridades competentes a identificar desplazamientos reales, prevenir abusos y disponer de criterios para determinar si una empresa realiza actividades sustantivas en el Estado de establecimiento⁶.

Antes de adentrarnos en el análisis jurídico de la cuestión que da título a este artículo, lanzo un par de preguntas que, a menudo, nos formulamos quienes nos dedicamos al estudio de la movilidad laboral intracomunitaria:

1. ¿cuántas personas trabajadoras son desplazadas actualmente en la UE⁷ y cuántas de ellas son cedidas a escala transnacional por una ETT?
2. ¿hay realmente diferencias de costes de seguridad social entre los Estados susceptibles de provocar competencia desleal?

Para responder a la primera pregunta podemos acudir a los certificados A1 y, a partir de ellos, obtener una aproximación al número de personas desplazadas por ETTs en el mercado interior: en el año 2020 se llevaron a cabo casi 51.200 desplazamientos transnacionales de este tipo⁸. Esta cifra apenas supone el 1,5% del total de personas desplazadas que solicitaron un certificado A1 durante ese mismo año, que fue de 3.675.687, ahora bien, hay que tener en cuenta que 15 de los 32 países considerados (entre los que se encuentra España) no facilitaron información al respecto, por lo que es previsible que la cifra sea mucho mayor.

La respuesta corta y sin rodeos a la segunda pregunta es la siguiente: sí, existen actualmente diferencias de costes de seguridad social entre Estados miembros que pueden provocar competencia desleal entre empresas. Veamos un ejemplo:

⁵ Cuando una persona es enviada al territorio de otro país de la UE/EEE o Suiza, la empresa o la persona desplazada deben dirigirse a la institución competente del país de origen (en España, a la TGSS) para solicitar y, en su caso, obtener un certificado A1 que acredita la vinculación con el sistema y legislación de seguridad social del Estado de origen y, por tanto, la no aplicación de la del Estado de acogida. *Vid.*, por todas, STJUE 11 julio 2018, asunto C-356/15, *Comisión Europea c. Reino de Bélgica*, punto 85.

⁶ *Vid.* art. 4, §§ 2 y 3, Directiva 2014/67/UE.

⁷ Una investigación que incluye, por primera vez, datos sobre el volumen y características del desplazamiento de trabajadores hacia y desde España puede verse en D. CARRASCOSA BERMEJO, Ó. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *Posted Workers from and to Spain. Fact and Figures*, POSTING.STAT, 2022 (versión en español: [Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras](#)).

⁸ *Cfr.* F. DE WISPELAERE, L. DE SMEDT, J. PACOLET, *Posting of workers. Report on A1 Portable Documents issued in 2019*, European Commission, 2021, pp. 34, 55 y 56.

Cuadro 1 – Ahorro de costes por contribuciones a la seguridad social a cargo de la empresa según país de contratación (Francia, España, Bulgaria y Rumanía)

	Trabajador local (contratado en Francia)	Trabajador desplazado cedido desde España a Francia	Trabajador desplazado cedido desde Bulgaria a Francia	Trabajador desplazado cedido desde Rumanía a Francia
Remuneración bruta	2.910 €	2.283 €	1.991 €	1.637 €
(-) Seguridad social (a cargo del empleador y pagada en país origen)	(45%) -1.310 €	(29,9%) -683 €	(19,62%) -391 €	(2,25%) -37 €
Remuneración neta	1.600 €	1.600 €	1.600 €	1.600 €
Ahorro mensual para la ETT (por la no sujeción del trabajador desplazado al sistema de SS. francés)		627 €	919 €	1.273 €

Fuente: Elaboración propia basada en datos extraídos EUROSTAT, [Labour cost levels by NACE Rev. 2 activity](#), en [ec.europa.eu/eurostat](#), 29 marzo 2022; CLEISS, [El sistema francés de seguridad social. Tasas de las cotizaciones de seguridad social y por desempleo](#), en [www.cleiss.fr](#), 1º enero 2022; SEGURIDAD SOCIAL, [Bases y tipos de cotización 2022](#), en [www.seg-social.es](#), 3 enero 2022; PWC, [Romania. Individual – Other taxes](#), en [taxsummaries.pwc.com](#), 2 febrero 2022

Una comparativa de las contribuciones exigidas a los empleadores en sus respectivos sistemas de seguridad social muestran disparidades significativas; mientras en Francia las empresas deben asumir una cotización de un 45% sobre la remuneración bruta⁹, en España este porcentaje es del 29,9%, en Bulgaria del 19,62%¹⁰ y en Rumanía del 2,25%¹¹.

⁹ Vid. CLEISS, [El sistema francés de seguridad social. Tasas de las cotizaciones de seguridad social y por desempleo](#), en [www.cleiss.fr](#), 1º enero 2022.

¹⁰ Vid. MINISTRY OF ECONOMY AND INDUSTRY OF THE REPUBLIC OF BULGARIA, [Taxes and social security and health insurance contributions related to employees](#), en [www.mi.government.bg](#), 26 marzo 2021.

¹¹ En 2017 se llevó a cabo una reforma fiscal ultraliberal en Rumanía que supuso una reducción de casi 20 puntos en las contribuciones a cargo de la empresa que pasaron a ser, en gran parte, asumidas por los trabajadores. Desde enero de 2018, estos asumen un 35% y las empresas solo un 2,25% (que puede incrementarse entre un 4% y un 8% en caso de

Bien, como se ha mostrado en el cuadro 1, si tomamos como referencia un desplazamiento efectuado por una ETT establecida en España, Bulgaria o Rumanía para desplazar trabajadores con destino a Francia, observamos como, partiendo de una misma remuneración neta (1.600 €), el lugar de contratación puede suponer un ahorro de costes laborales significativo. Hemos visto un ejemplo de esto en el Cuadro 1.

2. La Ley de seguridad social aplicable a los trabajadores desplazados y evolución de la jurisprudencia del TJUE

En los supuestos de desplazamiento intracomunitario en el marco de una prestación de servicios transnacional son aplicables a las personas desplazadas el conjunto de reglas y principios incluidos en el sistema europeo de resolución del conflicto de leyes en materia de seguridad social¹². El marco normativo esencial lo encontramos en el Reglamento (CE) n. 883/2004 (norma base) y el Reglamento (CE) n. 987/2009 (norma de aplicación).

Lo primero que hay que advertir es que estas normas no tienen como finalidad armonizar los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, sino la adopción de medidas de coordinación entre los sistemas nacionales y el establecimiento de criterios comunes destinados a que las personas que prestan o han prestado servicios en varios países no vean perjudicados sus derechos de protección en materia de seguridad social¹³. En el caso concreto de las y los trabajadores por cuenta ajena que ejercen una actividad laboral en el territorio de un Estado miembro y son enviados temporalmente a otro Estado en el marco de una prestación de servicios transnacional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 del Reglamento base rige el principio de unicidad de la legislación aplicable (como sucede con los trabajadores migrantes o fronterizos), de forma que, como regla

condiciones especiales de trabajo. Un análisis crítico de esta reforma legal puede verse en I. TACHE, *Examining the Recent Changes to Tax and Social Security Legislation in Romania*, en *Journal of Smart Economic Growth*, 2017, vol. 2, n. 4.

¹² En profundidad sobre este, M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *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*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, n. 93.

¹³ *Vid.* J. LÓPEZ GANDÍA, *Movilidad transnacional y Seguridad Social. Especial referencia a los desplazamientos de trabajadores*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 416, pp. 53-87. En parecidos términos, Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2017, n. 132, p. 263.

general, exclusivamente se tendrá en cuenta una norma nacional para determinar los derechos y obligaciones en materia de seguridad social¹⁴. Ahora bien, ¿qué legislación es la aplicable?

Con la excepción de las personas trabajadoras a bordo de un buque en el mar¹⁵ y del personal que forma parte de la tripulación de vuelo o de cabina¹⁶, la aplicación de la ley de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena desplazados en el marco de una prestación de servicios dependerá de dos factores. El primero, de si la persona desplazada por su empresa es enviada para efectuar el desempeño laboral en un solo país, o si son dos o más los países en los que se prestarán servicios. El segundo, del cumplimiento de los siguientes cuatro requisitos:

1. preexistencia de una relación laboral por cuenta ajena;
2. mantenimiento del vínculo contractual trabajador/empresa;
3. desempeño habitual de actividad laboral en el Estado de origen;
4. limitación temporal del desplazamiento (24 meses).

Estos requisitos para la aplicación de la legislación de seguridad social de un Estado miembro concreto se han matizado gracias a la intervención del TJUE y fueron incorporados al Reglamento base con la intención de lograr su mejor interpretación y, con ello, tratar de evitar algunas prácticas fraudulentas¹⁷. También han sido aclarados en la [Guía práctica Sobre la legislación aplicable en la Unión Europea \(UE\), el Espacio Económico Europeo \(EEE\) y Suiza](#) y completados en las decisiones de la Comisión

¹⁴ Igualmente, B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALEANO, *Desplazamiento y Traslado de Trabajadores al Extranjero. Régimen Laboral y de Seguridad Social y Cuestiones de Competencia Judicial*, Aranzadi, 2017, p. 122, y J. FERNÁNDEZ COSTALES-MUÑIZ, *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores. Los retos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*, Reus, 2018, p. 161.

¹⁵ 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 país, ahora bien, 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 país si reside en este. La empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario a efectos de dicha legislación. *Vid.* art. 11.4, Reglamento (CE) n. 883/2004.

¹⁶ El art. 11.5 del Reglamento base, introducido por el Reglamento (UE) n. 465/2012, dispone que «la actividad de un miembro de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o mercancías se considerará una actividad realizada en el Estado miembro en el que se encuentre la “base” con arreglo a la definición incluida en el anexo III Reglamento (CEE) n.º 3922/91».

¹⁷ *Cfr.* A. DESDENTADO BONETE, *Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004*, en [Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales](#), 2006, n. 64, p. 22.

Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social que, aun no siendo vinculantes, resultan imprescindibles para dar cumplimiento a los requerimientos señalados, para facilitar una efectiva colaboración administrativa entre los sistemas de seguridad social y para cumplir con el principio de cooperación leal de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.3 TUE¹⁸.

En principio y siempre que se cumplan las condiciones fijadas, las personas trabajadoras desplazadas que efectúan trabajos en un solo país de la UE/EEE o Suiza durante su desplazamiento, siguen vinculados al sistema de seguridad social del país en el que su empleador ejerce normalmente sus actividades (Estado de origen o empleo habitual). Así lo estipula el art. 12.1 del Reglamento (CE) n. 883/2004 donde se establece que, siempre y cuando no trascurren más de 24 meses y la persona en cuestión no sea enviada en sustitución de otra desplazada previamente, quedará sujeta a la legislación de un único Estado (el de aseguramiento o de origen), conservando una única afiliación, alta y cotización. La norma establece, por tanto, una excepción a la regla general contemplada en su art. 11.3.a del Reglamento base que determina que, de acuerdo con el principio de territorialidad, es de aplicación la ley del lugar de trabajo (*lex loci laboris*).

Esta excepción permite que, para el caso de las personas trabajadores desplazadas temporalmente a otro Estado miembro, aun no coincidiendo el lugar de prestación de servicios ocasional y la ley aplicable, se mantenga la relación jurídica de seguridad social con el país de procedencia a todos los efectos (afiliación, alta y cotización)¹⁹, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el art. 12.1 del Reglamento base, precisados en el art. 14 del Reglamento de aplicación. Estos son: preexistencia de un vínculo contractual empresa/trabajador y sujeción (previa al desplazamiento) a la

¹⁸ [Vid. Decisión n. A2 de 12 de junio de 2009 relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento \(CE\) n. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente](#) y [Decisión n. 181 de 13 de diciembre de 2000, de la Comisión Administrativa, relativa a la interpretación del apartado 1 del art. 14, del apartado 1 del art. 14bis y de los apartados 1 y 2 del art. 14ter del Reglamento CEE 1408/71.](#)

¹⁹ En el caso español, por ejemplo, cuando una persona es desplazada al extranjero por su empresa y se comunica a la TGSS, su situación pasa de “alta normal” a la situación de “asimilada al alta”. A partir de entonces y aunque realiza su trabajo en otro país, se mantiene la obligación de cotizar en España y se producen especialidades en materia de asistencia sanitaria e incapacidad temporal a través del sistema de compensaciones. *Cfr.* art. 166.3, [RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social \(LGSS\)](#), y [Orden de 27 de enero de 1982 por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de Empresas españolas.](#)

legislación de seguridad social del Estado donde la empresa se encuentra establecida²⁰.

Junto al cumplimiento de estos requisitos de índole formal y de temporalidad máxima²¹, encontramos otra condición sobre la que la jurisprudencia del TJUE ha evolucionado a medida que ha recibido cuestiones prejudiciales sobre la materia y que resulta indispensable para mantener la sujeción al sistema de la seguridad social del país de origen: la necesidad de acreditar por parte de la empresa que desplaza el desempeño de una actividad económica relevante en el país de establecimiento, más allá de la mera actividad de gestión interna (art. 14.2 del Reglamento de aplicación). La finalidad de esta condición reside en la necesidad de comprobar si el desplazamiento es efectuado por una empresa que realmente desarrolla actividades en el país de establecimiento y no por una empresa buzón (*letterbox company*) creada de forma testimonial en el Estado de contratación con la intención de pagar menos cotizaciones. En efecto, únicamente aquella entidad que desarrolle habitualmente actividades significativas en el territorio del Estado de establecimiento puede beneficiarse, respecto de las personas enviadas a otro país miembro, de la ventaja ofrecida por la excepción prevista por los Reglamentos de coordinación²².

²⁰ El art. 14.1 del Reglamento (CE) n. 987/2009 determina que el trabajador ha de estar ya sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa esté establecida (origen). Aunque no se fija en los Reglamentos la duración del vínculo previo, la [Decisión n. A2](#), en su § 1, cuarto apartado, precisa que se entenderá que el trabajador ha estado sujeto a la legislación del país de empleo habitual cuando haya estado en alta, al menos, un mes. Si el plazo es menor, deberá evaluarse el caso concreto atendiendo al resto de factores.

²¹ En relación con este plazo máximo de 24 meses, el § 3.b de la [Decisión n. A2](#) precisa que no suponen una suspensión del plazo las breves interrupciones provocadas por vacaciones, enfermedad, formación, etc.; estas deben incluirse dentro del cómputo.

²² *Vid.* STJUE 4 octubre 2012, asunto C-115/11, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe sp. z o.o. c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych*, punto 32; STJUE 9 noviembre 2000, asunto C-404/98, *Josef Plum c. Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln*, punto 22; STJUE 17 diciembre 1970, asunto 35-70, *S.A.R.L. Manpower c. Caisse primaire d'assurance maladie de Strasbourg*, punto 16; STJUE 10 febrero 2000, asunto C-202/97, *Fitzwilliam Executive Search Ltd (FIS) c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, puntos 42-43, donde se aclara que, para determinar si una ETT ejerce habitualmente actividades significativas en el Estado de establecimiento, las instituciones competentes deben comprobar, entre otros parámetros: 1) si el lugar del domicilio social de la empresa y de su administración coinciden; 2) la plantilla de personal administrativo que trabaja en el país de establecimiento y en el país de prestación temporal; 3) el lugar donde se contrata a los desplazados y donde se celebran la mayor parte de los contratos con la clientela; 4) la ley aplicable a los contratos de trabajo celebrados por la empresa con sus trabajadores, por una parte, y con sus clientes, por otra; 5) el volumen de negocios realizado durante un período suficientemente significativo en cada Estado miembro de que se trate.

El mantenimiento de la ley de seguridad social del país de establecimiento (Estado de origen o envío) y la excepción de aplicación de la legislación del país de trabajo efectivo/temporal (que solo concurrirá si se cumplen los requisitos señalados) ha tenido *ab initio* dos finalidades claras: por una parte, el impulso de la libre circulación de trabajadores (arts. 45-48 TFUE) y, por otra, el fomento de la libre prestación de servicios (arts. 56-62 TFUE)²³. Se ha pretendido así, por una parte, superar los obstáculos que pudieran dificultar el ejercicio de esta libertad, favoreciendo la interpenetración económica y evitando complicaciones administrativas²⁴ y, por otra, que las personas trabajadoras (migrantes o desplazadas) no se vean privadas de protección en materia de seguridad social a falta de legislación que les sea aplicable²⁵. Asimismo, también ha tenido entre sus objetivos evitar la acumulación de legislaciones nacionales aplicables, la fragmentación y/o duplicidad de cotizaciones y los problemas derivados del aseguramiento sucesivo a diferentes sistemas de seguridad social por periodos breves²⁶.

Otro supuesto específico es el de aquellas personas trabajadoras que prestan servicios en una empresa establecida en un Estado miembro y son enviadas a realizar actividades de forma simultánea en dos o más países con carácter temporal. Para considerarlas como trabajadores/as que ejercen normalmente trabajo en dos o más países, las actividades desarrolladas en cada uno de ellos deben ser significativas y no marginales, es decir, deben representar más del 5% del tiempo de trabajo o de la remuneración total percibida²⁷. Aquí también concurre la excepción a la regla general por la que no se aplica la ley del lugar de ejecución de servicios (Estado de empleo/acogida); en este supuesto se siguen otras pautas de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 13 del Reglamento base y 14 del Reglamento de aplicación, de forma que se aplicará: a) la legislación del Estado de residencia, siempre que el trabajador ejerza una parte sustancial de la

²³ Ampliamente sobre esta cuestión, D. CARRASCOSA BERMEJO, *Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas*, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 2019, n. 142, p. 41.

²⁴ *Vid.*, por todas, STJUE 25 octubre 2018, asunto C-451/17, “Walltopia” AD c. Direktor na Teritorialna direktsia na Natsionalnata agentsia za prihodite – Veliko Tarnovo, punto 38.

²⁵ *Vid.* STJUE 16 julio 2020, asunto C-610/18), AFMB e.a. Ltd c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank, punto 40.

²⁶ En este sentido, D. CARRASCOSA BERMEJO, *Ley nacional aplicable (laboral y de Seguridad Social) al personal de vuelo y la incidencia del desplazamiento en la Unión Europea*, en I. SÁNCHEZ DEL RÍO MORETA (dir.), *Congreso de derecho laboral aéreo solidario por el Covid-19*, Universidad Pontificia Comillas, 2020, p. 55. Y, también, M. VELÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 91.

²⁷ En otro caso (actividad en uno de los Estados inferior al 5%) no se consideran como trabajadores que ejercen normalmente actividad en dos o más países. *Cfr.* art. 14.5-ter, Reglamento (CE) n. 987/2009.

actividad en dicho Estado (más del 25%) o si depende de varias empresas que tienen su sede o lugar de domicilio en diferentes Estados miembros; en su defecto, b) la ley del país en el que la empresa que lo emplea principalmente tenga su sede o domicilio, siempre que el trabajador no ejerza una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia.

Hay que tener en cuenta que, aunque exista prestación simultánea de servicios en dos o más Estados e independientemente de la ley aplicable según los criterios señalados, a efectos de seguridad social resulta también de aplicación el principio de unicidad de la legislación aplicable y, por lo tanto, se considera que la persona trabajadora desarrolla toda su actividad en un solo país. Ahora bien, la prestación debe ser simultánea, pues en caso de no existir una segunda prestación concurrente que suponga la realización de actividades alternas en dos o más países estaríamos ante un desplazamiento para prestar servicios en un solo país que entra dentro del ámbito de aplicación del art. 12.1 del Reglamento base²⁸.

Estas excepciones a la regla general de aplicación de la ley de seguridad social del país de prestación de servicios, tanto de los desplazamientos a un solo Estado, como de los desplazamientos a dos o más Estados, han resultado beneficiosas para el fomento de la libertad de circulación, ahora bien, también han podido coadyuvar en la generación de competencia desleal entre operadores intracomunitarios y *dumping* social a consecuencia de la inexistencia, en muchos casos, de un verdadero desplazamiento o de su realización a través de empresas buzón o con domicilio de conveniencia. Estas empresas no desarrollan actividades reales en el Estado de establecimiento y solo se crean de forma testimonial o ficticia con la intención de aprovechar los inferiores costes laborales y de seguridad social respecto del país donde se realiza la actividad²⁹. De esa forma, disfrutaban de una ventaja competitiva sobre las empresas locales que asumen cargas sociales más elevadas en el país de prestación del servicio³⁰.

²⁸ La prestación de servicios en dos o más países debe producirse de forma simultánea. Si se trabaja dos meses en un país y finalizada esta prestación se trabajan otros dos en otro Estado no se está en presencia de trabajo en dos o más países. *Vid.* COMISIÓN ADMINISTRATIVA DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL, [Guía práctica Sobre la legislación aplicable en la Unión Europea \(UE\), el Espacio Económico Europeo \(EEE\) y Suiza](#), 2013, pp. 22-43.

²⁹ Igualmente, D.M. CAIRÓS BARRETO, *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 O. FOTINOPOULOU BASURKO (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la UE: presente y futuro*, Atelier, 2017, p. 127.

³⁰ Ejemplos de lo recién expuesto pueden verse, entre otras, en la sentencia *Plum*, cit.; STJUE 12 septiembre 2006, asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes*

Uno de los últimos y más representativos ejemplos del escenario planteado lo encontramos en la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-784/19³¹, que tiene su origen en un caso que merece la atención de quienes nos dedicamos al estudio del Derecho social europeo en general y al estudio del desplazamiento transnacional de trabajadores en particular. Veámoslo.

3. El caso *Team Power Europe*: ¿un nuevo capítulo de la serie *Letterbox companies*?

Los hechos que dieron origen a esta importante sentencia para el devenir de los desplazamientos efectuados por ETTs de dimensión transnacional son los siguientes: la empresa Team Power Europe está establecida en la ciudad de Varna (Bulgaria) y registrada en la Agencia de empleo búlgara como ETT. Se dedica desde el 22 de mayo de 2017 a la intermediación laboral para la búsqueda de empleo y cesión de trabajadores en Bulgaria y en otros países. El 8 de octubre de 2018 celebró un contrato de trabajo con un trabajador búlgaro (operador de maquinaria en el sector del metal) para su cesión a una empresa usuaria domiciliada en Alemania hasta el 21 de diciembre de 2018, ahora bien, no fue hasta mayo de 2019 (con 7 meses de retraso respecto de la fecha de desplazamiento efectivo) cuando solicitó a la institución competente (la Dirección territorial de la Agencia nacional de recaudación de Bulgaria) la expedición de un certificado A1 para acreditar la vinculación y aplicación de la legislación de seguridad social de Bulgaria al trabajador desplazado.

Esta solicitud fue denegada por la institución nacional competente al entender que la situación no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del art. 12.1 del Reglamento base ya que, tal como se relata en la sentencia, no se había mantenido relación directa trabajador/empresa cesionaria y, sobre todo, porque no se acreditó que Team Power llevara a cabo una “actividad sustancial” en Bulgaria. El organismo competente llegó a esta última conclusión al comprobar que, primero, el contrato entre la empresa cesionaria y la empresa usuaria se celebró de conformidad con las condiciones y el Derecho alemán; segundo, la empresa cesionaria no empleaba trabajadores en territorio búlgaro (a excepción del personal

Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue; STJUE 2 mayo 2006, asunto C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*; STJUE 28 junio 2007, asunto C-73/06, *Planzer Luxembourg Sàrl c. Bundeszentralamt für Steuern*; STJUE 6 febrero 2018, asunto C-359/16, *Procedimiento penal entablado contra Altun y otros*.

³¹ [“Team Power Europe” EOOD c. Direktor na Teritorialna direktsia na Natsionalna agentsia za prihodite – Varna.](#)

administrativo y de dirección) ni realizaba actividades con empresas establecidas en este país; y, tercero, el volumen de negocio procedía, exclusivamente, de las actividades de cesión de trabajadores a Alemania.

La resolución denegatoria para la expedición del certificado A1 y, por lo tanto, la no sujeción a la legislación de seguridad social de Bulgaria del trabajador en cuestión fue impugnada por la empresa que, tras agotar la vía administrativa, interpuso un recurso ante el tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Varna solicitando su anulación. En esencia, la empresa alegaba que se cumplían los requisitos establecidos en los arts. 12.1 del Reglamento base y 14.2 del Reglamento de aplicación ya que, a su juicio, desempeñaban «actividades sustanciales de selección, contratación y afiliación a la seguridad social de trabajadores que son cedidos temporalmente» (*sic*), no siendo estas tareas de «mera gestión interna»³². También defendió que, aunque su volumen de negocios estaba vinculado con la realización de operaciones con empresas usuarias establecidas en otros países, esta circunstancia no implica necesariamente que solo desarrolle sus actividades fuera de Bulgaria.

Ya habrá intuido el lector el objeto de debate de los hechos relatados. En síntesis, se trataba de dilucidar si Team Power ejerció en Bulgaria actividades significativas/sustanciales/relevantes pues, como hemos visto, este requisito resulta indispensable para la aplicación del art. 12.1 del Reglamento base, con todas sus consecuencias.

En este contexto y con buen criterio, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Varna, de conformidad con el art. 267 TFUE decidió suspender el procedimiento y plantear al garante del Derecho de la Unión una cuestión prejudicial. Y es que, hasta la fecha coexistían dos líneas jurisprudenciales dispares en las resoluciones emitidas por el Tribunal búlgaro relativas a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar si una ETT ejerce actividades sustanciales en el territorio del Estado miembro de establecimiento; la primera línea jurisprudencial entiende que basta con que la ETT figure inscrita en el país de establecimiento, esté registrada como sociedad mercantil y celebre en él los contratos de trabajo y los contratos de puesta a disposición para la cesión de trabajadores a empresas usuarias. La segunda, sin embargo, interpreta que el ejercicio de actividades sustanciales (distintas de la mera gestión interna), implica no solo el cumplimiento de los requisitos formales referentes a su inscripción, autorización y domicilio social en territorio búlgaro, sino que para probar que realiza actividades sustanciales, la ETT debe ejercer su actividad de cesión de trabajadores en favor de empresas usuarias establecidas en el

³² *Ibidem*, punto 24.

mismo Estado en el que se encuentre establecida (Bulgaria), no exclusivamente en favor de empresas situadas en otros países (Alemania)³³. Hay que advertir que la jurisprudencia del TJUE conectada con casos similares³⁴ ha venido aclarando las cuestiones más controvertidas en relación con la cesión lícita y la aplicación correcta de los arts. 12.1 del Reglamento base y 14.2 del Reglamento de aplicación a las personas trabajadoras desplazadas en el marco de una prestación de servicios transnacional, ahora bien, lo cierto es que una situación como la descrita no había llegado hasta la fecha a conocimiento del TJUE³⁵. En lo esencial, se trataba de aclarar qué tipo de actividades debe realizar una ETT en el país de establecimiento para poder considerar que ejerce normalmente en este actividades sustanciales, distintas a las de mera gestión interna y con ello, poder quedar comprendida en el ámbito de aplicación del art. 12.1 del Reglamento base a efectos de la sujeción de los trabajadores desplazados al sistema de seguridad social del país de origen durante el periodo de cesión transnacional.

En los siguientes apartados se desglosan algunas preguntas/respuestas relacionadas con la principal controversia planteada en este caso que ha servido al TJUE para ofrecer una resolución donde ha primado la salvaguarda de la competencia leal y la igualdad de trato, sobre la defensa (sin límites ni condiciones) de la libre prestación de servicios en el mercado interior y el aprovechamiento de las diferencias en costes de seguridad social entre países como elemento para obtener ventajas competitivas.

3.1. ¿Puede una ETT desplazar trabajadores a otros Estados y beneficiarse de la ventaja ofrecida por el artículo 12.1 del Reglamento base?

Por supuesto; la libre prestación de servicios en el mercado interior lo admite y fomenta, eso sí, cumpliendo con los requisitos legales y jurisprudenciales establecidos. De conformidad con los Reglamentos de coordinación y la interpretación efectuada por el TJUE en el caso [Team Power Europe](#), para aplicar la excepción a la regla general *lex loci laboris* y que

³³ [Ibidem](#), puntos 26-29.

³⁴ Por ejemplo, en los asuntos *Manpower*, cit., *FTS*, cit., *AFMB*, cit., y en la STJUE 6 septiembre 2018, asunto C-527/16, *Salzburger Gebietskrankenkasse y Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz c. Alpenrind GmbH y otros*.

³⁵ Igualmente, J.P. PARRA GUTIÉRREZ, *¿Un nuevo cuarteto de sentencias en el ámbito del desplazamiento de trabajadores?*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 86, p. 1, y Á. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *El desplazamiento de trabajadores realizado por ETTs. Breve comentario a la STJUE de 3 de junio de 2021 (C-784/19, asunto Team Power Europe)*, en *NET21*, 2021, n. 5, p. 4.

los trabajadores desplazados cedidos sigan sujetos al sistema de seguridad social del país de origen deberán llevarse a cabo por parte de la empresa actividades sustanciales en el Estado de establecimiento. En este sentido, para el caso específico del desplazamiento intracomunitario realizado por una ETT, se entiende que este requisito se cumple cuando hay cesión de trabajadores en favor de empresas usuarias que desarrollan sus actividades en el mismo Estado³⁶. Es decir, no basta con que la ETT esté registrada y desempeñe tareas de selección, contratación y cesión (exclusiva) a otros Estados miembros, sino que debe efectuar actividades significativas de cesión de trabajadores para empresas usuarias establecidas en el mismo país. Lo contrario, esto es, permitirles disfrutar de la ventaja ofrecida por el art. 12.1 del Reglamento (CE) n. 883/2004 (la sujeción de los trabajadores desplazados al sistema de seguridad social de origen) sin realizar actividad de cesión de trabajadores en el propio Estado de establecimiento, tendría el riesgo de fomentar la deslocalización de empresas y la elección de domicilios de conveniencia (*forum shopping*) con la intención de lograr la aplicación de la legislación más beneficiosa en términos de reducción de costes empresariales de seguridad social³⁷. Pero no solo, como bien concluye el TJUE, «tendría el efecto de generar, entre las diferentes modalidades de empleo posibles, una distorsión de la competencia en beneficio del recurso al trabajo a través de empresas de trabajo temporal frente a aquellas empresas que contratan directamente a sus trabajadores, los cuales estarían afiliados al régimen de seguridad social del Estado miembro en el que trabajan»³⁸.

3.2. ¿Realizaba Team Power una actividad sustancial en territorio búlgaro o solo tareas de mera gestión interna?

Esta ha sido una de las principales dificultades hermenéuticas del caso que, no había sido sometida a conocimiento del TJUE hasta la fecha. Como se relata en la sentencia, en ningún momento desde su constitución, Team Power llevó a cabo en el territorio del Estado miembro de establecimiento actividades propias de una ETT, tales como la intermediación en la búsqueda de empleo y puesta a disposición de personal a empresas usuarias ubicadas en dicho Estado. Es decir, no es que la empresa no llevara a cabo

³⁶ Así se ha declarado en el asunto *Team Power Europe*, cit., punto 66.

³⁷ Igualmente se advirtió en Ó. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *Desplazamiento de trabajadores y la revisión del marco legal europeo: ¿el principio del fin del dumping social y la competencia desleal?*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2021, n. 69, p. 643.

³⁸ Asunto *Team Power Europe*, cit., punto 65 *in fine*.

actividades sustanciales/sustantivas en territorio búlgaro, es que no efectuó (o no quedó demostrado en el marco del procedimiento judicial seguido por el tribunal nacional) actividades de cesión de trabajadores a empresas establecidas en Bulgaria³⁹. Es más, como también quedó acreditado: 1) la empresa no empleaba trabajadores en territorio búlgaro (salvo personal administrativo y de dirección); 2) la totalidad de sus ingresos procedían de actividades llevadas a cabo en Alemania; 3) únicamente declaró (a efectos fiscales) la realización de actividades en el territorio de este país (distinto al de su constitución), no existiendo contratos de puesta a disposición celebrados con empresas que desarrollasen sus actividades en Bulgaria⁴⁰. ¿Blanco y en botella? Podría decirse que sí, no obstante, lo explicaré en términos académicamente más aceptables: la evaluación global de todos los elementos fácticos presentes en el caso acreditaba que la empresa no llevaba a cabo realmente actividades sustantivas que no fueran puramente administrativas o de gestión interna en el Estado de establecimiento. Esta sospecha, llevó a la institución competente búlgara a denegar la expedición del certificado A1 y, con ello, la sujeción del trabajador desplazado a su sistema de seguridad social durante la cesión a una empresa usuaria establecida en Alemania. Sometida esta controversia a conocimiento del máximo intérprete del Derecho de la Unión, este ha declarado y sentado un precedente judicial claro: para considerar que una ETT establecida en un Estado miembro ejerce normalmente sus actividades en ese mismo Estado en el sentido del art. 12.1 del Reglamento (CE) n. 883/2004, la empresa debe realizar una parte sustancial de su actividad de cesión de trabajadores en favor de empresas usuarias que estén establecidas y ejerzan sus actividades en el territorio de dicho país.

De nuevo, y como ya concluimos también respecto de la intervención del TJUE en el asunto *Gruber Logistics*⁴¹, jaque mate⁴².

³⁹ *Ibidem*, puntos 26-29.

⁴⁰ Este caso es un buen ejemplo aplicativo de los parámetros que sirven a las instituciones competentes para determinar si una ETT ejerce habitualmente actividades significativas en el país de establecimiento. *Vid.* el asunto *FTS*, cit., puntos 42-43.

⁴¹ STJUE 15 julio 2021, asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20, *DG y EH c. SC Gruber Logistics SRL y Sindicatul Lucrătorilor din Transporturi c. SC Samidani Trans SRL*.

⁴² *Vid.* A. BAYLOS GRAU, *Transporte internacional: trabajadores "móviles" no desplazados y mínimo salarial. Habla Óscar Contreras*, en baylos.blogspot.com, 12 octubre 2021.

3.3. ¿Se puede considerar a Team Power una empresa buzón?

No, en opinión del abogado general⁴³. Tal vez, según la interpretación que hagamos de la sentencia del TJUE. Sí, en opinión de quien suscribe. Reconozco que la mía es una opinión subjetiva basada en la delimitación conceptual de empresa buzón, “fantasma” o “pantalla” manejada por el propio Tribunal de Justicia⁴⁴ y por la doctrina⁴⁵. Este tipo de empresas pueden definirse como aquellas entidades que, para beneficiarse de una legislación concreta (más beneficiosa en términos fiscales, laborales o de costes de seguridad social) se establecen artificialmente, o sin cumplir con todos los requisitos legalmente exigibles, en un Estado distinto a aquel en el que realmente desarrollan sus actividades. Estas entidades no se dedican a negocios verdaderos y significativos en el país de origen, sino que son creadas con el único propósito de ofrecer servicios en el país de acogida evitando la aplicación de las normas de ese Estado, sobre todo en lo que respecta a la seguridad social, los salarios y otras condiciones de trabajo⁴⁶. De la información que se ha publicado sobre este caso, quedó demostrado que Team Europe no prestaba servicios, al menos de forma significativa, en el país de establecimiento (Bulgaria). También quedó probado que exclusivamente desempeñó actividades en el país de acogida (Alemania) e intentó beneficiarse de las condiciones más ventajosas en términos de costes laborales (contribuciones de seguridad social a cargo de la empresa) tratando de evitar la aplicación de la legislación de seguridad social del país de prestación de servicios. Juzguen ustedes mismos/as.

⁴³ Cfr. [Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 10 de diciembre de 2020](#) (asunto *Team Power Europe*, cit.), que, a diferencia del TJUE, entendió que salvo que se constate la presencia de un fraude o de un abuso, para estimar que una ETT ejerce normalmente sus actividades en el país donde está establecida, no es indispensable que una parte sustancial de su actividad de puesta a disposición de trabajadores se realice al servicio de empresas cesionarias establecidas en dicho país.

⁴⁴ Así las califica cuando se refiere a entidades establecidas de forma ficticia en un país miembro. *Vid.* el asunto *Planzer*, cit., punto 62.

⁴⁵ *Vid.* J. CREMERS, [Letter-box companies and abuse of the posting rules: how de primacy of economic freedoms and weak enforcement fine rise to social dumping](#), ETUI Policy Brief, 2014, n. 5.

⁴⁶ Una investigación interesante que prueba la existencia de empresas buzón en la UE puede verse en K. MCGAURAN, [The impact of letterbox-type practices on labour rights and public revenue. Four case studies on the use of letterbox companies and conduit entities to avoid labour laws, social premiums and corporate taxes](#), ETUC, 2016.

4. Conclusiones

Llegados a este último apartado, solo nos queda aportar algunos puntos conclusivos. El primero pasa por responder a la pregunta que da título a este artículo: ¿puede una ETT explotar las diferencias entre sistemas de seguridad social en la UE mediante el recurso a domicilios de conveniencia o la apertura de empresas buzón? La respuesta era bastante obvia: no, ahora bien, desde el año 2021 disponemos de una sentencia del TJUE que avala el cumplimiento de algunos requisitos ineludibles y clarifica dudas concretas sobre esta cuestión.

El caso [Team Power Europe](#) ha servido para conocer un supuesto donde había indicios claros de la concurrencia de esta práctica, permitiendo al Tribunal de Luxemburgo responder a una cuestión prejudicial que difiere de otras conectadas con la aplicación de la legislación de seguridad social a las personas desplazadas; en ellas, el objeto de debate o conflicto se enmarcaba siempre en un momento posterior a la emisión, nulidad y/o revocación de los certificados A1. En este caso, sin embargo, el litigio se planteó en un momento previo a la emisión del certificado A1 que, de hecho, nunca fue expedido por la institución competente al considerar que no concurrían los requisitos exigibles para ello.

Lo particularmente relevante de este caso es que ha permitido al garante del Derecho de la Unión superar las dificultades hermenéuticas relacionadas con el desempeño de actividades sustanciales que debe ejercer una ETT en el territorio del Estado miembro de establecimiento para poder disfrutar de la ventaja ofrecida por el art. 12.1 del Reglamento (CE) n. 883/2004. En efecto y, a partir de ahora, para aplicar la excepción a la regla general *lex loci laboris* y que los trabajadores desplazados cedidos sigan sujetos al sistema de seguridad social del país de origen deben llevarse a cabo por parte de la empresa actividades sustanciales en el Estado de establecimiento que, para el caso de una ETT, se entiende que concurren cuando se realiza cesión de trabajadores en favor de empresas usuarias que desarrollan sus actividades en el mismo Estado.

Entiendo que, sentado este precedente judicial, se logra un mayor equilibrio entre la legítima utilización de la libre prestación de servicios por parte de una ETT (que pueden ceder personal a Estados miembros distintos al de su establecimiento) y la lucha contra el fraude o el abuso de derecho, y es que, el desplazamiento de trabajadores tras la modificación de la Directiva 96/71/CE es previsible que siga siendo utilizado para exprimir al máximo la libre prestación de servicios en el mercado interior, optando por fórmulas de deslocalización estratégica o por el establecimiento de empresas buzón. El caso [Team Power Europe](#) ofrece un claro ejemplo de la apertura de

establecimientos de conveniencia por parte de una ETT con la finalidad de obtener mayores beneficios empresariales que, como hemos visto en el Cuadro 1, pueden producirse debido a las significativas diferencias por cotizaciones a la seguridad social exigidas a las empresas en los distintos Estados miembros. Ahora bien, nos encontramos en un nuevo escenario: la igualdad de trato incorporada por la Directiva (UE) 2018/957 entre las personas cedidas desplazadas respecto de las personas trabajadoras cedidas a escala nacional, la interpretación adecuada de los requisitos fijados en los Reglamentos de coordinación, en concreto, respecto del desempeño de actividades sustanciales por las ETTs, y las últimas resoluciones del TJUE en la materia, restringen cada vez más el fraude y el abuso y desincentivan este tipo de estrategias que creemos (y esperamos por el bien del mercado interior) van a verse reducidas en los próximos años.

5. Bibliografía

- BASTERRA HERNÁNDEZ M. (2021), *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*, en *Revista de Derecho Social*, n. 93, pp. 95-118
- BAYLOS GRAU A. (2021), *Transporte internacional: trabajadores “móviles” no desplazados y mínimo salarial*. Habla Óscar Contreras, en baylos.blogspot.com, 12 octubre
- CAIRÓS BARRETO D.M. (2017), *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 O. FOTINOPOULOU BASURKO (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la UE: presente y futuro*, Atelier
- CARRASCOSA BERMEJO D. (2020), *Ley nacional aplicable (laboral y de Seguridad Social) al personal de vuelo y la incidencia del desplazamiento en la Unión Europea*, en I. SÁNCHEZ DEL RÍO MORETA (dir.), *Congreso de derecho laboral aéreo solidario por el Covid-19*, Universidad Pontificia Comillas
- CARRASCOSA BERMEJO D. (2019), *Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas*, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n. 142, pp. 37-70
- CARRASCOSA BERMEJO D., CONTRERAS HERNÁNDEZ Ó. (2022), *Posted Workers from and to Spain. Fact and Figures*, POSTING.STAT (versión en español: *Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras*)
- CLEISS (2022), *El sistema francés de seguridad social. Tasas de las cotizaciones de seguridad social y por desempleo*, en www.cleiss.fr, 1º enero

- COMISIÓN ADMINISTRATIVA DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL. (2013), *Guía práctica Sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*, Comisión Europea
- CONTRERAS HERNÁNDEZ Ó. (2021), *Desplazamiento de trabajadores y la revisión del marco legal europeo: ¿el principio del fin del dumping social y la competencia desleal?*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 69, pp. 601-650
- CREMERS J. (2014), *Letter-box companies and abuse of the posting rules: how do primacy of economic freedoms and weak enforcement give rise to social dumping*, ETUI Policy Brief, n. 5
- DE WISPELAERE F., DE SMEDT L., PACOLET J. (2021), *Posting of workers. Report on A1 Portable Documents issued in 2019*, European Commission
- DESDENTADO BONETE A. (2006), *Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 64, pp. 19-40
- EUROSTAT (2022), *Labour cost levels by NACE Rev. 2 activity*, en ec.europa.eu/eurostat, 29 marzo
- FERNÁNDEZ COSTALES-MUÑOZ J. (2018), *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores. Los retos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*, Reus
- LÓPEZ GANDÍA J. (2017), *Movilidad transnacional y Seguridad Social. Especial referencia a los desplazamientos de trabajadores*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 416, pp. 53-87
- LLOBERA M. (2021), *La reforma del régimen español de desplazamiento transnacional de trabajadores: ¿qué ha cambiado tras el Real Decreto-Ley 7/2021*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n. 151, pp. 111-140
- MANEIRO VÁZQUEZ Y. (2017), *Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 132, pp. 249-282
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ Á. (2021), *El desplazamiento de trabajadores realizado por ETTs. Breve comentario a la STJUE de 3 de junio de 2021 (C-784/19, asunto Team Power Europe)*, en *NET21*, n. 5, pp. 1-7
- MCGAURAN K. (2016), *The impact of letterbox-type practices on labour rights and public revenue. Four case studies on the use of letterbox companies and conduit entities to avoid labour laws, social premiums and corporate taxes*, ETUC
- MINISTRY OF ECONOMY AND INDUSTRY OF THE REPUBLIC OF BULGARIA, *Taxes and social security and health insurance contributions related to employees*, en www.mi.government.bg, 26 marzo 2021
- PARRA GUTIÉRREZ J.P. (2022), *¿Un nuevo cuarteto de sentencias en el ámbito del desplazamiento de trabajadores?*, en *Trabajo y Derecho*, n. 86

- PWC (2022), *Romania. Individual – Other taxes*, en taxsummaries.pwc.com, 2 febrero
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALEANO B. (2017), *Desplazamiento y Traslado de Trabajadores al Extranjero. Régimen Laboral y de Seguridad Social y Cuestiones de Competencia Judicial*, Aranzadi
- SEGURIDAD SOCIAL (2022), *Bases y tipos de cotización 2022*, en www.seg-social.es, 3 enero
- TACHE I. (2017), *Examining the Recent Changes to Tax and Social Security Legislation in Romania*, en *Journal of Smart Economic Growth*, vol. 2, n. 4, pp. 39-47
- VELÁZQUEZ M. (2021), *Los desplazamientos transnacionales de las personas trabajadoras: novedades y desafíos de la transposición de la Directiva 2018/957/UE al ordenamiento jurídico español*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 461-462, pp. 73-97
- VOSS E. (2016), *Posting of Workers Directive – current situation and challenges*, IP/A/EMPL/2016-07, European Parliament

Jurisprudencia TJUE

- [Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 10 de diciembre de 2020](#), asunto C-784/19, “*Team Power Europe*” EOOD c. *Direktor na Teritorialna direktsia na Natsionalna agentsia za prihodite – Varna*
- STJUE 3 junio 2021, asunto C-784/19, “*Team Power Europe*” EOOD c. *Direktor na Teritorialna direktsia na Natsionalna agentsia za prihodite – Varna*

Normativa

- [RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social \(LGSS\)](#)
- [Orden de 27 de enero de 1982 por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de Empresas españolas](#)

Normativa Europea

- [Decisión n. A2 de 12 de junio de 2009 relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento \(CE\) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente](#)

[Decisión n. 181 de 13 de diciembre de 2000, de la Comisión Administrativa, relativa a la interpretación del apartado 1 del art. 14, del apartado 1 del art. 14bis y de los apartados 1 y 2 del art. 14ter del Reglamento CEE 1408/71](#)

El Reglamento (UE) 2020/1783 sobre obtención de pruebas en el extranjero y su traslación al proceso laboral

Luis Enrique NORES TORRES*

RESUMEN: La conflictividad que generan las relaciones transnacionales presenta una problemática específica no solo en cuanto a determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente, sino también en cuanto a la actividad probatoria. Esta materia ha sido objeto de tratamiento en el ámbito comunitario por el Reglamento (UE) 2020/1783 que sustituye al Reglamento (CE) n. 1206/2001. El objeto de este trabajo se encamina a dar cuenta de estas previsiones y las dificultades que suscita su traslación al proceso laboral.

Palabras clave: Proceso laboral, prueba, globalización, cooperación judicial.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las previsiones del Reglamento (UE) 2020/1783, de 25 de noviembre. 2.1. El ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2020/1783. 2.2. Los mecanismos para la obtención de pruebas arbitrados. 2.2.1. La solicitud de práctica de diligencias de obtención de pruebas en otro Estado miembro. 2.2.2. La solicitud de práctica directa de diligencias de obtención de pruebas en otro Estado miembro. 3. La traslación de estas previsiones al proceso laboral. 3.1. La proposición de su práctica: iniciativa y momento. 3.2. La elección del mecanismo de colaboración oportuno: su adecuación al tipo de prueba. 3.3. Algunas dificultades adicionales: incorporación, impugnación y gastos. 4. Bibliografía.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València (España).

Regulation (EU) 2020/1783 on Cooperation between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence and Labour Law Matters

ABSTRACT: Transnational employment relationships show some specific issues not only when it is about determinate which law is applicable and which judge is competent, but also it comes to evidentiary activity. Regulation (EU) 2020/1783 lays down rules about that question and it repeal Regulation (EC) No. 1206/2001. This study focuses on the meaning of that rules and how applies them in the labour law procedures.

Key Words: Labour procedure, evidence, globalization, judicial cooperation.

1. Introducción

1. El interés comunitario por la colaboración judicial ha acompañado a sus instituciones prácticamente desde los orígenes de las mismas hasta nuestros días, seguramente por la relevancia que tiene la materia como instrumento que facilita el correcto funcionamiento del mercado interior¹, pues una de las “barreras invisibles” que dificultan la integración es la existencia de entornos jurídicos diferenciados en distintos ámbitos clave, entre ellos, el procesal².

1.1. En este sentido, si bien desde una perspectiva muy general, ya el art. 220 del propio Tratado constitutivo de 1957 instaba a los Estados miembros a que actuaran para asegurar a sus nacionales la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales.

1.2. Y esa fórmula se ha seguido manteniendo y ampliando, hasta nuestros días³. Así, en el art. 81 TFUE (versión consolidada) no solo permanece dicho objetivo, sino que se recogen diferentes medidas funcionales al mismo, entre ellas, la cooperación en la obtención de pruebas, lo que no es sino reflejo del “protagonismo estelar” alcanzado por las cuestiones de cooperación judicial internacional⁴.

2. En este marco apenas descrito se inscribía el Reglamento (CE) n. 1206/2001, de 28 de mayo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, cuyos objetivos se relacionaban con incrementar la eficacia de la cooperación entre los países miembros en este terreno, incidiendo en la celeridad y simplificación de las actuaciones a seguir⁵.

2.1. Estos objetivos se intentaban lograr, de entrada, a través de los sistemas ideados para llevar a cabo la obtención de prueba: por un lado, la solicitud directa entre órganos, aunque admitiendo el recurso a un “órgano central”; por otro, la realización directa de la prueba.

¹ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo*, COLEX, 2005, p. 53.

² C.J. MOREIRO GONZÁLEZ, *Un marco jurídico más eficiente para la cooperación judicial en la UE*, en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2019, n. 10, p. 12.

³ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 53 ss.

⁴ M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Aranzadi, 2003, p. 42.

⁵ *Ibidem*, p. 50; C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de prueba. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Real Colegio de España, 2005, p. 168 ss.; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 77; A. YBARRA BORES, *La práctica de la prueba en materia civil y mercantil en la UE en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, n. 2, p. 250.

2.2. Asimismo, también debería ayudar a su consecución, el establecimiento de unos plazos ágiles para la tramitación, los cuales, además, se concretaban, superando las limitaciones que en este punto se advierten en otros instrumentos normativos análogos, como el Convenio de La Haya de 1970, donde, genéricamente, se recoge el carácter “urgente” de las actuaciones, pero sin establecer ulteriores precisiones sobre los plazos exigibles en ningún momento.

2.3. En fin, el hecho de que el Reglamento proporcionase los diferentes formularios que puedan resultar necesarios para llevar a cabo este tipo de actuaciones también debería facilitar enormemente la tramitación de las solicitudes.

3. Ahora bien, no es menos cierto que el Reglamento presentaba ciertas insuficiencias identificadas por la Comisión en 2017 al evaluar la adecuación de esta normativa.

3.1. En este sentido, el informe elaborado detectó ciertas prácticas “anacrónicas”⁶ y se mostró especialmente crítico con el hecho de que el contacto entre los diferentes órganos implicados se efectuase casi exclusivamente en papel, lo que repercute negativamente en el coste y en la eficacia de las diligencias a practicar, así como con la escasa utilización de las videoconferencias cuando las mismas presentan una enorme utilidad en este terreno⁷.

3.2. Ello condujo a que se presentase una propuesta modificativa del Reglamento en el año 2018 que ha culminado con la aprobación del Reglamento (UE) 2020/1783, de 25 de noviembre, sobre cooperación en la obtención de pruebas en el ámbito civil y mercantil que refunde el texto originario de 2001 y sus modificaciones e introduce ciertos aspectos nuevos que afectan, de manera singular, a tres aspectos clave:

- el primero de ellos sería el relativo a la obligatoriedad de la transmisión electrónica, a cuya implantación responde el nuevo art. 7, así como las previsiones contenidas en el art. 25 ss. del nuevo Reglamento;
- el segundo aspecto a destacar sería el relacionado con el impulso dado a la obtención directa de pruebas por videoconferencia, materia a la que se destina un precepto en el nuevo Reglamento, en concreto, el art. 20;
- en fin, el tercer aspecto clave en el que incide el Reglamento de 2020 es el relativo al refuerzo dispensado a las pruebas digitales, especialmente,

⁶ C.J. MOREIRO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 13.

⁷ Al respecto, *vid.* las referencias incluidas en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, 31 mayo 2018, COM(2018)378 final.

mediante la previsión contenida en el art. 8 en el que se proscribe que se denieguen efectos jurídicos a los documentos que se transmitan por el sistema informático descentralizado por el mero hecho de constar en formato electrónico.

4. El hecho de que el nuevo texto resulte aplicable, mayoritariamente, a partir del 1º de julio de 2022 – pues algunos extremos tienen fijada fecha distinta en el art. 35 – ha hecho renacer el interés por sus previsiones. Al margen de este renovado interés por la materia, derivado de la acción normativa, a mi juicio, su relevancia parece evidente, tanto desde una perspectiva cuantitativa, como cualitativa.

4.1. En el primer sentido, cabe destacar la expansión que han experimentado las relaciones laborales internacionales, las cuales determinan, por hipótesis, la eventual aparición de conflictos en idéntico ámbito. En tales casos, junto a los tradicionales problemas relacionados con la determinación de la jurisdicción competente para resolver el conflicto y la legislación que debe ser aplicada, los cuales han intentado ser resueltos a través de distintos instrumentos jurídicos⁸, surgen otros problemas derivados, mucho menos tratados, pero de indudable interés y trascendencia práctica, como son los relativos a las comunicaciones y notificaciones entre los distintos sujetos procesales que se encuentran en distintos países, materia que fue objeto de temprano tratamiento en el ámbito internacional⁹, o, por lo que aquí interesa, los relacionados con la obtención y práctica de la prueba cuando el material probatorio radique en país distinto de aquél en el que se está tramitando el litigio, vaya a ser

⁸ En este sentido, por lo que respecta a nuestro entorno geográfico más cercano, las cuestiones vinculadas a la determinación del foro se afrontan por el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, así como por el Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que sustituyó al Reglamento comunitario (CE) n. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre idéntica materia; y en lo no cubierto por tales instrumentos, ni por otros tratados específicos, resultan aplicables las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en concreto, sus arts. 21 y 25. En cuanto al *ius*, la referencia obligada es al Reglamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que sustituyó al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980.

⁹ Así, el Convenio de La Haya sobre notificación y traslado al extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial de 15 de noviembre de 1965, la Convención de Panamá de 1975 o, en la Unión Europea, el Reglamento (CE) n. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre idéntica materia, pero entre Estados miembros de la UE, sustituido, primero, por el Reglamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, y, después, por el Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020.

empleado en el marco de un conflicto surgido al hilo de una relación transnacional o no, algo que también ha tenido un tratamiento normativo específico¹⁰.

4.2. Por lo que respecta a la segunda perspectiva, no puede olvidarse que el “derecho a la prueba” se configura como una pieza esencial del contenido a la tutela judicial efectiva y ésta tiene un reconocimiento al más alto nivel como derecho fundamental en el plano internacional y en el interno.

Aunque se trata de algo sobradamente conocido, no está mal recordar que los principales textos sobre derechos fundamentales aluden al mismo en su articulado¹¹. Y si descendemos al ámbito interno, también es algo de sobra sabido que el derecho a la tutela judicial efectiva aparece reconocido en el art. 24.1 CE y, además, con una fórmula bien amplia, pues no alude solo a los ciudadanos o a los españoles, sino a todas las personas, mientras que en el apartado segundo se menciona de manera expresa el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes, algo que constituye una singularidad de nuestra Carta.

La singular consideración que tiene la materia probatoria no puede quedar empañada por la presencia de elementos de extranjería, de manera que, en estos casos, el derecho fundamental consagrado por el art. 24 CE también se entenderá vulnerado cuando haya habido una denegación arbitraria de la prueba “internacional” solicitada o una práctica defectuosa de la misma, eso sí, en la medida en que haya generado indefensión a la parte; y ello, con las consecuencias correspondientes, singularmente, una eventual nulidad de actuaciones o, al límite, la posibilidad de recurrir en amparo¹². Al respecto,

¹⁰ Esta materia también ha sido objeto de interés internacional: *vid.* Convenio de La Haya de 1970, Convención de Panamá de 1975, así como por los reglamentos comunitarios citados al inicio de este texto.

¹¹ En este sentido, arts. 8 y 10 de la Declaración universal de derechos humanos de 1948; art. 18 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948; arts. 6 y 13 del Convenio europeo de derechos humanos de 1950; art. 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966; arts. 8 y 25 de la Convención americana de derechos humanos de 1969; art. 7 de la Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos de 1981; art. 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2010.

¹² Al respecto, *vid.*, entre otros, M.J. ELVIRA BENAYAS, [*La obtención de pruebas en el extranjero. Estudio sobre el Convenio de la Haya de 1970 y su aplicación en el ordenamiento español*](#), Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, p. 46 ss.; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 19 ss.; M.P. DIAGO DIAGO, [*Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de obtención de pruebas en materia civil y mercantil: estudio sobre su obligatoriedad, imperatividad y exclusividad*](#), en [*Revista Electrónica de Estudios Internacionales*](#), 2013, n. 25, p. 3; A. FONT I SEGURA, *Título Preliminar. Disposiciones Generales*, en F. MÉNDEZ GONZÁLEZ, G. PALAO MORENO (dirs.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 77 ss.; en esa línea, también R. PASCUAL SERRATS, *De la práctica y obtención de pruebas*, en F.J. JIMÉNEZ FORTEA (coord.), *La*

debe indicarse la existencia de una rica jurisprudencia constitucional sobre denegación y/o práctica defectuosa de la prueba, y su conexión con la eventual vulneración del art. 24 CE, que ha ido perfilando el significado del derecho mencionado¹³; incluso, algunos pronunciamientos emanados del Alto Tribunal abordan expresamente la cuestión de la prueba internacional¹⁴.

4.3. En fin, ciertamente, en puridad los instrumentos normativos mencionados toman como referente los conflictos civiles y comerciales; y la jurisprudencia mencionada se dicta al hilo de procedimientos ajenos a las relaciones de trabajo, en concreto, civil y penal respectivamente. No obstante, ello no implica ni que las previsiones no sean aplicables al proceso laboral, ni que la jurisprudencia indicada sea extrapolable a dicho terreno. Ahora bien, ambas acciones (aplicabilidad de la norma y exportación de la jurisprudencia) generan ciertos problemas interpretativos específicos. Pues bien, el hecho de que esta perspectiva de análisis específicamente laboral no haya sido tenida normalmente en cuenta incrementa aún más el interés por la materia.

2. Las previsiones del Reglamento (UE) 2020/1783, de 25 de noviembre

5. Una vez justificado el interés de la materia, el punto de partida para el análisis del Reglamento (UE) 2020/1783 debe ser la determinación de su ámbito de aplicación de la norma comunitaria, para, a continuación, descender al estudio de sus previsiones. Ello permitirá, finalmente, abordar los problemas de su traslación al proceso laboral. Por lo demás, tal y como se ha anticipado, el texto de este Reglamento, en gran medida, es coincidente con el de su antecesor; en todo caso, las referencias normativas que se efectúen, salvo indicación en contrario, vienen referidas al texto de 2020, cuya entrada en vigor se produce este año.

cooperación jurídica internacional civil y mercantil española más allá de la UE, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 122-123.

¹³ Entre otras, STC 30/1986, de 20 de febrero; STC 40/1986, de 1º de abril; STC 89/1986, de 1º de julio; STC 149/1987, de 30 de septiembre; STC 45/1990, de 15 de marzo; STC 212/1990, de 20 de diciembre; STC 87/1992, de 8 de junio; STC 94/1992, de 11 de junio; STC 233/1992, de 14 de diciembre; STC 131/1995, de 11 de septiembre; STC 197/1995, de 21 de diciembre; STC 1/1996, de 15 de enero; STC 170/1998, de 21 de julio; STC 183/1999, de 11 de octubre; STC 37/2000, de 14 de febrero; STC 246/2000, de 16 de octubre, o STC 136/2007, de 4 de junio.

¹⁴ STC 10/2000, de 17 de enero, o STC 208/2007, de 24 de septiembre.

2.1. El ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2020/1783

6. El objeto del Reglamento no ha variado en las dos versiones (2001 y 2020) y sigue siendo el de regular la cooperación entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el terreno de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, resultando, en consecuencia, su ámbito de aplicación limitado.

6.1. En efecto, de entrada, nótese que el Reglamento trata de dar respuesta a los casos en los que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su propio ordenamiento, solicita bien que un órgano de otro Estado miembro practique diligencias de obtención de pruebas, bien realizarlas directamente en dicho Estado. Así pues, se trata de un instrumento que presenta un alcance aplicativo meramente “intracomunitario”¹⁵.

6.2. En segundo lugar, tal y como se extrae de su título y se señala de manera expresa en el art. 1, debe subrayarse que las previsiones del Reglamento sobre cooperación resultan aplicables tan solo en materia civil o comercial, sin que se den mayores precisiones al respecto. Así las cosas, resulta útil recurrir a la jurisprudencia comunitaria dictada al hilo de una expresión análoga presente en el Convenio de Bruselas de 1968¹⁶.

Y en este terreno el TJUE tiene señalado que dicha referencia tiene un “carácter autónomo” y que para la interpretación del concepto «procede referirse, por una parte, a los objetivos y al sistema del Convenio y, por otra parte, a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales y no remitirse al Derecho de uno cualquiera de los Estados interesados»¹⁷.

Con todo, parece claro que las cuestiones laborales derivadas del contrato de trabajo quedarían integradas, atendiendo a una interpretación amplia del Derecho Civil, algo común en el espacio comunitario; una conclusión diversa habrá que sostener respecto la Seguridad Social por coherencia con otras materias que están excluidas como la fiscal o la administrativa¹⁸.

¹⁵ C. HERRERA PETRUS, *op. cit.*, p. 175; A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 252.

¹⁶ Así, M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 63; en el mismo sentido, A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 252.

¹⁷ STJUE 14 octubre 1976, asunto 29-76, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG c. Eurocontrol*, punto 6; *vid.* también STJUE 22 febrero 1979, asunto 133/78, *Henri Gourdain c. Franz Nadler*, STJUE 16 diciembre 1980, asunto 814/1979, *Staat der Nederlanden c. Reinhold Rißfèr*, STJUE 21 abril 1993, asunto C-172/91, *Volker Sonntag c. Hans Waidmann, Elisabeth Waidmann y Stefan Waidmann*, STJUE 14 noviembre 2002, asunto C-271/00, *Gemeente Steenbergen c. Luc Baten*.

¹⁸ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 65.

6.3. En tercer lugar, la aplicabilidad de las previsiones del Reglamento depende también de que haya una causa abierta o se prevea su incoación, según dispone el art. 1.2. Esta exigencia implica que será posible la solicitud de lo que se conoce como pruebas anticipadas¹⁹; unas mayores dificultades presentan las medidas de aseguramiento de la prueba y las diligencias preliminares, si bien en el caso de estas últimas debería abogarse por su admisión²⁰; en cuanto a las solicitudes de “*pre-trial discovery of documents*”, éstas están claramente excluidas²¹.

6.4. En fin, la regulación del Reglamento gira siempre en torno a la cooperación entre órganos judiciales, por lo que quedan excluidas las solicitudes instadas por órganos que carezcan de dicha naturaleza o cuando nos encontremos ante procedimientos de naturaleza extrajudicial como podría ser un arbitraje²².

2.2. Los mecanismos para la obtención de pruebas arbitrados

7. Tal y como se ha avanzado, el Reglamento contempla dos sistemas o mecanismos diversos para la obtención de la prueba: por un lado, la solicitud que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro dirige a otro órgano jurisdiccional de un país también miembro de la Unión Europea; por otro, la realización de las actuaciones oportunas por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en otro Estado miembro.

2.2.1. La solicitud de práctica de diligencias de obtención de pruebas en otro Estado miembro

8. El primero de los mecanismos que regula el Reglamento es relativamente “sencillo”²³ y consiste en una comunicación directa entre órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros de la Unión Europea por

¹⁹ S. MARTÍN ÁLVAREZ, *El ámbito de aplicación del Reglamento Comunitario sobre obtención de pruebas: algunas cuestiones controvertidas*, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2005, n. 27, p. 286 ss.; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 73 ss.; A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 254. Por su parte, la STJUE 17 febrero 2011, asunto C-283/09, *Artur Weryński c. Mediatel 4B spółka z o.o.*, evidencia el alcance del Reglamento a las causas laborales.

²⁰ A favor, A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 254, o R. PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, p. 127 ss.; en contra, S. MARTÍN ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 286 ss., o M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 69.

²¹ Declaración del Consejo 54/01, de 4 de julio; S. MARTÍN ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 284.

²² M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, cit., p. 52; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 66; A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 254.

²³ M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, cit., p. 54.

la que tales órganos solicitan cooperación en la práctica de diligencias de obtención de pruebas, algo con lo que se persigue una mayor eficiencia al resultar más ágil la comunicación entre los distintos órganos implicados.

8.1. Sin lugar a dudas, ello constituye una de las mayores virtudes de este sistema. Y es que, tal y como ha destacado un importante sector de la doctrina científica, al desaparecer las instancias intermedias en la tramitación, los procedimientos de legalización e incorporar un alto grado de flexibilización en la transmisión y de celeridad en la ejecución, se logra proporcionar una mayor agilidad a la tramitación de las distintas peticiones, lo que necesariamente se traducirá en una reducción de los tiempos empleados en la obtención de pruebas²⁴.

8.2. Con todo, a pesar de que su instauración se llega a calificar como uno de los mayores logros del Reglamento²⁵, el sistema también presenta una valencia negativa en términos de pérdida de especialización frente a los sistemas en los que intervienen las autoridades centrales²⁶.

9. El procedimiento se pone en marcha con una solicitud dirigida directamente al órgano de cuya asistencia se requiere (*infra*, apartado 10); a continuación, dicho órgano – el requerido – efectúa un mínimo control sobre la solicitud recibida y decide sobre su realización (*infra*, apartado 11); en caso afirmativo, se lleva a cabo la ejecución de la misma (*infra*, apartado 12); finalmente, se comunica el resultado de las diligencias practicadas al solicitante (*infra*, apartado 13).

10. La regulación de la transmisión de la solicitud inicial presenta un cierto grado de detalle en el texto del Reglamento, el cual le dedica distintos preceptos. Así, al margen de las previsiones generales contenidas en los arts. 3 y 4, interesan especialmente los arts. 5-8.

10.1. En primer lugar, cabe destacar que la solicitud se debe remitir directamente por el órgano jurisdiccional requirente – esto es, aquél ante el cual se ha incoado o pretenda incoarse el procedimiento principal – al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, según prevé el art. 3.1 del Reglamento.

La determinación de cuál sea el órgano requerido puede no resultar sencillo para el órgano requirente, siendo ésta una de las principales objeciones achacables a este sistema²⁷. Pues bien, con el claro objetivo de tratar de solventar este inconveniente²⁸, el art. 3.2 del Reglamento establece que cada Estado miembro elabore un listado de órganos competentes para la

²⁴ *Ibidem*, p. 56.

²⁵ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 59.

²⁶ *Ibidem*, p. 61.

²⁷ *Ibidem*, p. 59.

²⁸ M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, cit., p. 55.

obtención de este tipo de pruebas. Por lo que respecta a España, los órganos jurisdiccionales competentes para realizar las diligencias de obtención de prueba son los Juzgados decanos de cada partido judicial que después los reparten entre los juzgados de primera instancia.

Al margen de lo anterior, de conformidad con el art. 4 del Reglamento, cada Estado miembro debe proceder a designar un “órgano central” cuyas funciones son básicamente tres. Por un lado, el mencionado órgano central facilita información a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. Por otro lado, se encarga de buscar soluciones a los eventuales problemas o dudas que puedan surgir. Por último, excepcionalmente, se encarga de trasladar al órgano jurisdiccional requerido las solicitudes formuladas a instancia del órgano jurisdiccional requirente. Esta misma autoridad, que en el caso español es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, también interviene en la toma de decisiones respecto las solicitudes de obtención directa de pruebas presentadas por órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro a las que se aludirá más adelante.

10.2. En segundo lugar, a pesar de que el Reglamento prevé que las solicitudes se presenten empleando unos formularios concretos que el propio Reglamento recoge (en este caso, el formulario A), no renuncia a fijar una suerte de contenidos mínimos a reunir por aquéllas. En este sentido, el art. 5 del Reglamento exige los datos siguientes:

De entrada, hay una serie de menciones relacionadas con los sujetos intervinientes como son el órgano jurisdiccional requirente, el órgano jurisdiccional requerido, el nombre y dirección de las partes y, en su caso, el de sus representantes.

Por otra parte, también hay que concretar el “marco” en el que se inserta la petición, especificando el tipo de causa de que se trata, su objeto y una sucinta exposición de los hechos.

Asimismo, aunque pueda resultar obvio, la descripción de las diligencias de obtención de prueba que se requieren. Además, en función de cuál sea la naturaleza de la solicitud requerida, habrá que integrar unas concreciones adicionales. En este sentido, por ejemplo, si se tratase de diligencias dirigidas a la obtención de una declaración o testimonio de una persona, será necesario incluir sus datos personales (nombre y dirección), las preguntas que se le quieran formular o los hechos sobre los que se le vaya a preguntar y, en su caso, otros adicionales como la indicación del derecho que le asiste a no declarar si en el sistema jurídico del Estado requirente existe tal derecho, la petición de que jure o prometa decir verdad o cualquier otra información que se considere relevante; si se tratase de otro tipo de prueba, habrá que identificar los documentos u otros objetos que deban

examinarse.

En fin, hay un conjunto de referencias cuya presencia va a depender de las circunstancias específicas de la solicitud. Y es que, como se verá más adelante, el Reglamento prevé que en determinadas circunstancias la práctica de las diligencias se efectúe aplicando el Derecho del Estado requirente (art. 12 del Reglamento) o que puedan intervenir tanto las partes (art. 13 del Reglamento), como mandatarios del órgano jurisdiccional que ha cursado la solicitud (art. 14 del Reglamento); y, en tales casos, habrá que integrar tales peticiones en la solicitud, así como aportar las aclaraciones necesarias para su ejecución.

10.3. En tercer lugar, en cuanto al idioma, el principio general que fija el art. 6 es que se redacte en la lengua oficial del Estado miembro requerido; y si hubiese varias lenguas oficiales, todas las que lo sean en el lugar donde se deba realizar la obtención de pruebas solicitada. Por otra parte, los Estados miembros pueden admitir que se emplee cualquier lengua de la Unión Europea. Así las cosas, en el caso de las que se reciban en España, podrán presentarse en castellano; igualmente, cuando se practique en lugar perteneciente a una Comunidad Autónoma donde exista lengua cooficial (Cataluña, Comunidad Valenciana, Euskadi y Galicia), se admitirá también la utilización de dicha lengua; en fin, también cabe que se utilice el portugués, fruto de un convenio bilateral firmado en 1997 con dicho país²⁹.

10.4. El último de los aspectos a tratar en relación con la solicitud es el relativo a la transmisión. Al respecto, el art. 6 del Reglamento de 2001 se limitaba a indicar que se efectuase por «la vía más rápida posible que haya sido aceptada por el Estado miembro requerido», admitiendo cualquier medio “adecuado” siempre que el contenido del documento recibido fuese fiel, conforme al documento expedido y que todas las indicaciones contenidas fuesen legibles. Pues bien, éste es uno de los puntos en los cuales el Reglamento (UE) 2020/1783 ha introducido unas modificaciones sustanciales en aras de alcanzar una mayor eficacia y celeridad.

a) En efecto, de entrada, el Reglamento apuesta de manera decidida por la informatización en las transmisiones e impulsa su utilización a través de medidas de diverso corte.

En este sentido, el art. 7.1 del Reglamento abandona la referencia a la “vía más rápida posible” y ordena la utilización de un sistema informático descentralizado, seguro y fiable, que respete debidamente los derechos y libertades fundamentales y que esté basado en una solución interoperable como e-CODEX. Esta previsión debe completarse con lo establecido en el

²⁹ Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, de 19 de noviembre 1997 (en *BOE*, 21 enero 1999).

art. 25 ss. del Reglamento, donde aparecen diferentes mandatos instrumentales a lo anterior. Así, el art. 25 del Reglamento, se refiere a la adopción de actos de ejecución por parte de la Comisión para establecer dicho sistema, concretando el contenido de tales actos. Por su parte, el art. 27 del Reglamento encarga a la Comisión la creación, mantenimiento y desarrollo futuro de un programa informático de aplicación de referencia, utilizable por los Estados miembros como sistema de fondo en lugar de uno nacional; igualmente le encomienda la labor de proporcionar, mantener y respaldar gratuitamente la aplicación de los componentes del programa informático en los que se basen los puntos de acceso. En fin, el art. 28 del Reglamento contempla los costes de la implantación del sistema informático descentralizado, los cuales corresponde asumir a cada uno de los diferentes Estados miembros de la Unión; no obstante, también se prevé la posibilidad de solicitar subvenciones a los organismos comunitarios para apoyar estas acciones, lo que tiene una evidente finalidad promocional de la implantación del sistema.

Por otra parte, debe indicarse que las solicitudes y comunicaciones transmitidas por medio de este sistema quedan sujetas a las previsiones contenidas en el Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio, sobre identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, el cual se declara expresamente aplicable por el art. 7.2 del Reglamento.

Por lo demás, si las solicitudes y comunicaciones requiriesen un sello o una firma manuscrita, el art. 7.3 del Reglamento admite la sustitución de los mismos por sus equivalentes electrónicos.

b) Ahora bien, al margen de la apuesta por las vías de transmisión informática, y consciente de que en ocasiones la misma no resultará posible, el art. 7.4 del Reglamento admite que en determinados casos se efectúe por la vía «alternativa más rápida y adecuada, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar la fiabilidad y la seguridad». Ello sucederá, según indica el propio precepto, cuando el sistema informático se hubiese interrumpido, cuando la naturaleza de las pruebas así lo exija o cuando concurren “circunstancias excepcionales”.

c) En fin, junto al impulso dado a las transmisiones por medio de sistemas informáticos descentralizados, el Reglamento de 2020 incorpora otra medida importante a efectos de la consecución de una mayor eficacia y celeridad. En este sentido, el art. 8 del Reglamento prohíbe que se denieguen efectos jurídicos a los documentos transmitidos por esta vía o que se consideren inadmisibles como prueba por el mero hecho de constar en formato electrónico. Ello obligará a modificar la práctica existente en algunos países consistente en consideración del correo postal como única

vía de transmisión, a pesar de lentitud intrínseca de dicho sistema en este terreno.

11. Una vez recibida la solicitud cursada, el órgano requerido debe notificar su recepción, al tiempo que efectúa un mínimo control sobre su competencia y el cumplimiento de los requisitos formales. Ello determina que nos podamos encontrar con diferentes situaciones.

11.1. En principio, de conformidad con el art. 9.1 del Reglamento, el órgano jurisdiccional requerido expedirá al órgano requirente acuse de recibo en el plazo de siete días desde la recepción de la solicitud, proporcionando la norma un formulario para ello (el formulario B). Así actuará en la medida en que la solicitud no presente defectos, incluso, en los casos en que sea incompetente para su ejecución; no obstante, en tales supuestos, la remitirá al órgano jurisdiccional competente, informando al requirente de este extremo, algo que realizará empleando el correspondiente formulario (en este caso, el formulario C).

11.2. Ahora bien, puede suceder que la solicitud no satisfaga los requisitos relacionados con la lengua y/o con el modo de efectuar la transmisión a que anteriormente se ha hecho referencia; en tales casos, así se lo indicará al órgano requirente al tiempo de remitirle el acuse de recibo. Aunque no se indique en el precepto, en tales circunstancias la solicitud no se tramita, según se deduce del formulario B, y habrá que esperar a su eventual subsanación.

11.3. Asimismo, también podría suceder que la solicitud cursada resultase incompleta al no figurar todos los datos exigidos por el art. 5 del Reglamento o que no se hubiese realizado la oportuna provisión de fondos cuando esta resulte necesaria, en los términos recogidos en el art. 22.3 del Reglamento³⁰.

En estos casos, el art. 10 del Reglamento exige que el órgano requerido informe de ello al órgano requirente a la mayor brevedad posible y, en todo caso, antes de treinta días contados a partir de la recepción de la solicitud. Y nuevamente, para ello, se facilita un formulario específico (formulario D) en el que se concretarán los aspectos a “subsanar”. Si el defecto detectado consistiese en la falta de la correspondiente provisión de fondos (insisto, en los casos excepcionales en los que la misma resulte necesaria), se debe informar al requirente de la vía para hacerla efectiva en idéntico plazo y con el mismo formulario; a partir de ahí, cuando la provisión de fondos o adelanto sea recibida, el órgano requerido acusará recibo de ello en un plazo

³⁰ La provisión de fondos puede exigirse en los casos en que se solicite el dictamen de un experto, según previenen el art. 22.3 del Reglamento; en las restantes pruebas, la ejecución de una solicitud no está supeditada a la provisión de fondos o adelanto.

máximo de diez días a partir de la recepción, empleando para ello el formulario E.

Ahora bien, cabe pensar en que no se proceda a la subsanación de los defectos reseñados, ya sean los relacionados con la plenitud de la solicitud, como los relativos a la provisión de fondos; pues bien, en tales casos, el órgano requerido procederá a denegar la ejecución según se deduce del art. 16 del Reglamento.

11.4. En efecto, y es que dicho precepto contempla una serie de causas – entre ellas, la recién destacada – cuya concurrencia determina que se deniegue la ejecución de la solicitud cursada, algo que se deberá comunicar al órgano requirente en el plazo de sesenta días desde la recepción de la solicitud por el órgano requerido, empleando para ello el formulario K³¹.

a) En ese sentido, por un lado, el apartado segundo del art. 16 recoge distintos motivos cuya concurrencia puede justificar que el órgano requerido deniegue la ejecución de la solicitud:

- de entrada, la denegación puede basarse en el hecho de que la solicitud no se inscriba en el ámbito de aplicación del Reglamento;
- asimismo, también procede a denegación cuando la ejecución de la solicitud no entre en el ámbito de las competencias judiciales según el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido;
- finalmente, cuando no se haya atendido el requerimiento por parte del órgano requerido de completar la solicitud presentada o de proceder a la provisión de fondos.

b) Por otro lado, el apartado primero contempla unas causas específicas de denegación relacionadas con las solicitudes de tomar declaración o interrogar a una persona. Así, el precepto en cuestión establece que no se ejecutará la solicitud cuando la persona llamada invoque el derecho a negarse a declarar o la prohibición de hacerlo previstos tanto en el Derecho del Estado del órgano requerido como en el del requirente, en este último caso, si ello se indicó en la solicitud o, si fuera necesario, se confirmó tal extremo por el órgano requirente.

c) Por el contrario, el Reglamento – siempre en el mencionado art. 16 – se cuida en precisar que el órgano requerido no podrá basar la denegación únicamente en el hecho de que otro órgano jurisdiccional tenga competencia exclusiva en el asunto de que se trate o no disponga de un procedimiento equivalente a aquél para el que se cursó la solicitud.

12. Una vez recibida la solicitud, sea la inicial o, en su caso, la “subsanada”,

³¹ Por lo que respecta a las causas de denegación, *vid.* con detalle M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, cit., p. 99 ss.; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 95 ss.

el órgano requerido procederá a su ejecución, algo que se regula en el art. 12 ss. del Reglamento.

12.1. La primera cuestión que resuelven estos preceptos es la relativa al plazo para cumplir con la solicitud. En este punto, el art. 12.1 del Reglamento, tras emplear la fórmula “con la mayor brevedad posible”, fija un plazo máximo que lo sitúa en noventa días a contar a partir de la recepción de aquélla.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en aquellos casos en que haya mediado un requerimiento de subsanación de la solicitud inicial en los términos anteriormente expuestos, el *dies a quo* no será el de la recepción de la solicitud inicial, sino el de la recepción de la “subsanada” o, en su caso, desde que se haya efectuado la provisión de fondos, según dispone el art. 11 del Reglamento. A pesar de la literalidad del precepto, en el último caso sería más lógico que el plazo comenzase a transcurrir a partir del momento en que se reciba la comunicación de que se ha realizado la provisión de fondos.

El esfuerzo por dotar al procedimiento de una cierta celeridad mediante la fijación de unos plazos concretos y, además, no especialmente dilatados en el tiempo se traiciona en el propio Reglamento por el art. 17. En este sentido, el precepto en cuestión prevé que, si el órgano jurisdiccional requerido no se encuentra en condiciones de ejecutar la solicitud en plazo, debe informar de ello al requirente. Y para tal menester se proporciona el correspondiente formulario (formulario J). No obstante, esto se trata de compensar mediante la exigencia de que se expongan los motivos del retraso y se indique el plazo que se estima necesario para ejecutar la solicitud.

12.2. Una segunda cuestión relevante es la relativa al Derecho que se aplicará en la ejecución de la solicitud cursada.

La respuesta que proporciona el art. 12.2 del Reglamento resulta sencilla, siendo su opción la de que el órgano requerido aplique su Derecho nacional. Así pues, el Reglamento opta por una solución “habitual” en los acuerdos internacionales existentes en la materia³². En este sentido, cabe indicar que tal solución también estaba presente en el art. 9 del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero, una respuesta enteramente lógica por cuanto el modo de llevar a cabo la práctica de la prueba no se regula en las normas sustantivas, sino que se contempla en las de carácter procesal; y en dicho terreno sabido es que ley del foro determina la ley de las actuaciones³³.

³² M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, cit., p. 57.

³³ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 24-25; A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 260.

Con todo, partiendo de la idea de que la actividad probatoria que se desarrolle por el órgano del Estado requerido está llamada a desplegar efectos en un proceso seguido ante un órgano de otro Estado (el requirente) y puede suceder que, para su válida incorporación en el mismo, la práctica de la prueba deba responder a determinadas exigencias, el art. 10.3 del Reglamento, en claro paralelismo con el art. 9 del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero, admite por razones de eficiencia y economía procesal³⁴ que el órgano requirente solicite que se aplique algún procedimiento especial previsto en su ordenamiento, algo a lo que el órgano requerido deberá acceder salvo en dos circunstancias: por un lado, que dicho procedimiento sea incompatible con su Derecho nacional; por otro, que su aplicación resulte imposible por la concurrencia de grandes dificultades prácticas, debiéndose en ambos casos informar al requirente por medio del formulario H.

12.3. Un tercer grupo de aspectos a destacar en cuanto a la ejecución de la práctica de la prueba requerida es el que entronca con el modo en que se llevará a cabo, en particular, la posibilidad de que se efectúe con presencia y participación de las partes y/o mandatarios del órgano requirente, extremos ambos relacionados con principios fundamentales del proceso y a los que se refieren a los arts. 13 y 14 del Reglamento.

a) En efecto, por lo que respecta a la posibilidad de que las partes estén presentes y participen en la práctica de la prueba, se trata de una garantía para el justiciable que refuerza el principio de contradicción o audiencia³⁵.

Al respecto, es importante remarcar que el art. 13 del Reglamento lo configura como un verdadero derecho de las partes – no como una mera posibilidad – en la medida en que esté previsto por el ordenamiento jurídico del Estado del órgano jurisdiccional requirente. En tales casos, dicho órgano informará de tal aspecto al requerido, bien en la solicitud inicial, bien en un momento ulterior. Ello determinará que el órgano requerido notifique a las partes el momento y lugar en que se practicará la prueba, así como las condiciones en que pueden participar, haciendo uso del formulario I. Al margen de lo anterior, también cabe que el órgano requerido solicite la presencia de las partes o su participación, si así se prevé por su ordenamiento jurídico.

En cuanto a la determinación de las condiciones de participación, el Reglamento dispensa un trato privilegiado al uso de las nuevas tecnologías de la comunicación. En este sentido, el art. 12.4 del Reglamento prevé que el órgano requirente solicite al requerido que emplee una tecnología de

³⁴ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 109.

³⁵ *Ibidem*, pp. 62 y 105.

telecomunicación específica, en particular, la videoconferencia o la teleconferencia. Esa tecnología se empleará salvo que sea incompatible con su derecho nacional o su uso genere graves dificultades prácticas. Y en ambos supuestos, el órgano requerido informará de ello al requirente. En todo caso, el interés por favorecer su uso se aprecia en el último párrafo del art. 12.4 del Reglamento, cuando prevé la posibilidad de que, si alguno de los órganos implicados carece de acceso a la tecnología en cuestión, tales órganos puedan proporcionársela de mutuo acuerdo.

b) Por otra parte, la posible presencia y participación de un “mandatario” del órgano jurisdiccional requirente entronca con el refuerzo de otro relevante principio procesal como es el de inmediatez³⁶ a cuya preservación se dirige, por cierto, la posibilidad de recurrir al empleo de las nuevas tecnologías en la práctica de la prueba³⁷. La presencia de estos mandatarios tiene una vital importancia en orden a facilitar posteriormente al órgano requirente la valoración de la prueba, así como para aclarar las dudas que le pudiesen surgir al órgano jurisdiccional requerido sobre determinados extremos del ordenamiento procesal del Estado requirente³⁸. Al hilo de esta posibilidad, de entrada, cabe señalar que por mandatario debe entenderse la persona designada por el órgano jurisdiccional requirente de conformidad con su Derecho nacional que podrá ser bien personal judicial, bien cualquier otro sujeto, como un experto, según se recoge en el art. 14.2 del Reglamento.

En todo caso, con independencia de en quién recaiga, los términos empleados por el Reglamento en el art. 14 siguen siendo los de un derecho, eso sí, en la medida en que sea compatible con el ordenamiento del Estado requirente. Por otra parte, al igual que en el supuesto anterior, también aquí habrá que informar de ello al órgano requerido, bien en la solicitud inicial, bien en un momento ulterior. Y nuevamente, al igual que en el caso de la intervención de las partes, el órgano requerido notificará al requirente el momento y lugar en que se practicará la prueba, así como las condiciones en que puede participar, empleando para ello el formulario I. Entre tales condiciones, se encuentra la posibilidad de recurrir a las nuevas tecnologías en los términos apenas expuestos.

12.4. En fin, no se puede cerrar este apartado relacionado con la ejecución de la solicitud sin hacer referencia a los mecanismos que tratan de dotar efectividad al sistema.

En este sentido, por un lado, ya he destacado en líneas anteriores la

³⁶ *Ibidem*, p. 62; A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 262.

³⁷ R. PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, p. 136.

³⁸ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 106.

relevancia que presentan tanto la regulación de los plazos contenida en el Reglamento, como la existencia de distintos formularios a disposición de los órganos implicados, ya que ambos instrumentos admiten una lectura en clave de efectividad del sistema³⁹, pues agilizan las actuaciones.

Por otro lado, esa misma funcionalidad presenta la posibilidad reconocida en el art. 13 del Reglamento relativa a que el órgano requerido pueda adoptar aquellas medidas coercitivas que resulten adecuadas para la ejecución de las solicitudes cursadas por otro Estado. Esta posibilidad, al igual que sucede en el ámbito del Convenio de la Haya, constituye una diferencia fundamental entre los dos sistemas de obtención de pruebas regulados por el Reglamento. Por lo demás, en el caso de España, la doctrina privatista lo ha concretado en la eventual adopción de ciertas medidas coercitivas recogidas en la normativa procesal común como los requerimientos para hacer efectiva la comparecencia de testigos o peritos (art. 292.2 LEC), para que quien tenga un documento lo exhiba (arts. 329 y 330 LEC) o los relacionados con el reconocimiento judicial (art. 354 LEC), si bien se ha mostrado dubitativa respecto la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias como consecuencia de la incomparecencia de las partes, testigos o peritos a las que alude el art. 292 LEC por su carácter meramente sancionador del deber de comparecer⁴⁰. Con todo, a mi juicio, las dudas deberían resolverse en sentido afirmativo. Y es que, en el fondo, estamos ante un mecanismo similar a una multa coercitiva, donde el temor a su imposición incide en la voluntad del sujeto y además todo ello en garantía de la práctica de la prueba, la cual tiene una evidente dimensión constitucional.

13. Una vez ejecutada la solicitud, según se prevé en el art. 18 del Reglamento, el órgano jurisdiccional requerido transmitirá al requirente los documentos que lo confirmen y devolverá los documentos que en su caso hubiese recibido de éste. Ello lo debe hacer «con la mayor brevedad» y empleará un formulario específico (ahora, el H).

13.1. A partir de ahí, una vez recibida, será necesario proceder a incorporar las diligencias practicadas en los autos correspondientes al procedimiento del que traen causa.

13.2. En nuestro sistema, según se verá más adelante, dicha labor corresponde al Letrado de la Administración de Justicia; obviamente, procederá comunicárselo a las partes a los efectos oportunos. Al respecto, como ha denunciado la doctrina⁴¹, debe tenerse en cuenta que el

³⁹ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 120; A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 261.

⁴¹ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 123.

Reglamento no afronta cómo pueden tales sujetos poner de manifiesto eventuales irregularidades en la ejecución de la diligencia, si bien seguramente ello se deba a que se trate de una cuestión de alcance interno.

14. El régimen de gastos aparece regulado en el art. 22 del Reglamento y, en gran medida, es tributario del sistema ideado en el ámbito del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero.

14.1. Así se entiende que el principio general en la materia sea el contenido en el apartado primero del precepto mencionado de conformidad con el cual «La ejecución de una solicitud, conforme al art. 12, no dará lugar al abono de tasas o gastos». Ello se ha valorado como un reflejo de la cooperación y confianza mutua que alimentan el espíritu del texto comunitario⁴².

14.2. Ahora bien, dicho principio general conoce de excepciones. En este sentido, el art. 22.2 del Reglamento admite que el órgano requerido pueda solicitar el reembolso de cierto tipo de gastos, ocupando el órgano requirente una suerte de papel de garante en su satisfacción, ya que debe velar por que se produzca sin demora. Al respecto, recuérdese que cuando el adelanto o la provisión de fondos resulta necesario, debe justificarse la misma en la solicitud que pone en marcha la colaboración y, si no se acredita, se abriría un trámite para a subsanación (*supra*, apartados 11.3 y 11.4). A partir de ahí, que corresponda la asunción de los mismos a las partes o al Estado miembro al que pertenece el órgano requirente es algo que determinará la legislación interna de dicho Estado. Los gastos cuya restitución puede solicitarse pertenecen a dos grandes categorías.

Por un lado, la solicitud de reembolso puede producirse respecto los honorarios abonados a expertos e intérpretes, según señala expresamente el precepto indicado. Por otra parte, en el caso de los expertos, cuando se solicite su dictamen, el órgano jurisdiccional requerido podría recabar del órgano jurisdiccional requirente la adecuada provisión de fondos o adelanto de los gastos; si la legislación interna de este último así lo prevé, dicha provisión o adelanto se efectuará por las partes.

La segunda excepción contenida en el art. 22.2 del Reglamento es la que afecta a los gastos que se hayan podido derivar en los supuestos en los que se haya solicitado del órgano requerido que ejecute la solicitud de acuerdo con algún procedimiento especial previsto en la legislación del país del órgano requirente o cuando se le haya pedido que emplee los medios tecnológicos de comunicación en la realización de la obtención de pruebas como la videoconferencia o teleconferencia.

⁴² En este sentido, M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 125; en la misma línea, A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 256.

Estas son las únicas excepciones previstas en la normativa comunitaria que, además, son objeto de una interpretación estricta por parte del TJUE. En este sentido, el TJUE ha negado que pueda extenderse a las indemnizaciones que, en su caso, deban abonarse a los testigos. En efecto, al hilo de una cuestión prejudicial planteada desde Polonia, derivada de la negativa de un órgano irlandés a practicar una prueba testifical por no haber efectuado el órgano polaco requirente un adelanto o provisión de fondos de la indemnización prevista en la normativa irlandesa para los testigos, el Alto Tribunal ha afirmado que «Los artículos 14 y 18 del Reglamento (CE) n. 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional requirente no está obligado a abonar al órgano jurisdiccional requerido un adelanto a cuenta de la indemnización ni a reembolsar la indemnización debida al testigo interrogado»⁴³. La afirmación, obviamente, resulta extrapolable a los arts. 16 y 22 del Reglamento (UE) 2020/1783, dada la coincidencia de objeto y contenidos en ambos textos comunitarios.

2.2.2. La solicitud de práctica directa de diligencias de obtención de pruebas en otro Estado miembro

15. La otra vía prevista en el Reglamento comunitario es la realización directa de las prácticas de diligencias de obtención de prueba por parte del órgano jurisdiccional, en la que el texto aprobado en 2020 ha incorporado la posibilidad de que se efectúe mediante el recurso a agentes diplomáticos o funcionarios consulares. A ello se refiere el art. 19 ss. del Reglamento que también presenta importantes novedades respecto al texto del año 2001.

15.1. De entrada, cabe señalar que el paralelismo de esta vía con uno de los mecanismos arbitrados en el sistema del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero resulta evidente, compartiendo con dicho instrumento sus ventajas. En este sentido, no cabe duda que la obtención directa permite ganar en celeridad, así como que simplifica la tramitación y evita ciertos problemas que podrían surgir al tiempo de incorporar la prueba obtenida en el extranjero, ya que en la realización y práctica de la misma rige el derecho del órgano requirente, según se recoge en el art. 19.8 del Reglamento.

15.2. Ahora bien, del mismo modo, también comparte sus inconvenientes,

⁴³ Asunto *Weryński*, cit., punto 70.

entre ellos, el principal: la imposibilidad de aplicar medidas compulsivas en la obtención de la prueba, lo que reduce su margen de utilización⁴⁴. En efecto, el art. 19.2 del Reglamento establece expresamente que la obtención directa de la prueba tan sólo podrá efectuarse en caso de que pueda llevarse a cabo de manera voluntaria y sin aplicar medidas coercitivas; es más, a diferencia de lo que sucede en el Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero, aquí no se prevé la posibilidad de instar al órgano requerido su adopción.

16. El procedimiento se pone en marcha mediante la presentación de la oportuna solicitud la cual, como casi todas las previsiones del Reglamento, cuenta con su propio formulario (formulario L) y debe reunir los requisitos de contenido que recoge el art. 5 del Reglamento y a los cuales ya se ha hecho referencia.

16.1. Esta solicitud se presentará ante el órgano central o ante la autoridad competente del Estado miembro donde se pretenda llevar a cabo la obtención directa de pruebas por parte del órgano jurisdiccional requirente (art. 19.1 del Reglamento). Al respecto, ya se ha indicado anteriormente que dicho órgano central, según previene el art. 4 del Reglamento, es el que se designe en cada Estado y que, en el caso español, para atender las solicitudes que vienen de otros países miembros, el órgano central y autoridades designados son, respectivamente, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia y los Juzgados Decanos del partido judicial en el que haya de practicarse la diligencia.

16.2. Una vez presentada la solicitud, el órgano central o la autoridad competente del Estado requerido deberá pronunciarse e informar al órgano requirente sobre la admisión o no de la misma. Además, siempre en aras de la celeridad, el art. 19.4 del Reglamento exige que se efectúe en el plazo de treinta días. A partir de ahí, cabe pensar en las siguientes posibilidades.

De entrada, puede suceder que la solicitud sea admitida, en cuyo caso se informa de ello al órgano requirente, indicándole las condiciones en que deberá llevarse a cabo la práctica y utilizando para todo ello el formulario M.

Asimismo, también sería posible que la solicitud fuese denegada, si bien las causas de denegación están limitadas en el art. 19.7 del Reglamento: que no tenga cabida en el ámbito de aplicación del Reglamento – por ejemplo, que no se trate de materia civil o mercantil, que no esté relacionado con un proceso iniciado o a punto de iniciarse o que no proceda de un órgano jurisdiccional –, que no contenga la información exigida en el art. 5 o que sea contraria a los principios fundamentales del Derecho del Estado

⁴⁴ M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, cit., p. 61.

requerido⁴⁵.

Por último, cabe imaginar que la solicitud no fuese contestada. El Reglamento de 2001 no abordaba de forma expresa esta situación ni las consecuencias de un hipotético “silencio”, algo que el texto de 2020, en cambio, afronta ahora de manera directa.

Al respecto, el art. 19.5 del Reglamento dispone que, una vez hayan transcurrido treinta días desde que se acuse recibo de la solicitud sin que el órgano jurisdiccional requirente haya obtenido respuesta, dicho órgano puede enviar un recordatorio de la solicitud al órgano central o autoridad competente del Estado requerido y si no recibe contestación en el plazo de quince días, se entenderá que su solicitud ha sido aceptada.

En definitiva, se configura una especie de silencio positivo, pero de carácter “temporal”, pues el propio precepto considera la posibilidad de que concurren circunstancias excepcionales que hayan impedido responder en tiempo, en cuyo caso podrán aducirse los motivos de denegación fuera de plazo hasta el momento en que se realice la obtención directa de la prueba.

16.3. Una vez admitida la solicitud, sea de manera expresa o por silencio, la ejecución de la obtención de la prueba tendrá lugar, como se ha visto, aplicando el derecho correspondiente al órgano jurisdiccional requirente y sin poder emplear medidas coercitivas. Al margen de lo anterior, hay dos cuestiones que deben destacarse en cuanto a la ejecución de las diligencias de obtención de la prueba.

En efecto, en primer lugar, cabe indicar que el art. 19 del Reglamento prevé una cierta intervención de las autoridades judiciales del Estado requerido en la ejecución de la práctica de la prueba. En este sentido, por un lado, el apartado cuarto permite que el órgano central o autoridad competente designe a un órgano jurisdiccional de su país a efectos de garantizar que las previsiones del Reglamento se aplican adecuadamente y que se cumplen las condiciones que deben regir la obtención directa de la prueba; por otro lado, el apartado sexto permite que esta designación pueda ser efectuada también a efectos de prestar asistencia práctica en la obtención directa de pruebas.

En segundo lugar, una mención muy especial merece la posibilidad de emplear las nuevas tecnologías en la ejecución de la práctica probatoria. Y es que, así como en el Reglamento de 2001, el art. 17.4 las contemplaba como una mera posibilidad, sin dejar claro cómo se fomentaba su uso⁴⁶, el art. 20 del Reglamento de 2020 fija como una verdadera obligación la utilización de la videoconferencia u otra tecnología de telecomunicación cuando la prueba consista en que el órgano jurisdiccional requirente deba

⁴⁵ Sobre su significado, M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 143-144.

⁴⁶ M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, cit., p. 63.

tomar declaración o interrogar a una persona presente en otro Estado miembro, eso sí, en la medida en que dicha tecnología esté disponible para el órgano jurisdiccional y que la estime adecuada. Esta previsión, claramente conectada con la garantía del principio de inmediación⁴⁷, se ve reforzada por la posibilidad de que se proporcione ayuda para encontrar un intérprete cuando ello sea necesario; asimismo, en línea con las restantes previsiones, el Reglamento facilita un formulario a todos estos fines (formulario N).

17. A diferencia de lo que sucede con la obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requerido, el Reglamento guarda silencio sobre el régimen de gastos en los casos de obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente.

17.1. En este sentido, el art. 22 del Reglamento tan solo alude a los gastos ocasionados en la ejecución de una solicitud conforme al art. 12 – es decir, las solicitudes relativas a la obtención de pruebas por el órgano requerido – , pero no menciona en ningún momento las del art. 17, donde se regula la obtención directa de pruebas por el requirente, lo que debería conducir a la imposibilidad de aplicar dicho régimen a estos casos.

17.2. No obstante, un sector de la doctrina científica ha defendido la posibilidad de extrapolar el régimen contenido en el art. 22 del Reglamento y aplicarlo también en el caso de las solicitudes de obtención directa de pruebas en atención a los criterios que inspiran el mencionado régimen⁴⁸. Así las cosas, en principio, el órgano requerido no podría reclamar los gastos y tasas eventualmente generados en su Estado al órgano requirente, salvo en los casos excepcionales en que ello resulta posible y que fueran analizados en líneas anteriores.

3. La traslación de estas previsiones al proceso laboral

18. Al inicio de este trabajo aludía a la relevancia que tienen todas las cuestiones relacionadas con la cooperación jurídica internacional, en particular, las relativas a la práctica y obtención de pruebas en el extranjero; y ello tanto desde la perspectiva del aumento de las relaciones laborales transnacionales y, en consecuencia, de los conflictos con tal dimensión, como desde la del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Los avances normativos habidos en la materia resultan evidentes; no obstante, todavía resulta posible apreciar demasiadas carencias como, por ejemplo, a la hora de trasladar este conjunto de previsiones al proceso laboral. En

⁴⁷ R. PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁸ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 127.

efecto, a pesar de que la normativa analizada resulta aplicable a los conflictos laborales – o, por lo menos, según se ha visto en líneas anteriores, a los conflictos derivados del contrato de trabajo –, las previsiones existentes y los estudios doctrinales publicados sobre la materia toman como referente la regulación del proceso civil, sin tener en cuenta las singularidades que presenta el proceso laboral en cuanto a su desarrollo, lo que ocasiona ciertas dificultades interpretativas o aplicativas adicionales a una materia que ya resulta de por sí bastante compleja. Pues bien, las líneas que siguen a modo de conclusiones y reflexiones finales se destinan al tratamiento de tales cuestiones

3.1. La proposición de su práctica: iniciativa y momento

19. En este sentido, de entrada, surge la duda relativa a si resulta necesaria su proposición por la parte o se decide de oficio por el órgano jurisdiccional que esté conociendo del asunto, así como la de cuándo debe efectuarse la propuesta o adoptarse la decisión, esto último desde dos perspectivas diferentes como son, por un lado, la del momento procesal oportuno y, por otro, la relativa a la posibilidad de que se plantee como un acto preparatorio del proceso, bien como diligencia preliminar, bien como prueba anticipada.

19.1. El punto de partida para resolver estos interrogantes podrían ser los arts. 82.3, 87.1 y 90.3 LRJS de conformidad con los cuales, en el proceso laboral, las pruebas se proponen el mismo día del juicio, salvo aquellas que exijan de desplazamiento del órgano o diligencias de citación o requerimiento, pues estas últimas deben proponerse (generalmente) con una antelación mínima de cinco días.

19.2. Así pues, los preceptos procesales mencionados no arrojan demasiada luz sobre las dudas planteadas ni en lo relativo al sujeto responsable, ni en cuanto a los aspectos de carácter temporal.

20. En efecto, por lo que respecta a la proposición, los artículos mencionados presuponen el carácter rogado de la actividad probatoria, luego todo apunta a que debería ser la parte interesada en su práctica la encargada de tal cuestión. Ciertamente, no estamos en puridad ante una proposición de prueba, sino ante la manera de llevarla a cabo. Aún así, a la solución señalada se ha llegado por parte de la doctrina científica en el ámbito del proceso civil por medio del recurso a las previsiones que regulan las actuaciones relativas al auxilio judicial interno.

20.1. En este sentido, algunas autoras han argumentado sobre la base del art. 429.5 LEC que, en el marco de la audiencia previa del proceso declarativo ordinario, tras disponer que las partes indiquen qué testigos y

qué peritos se comprometen a presentar el día del juicio y cuáles deben ser citados por el órgano jurisdiccional, exige también que dichos sujetos señalen qué declaraciones e interrogatorios consideran que deben realizarse recurriendo al auxilio judicial⁴⁹. Y seguramente sea lo más acertado, no sólo para facilitar la labor del órgano jurisdiccional, advirtiéndole de la presencia de elementos de extranjería en la actividad probatoria, sino, sobre todo, de cara a un eventual recurso ulterior por la vía de las infracciones procedimentales que hayan generado indefensión donde sabido es que para que prospere se exige que la parte que la invoca haya tenido una correcta conducta procesal y actuado con diligencia. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que el órgano pueda adoptar estas decisiones de oficio.

20.2. Por otra parte, los pronunciamientos judiciales consultados nos ponen sobre la pista de que así se funciona en la práctica judicial. En efecto, al respecto, la base fáctica de las sentencias del Tribunal Constitucional citadas en la introducción de este trabajo⁵⁰ da cuenta de cómo han sido las partes en los correspondientes procesos de los que traen causa las sentencias quienes instaron de los órganos competentes la tramitación de las oportunas comisiones rogatorias. Igualmente, en el ámbito comunitario, el TJUE parece alinearse en la doble posibilidad apuntada, es decir, que cabe su adopción de oficio o a instancia de parte; por lo menos, así lo ha manifestado al resolver una cuestión prejudicial planteada desde Bélgica relacionada con la obligatoriedad o no de recurrir al Reglamento para practicar una determinada prueba pericial; en este sentido, en el momento de delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento, se alude a los casos en que un Tribunal de un estado miembro solicita bien la práctica de diligencias de obtención de pruebas al tribunal de otro Estado miembro, bien la realización directa de tales prácticas en otro Estado, y se añade «careciendo de importancia a este respecto que la iniciativa provenga de una de las partes o del propio tribunal»⁵¹.

20.3. En fin, con independencia de lo anterior, téngase en cuenta que la intervención o “compromiso” de las partes es superior al que inicialmente pudiera parecer y deben asumir un papel ciertamente activo como, por ejemplo, podría ser presentar las preguntas a formular, así como su correspondiente traducción cuando ello sea preciso⁵².

21. Las previsiones generales sobre los aspectos temporales contenidas en la LRJS y que se acaban de mencionar se presentan claramente insuficientes

⁴⁹ S. MARTÍN ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 272-273, en nota; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 87-88.

⁵⁰ STC 10/200, cit., y STC 208/2007, cit.

⁵¹ STJUE 21 febrero 2013, asunto C-332/11, *ProRail BV c. Xpedys NV y otros*, punto 34.

⁵² Al respecto, *vid.* Auto AP Madrid 15 noviembre 2007, AC\2007\2316.

y carentes de efectividad en estos asuntos.

21.1. Así, en relación con el momento procesal oportuno, al encontrarnos ante pruebas que van a exigir bien del desplazamiento del órgano jurisdiccional o de diligencias de citación o requerimiento, la exigencia de que se propongan con una antelación mínima de cinco días resulta a todas luces insuficiente para resolver la cuestión, lo que, con toda probabilidad, determinará la suspensión del juicio, si no se realiza con una mayor antelación.

Así se opera en el ámbito del proceso civil: aunque en el juicio declarativo ordinario esto se plantea en la audiencia previa – lo que proporciona un mayor margen de actuación –, en el caso del juicio verbal – más próximo al proceso laboral –, su diversa tramitación conduce a que la práctica de estas diligencias determine necesariamente la suspensión de la vista, de acuerdo con el art. 193.1.2 LEC⁵³.

Ello induce a plantear, en el terreno de las propuestas de *lege ferenda*, la necesidad de buscar una solución diversa que se presente mucho más respetuosa con los principios de concentración y celeridad que deben inspirar y regir el procedimiento laboral⁵⁴.

21.2. Por otra parte, debe responder a la duda relativa a si resulta imprescindible que las solicitudes se planteen en el marco de un proceso ya iniciado o, diversamente, también al hilo de una próximo a ser incoado. Pues bien, en relación con el último aspecto apuntado, el hecho de el Reglamento (UE) 2020/1783 (art. 1) aludan a que la prueba debe tener relación directa con un proceso ya iniciado o futuro proporciona un fundamento sólido para admitir las solicitudes sobre práctica anticipada de la prueba previstas en el art. 78 LRJS⁵⁵; en el caso de las diligencias preliminares previstas en los arts. 76 y 77 LRJS, si bien es cierto que podría haber mayores dudas, tal y como he indicado en líneas anteriores, a mi juicio deben resolverse en sentido positivo⁵⁶. La jurisprudencia comunitaria parece moverse en dicha dirección e, incluso, admite la aplicación del

⁵³ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 89.

⁵⁴ En esta línea, con referencia al juicio verbal de la LEC, M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁵ En este sentido, si bien con referencia al proceso civil, M.J. ELVIRA BENAYAS, *op. cit.*, p. 243. Asimismo, *vid.* S. MARTÍN ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 286 ss.; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 73 ss.; A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 254.

⁵⁶ Al respecto, puede consultarse M.J. ELVIRA BENAYAS, *op. cit.*, p. 260 ss., si bien desde una óptica centrada en el proceso civil y las previsiones de la LEC. En todo caso, en dicho terreno no es una cuestión pacífica: a favor, A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 254, o R. PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, p. 127 ss.; en contra, S. MARTÍN ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 286 ss., o M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 69.

Reglamento en el contexto de un procedimiento sobre medidas cautelares⁵⁷.

3.2. La elección del mecanismo de colaboración oportuno: su adecuación al tipo de prueba

22. A partir de ahí, que se recurra a unos mecanismos u otros va a depender del caso concreto y del tipo de prueba practicada. En efecto, tanto a la hora de decidir si se recurre a la cooperación o no, como en la concreción del mecanismo, seguramente se valorarán extremos tales como la necesidad de la práctica de la prueba, la repercusión de la práctica de la prueba en el proceso principal, los factores económicos⁵⁸ y, desde luego, el tipo de prueba de que se trate.

23. En el caso de estar ante pruebas documentales, podemos encontrarnos con diferentes situaciones en función de en manos de qué sujetos obren los documentos de que se trate.

23.1. De entrada, obviamente si obran en poder de la parte proponente, ésta las podrá aportar al juicio sin mayor dificultad, por lo que no resultará necesario recurrir a ningún mecanismo de colaboración.

23.2. Asimismo, si obrasen en poder de la otra parte, a mi juicio, tampoco resultará necesario recurrir a ninguno de los mecanismos de cooperación analizados, pues sobre tales sujetos pesa un deber de colaborar que, además, se ve reforzado por los riesgos de que se aplique la *facta confessio* del art. 94.2 LRJS, sin que dicha medida se pueda considerar incluido entre los mecanismos compulsivos vetados en la obtención directa de pruebas en el extranjero por los instrumentos jurídicos analizados, ya que se trata de una consecuencia “endoprosesal” y no de una verdadera compulsión. En esta línea parece moverse el TJUE, si bien al hilo del interrogatorio de parte, como se verá en breve.

23.3. Por último, si los documentos obran en poder de terceros, sean sujetos públicos o privados, al margen de los que debieran aportar las propias partes, para requerir su aportación será necesario recurrir a la cooperación; y seguramente, por lo menos en los casos en que incluyan informaciones y datos “protegidos”, lo más adecuado sea acudir a los mecanismos que implican la intervención de las autoridades extranjeras, ya que son las únicas que van a poder compeler al tercero en el cumplimiento.

24. Por lo que respecta al interrogatorio de parte, una vez propuesta y admitida esta prueba, sobre estos sujetos pesa el deber de comparecer ante

⁵⁷ Asunto *ProRail BV*, cit.

⁵⁸ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 88.

el órgano jurisdiccional, con independencia de donde se encuentren y existe una medida que apuntala la efectividad del deber como es la previsión contenida en el art. 91.2 LRJS, esto es, la posibilidad de que el órgano jurisdiccional recurra a la *ficta confessio*. Así pues, lo más sencillo en este caso sería recurrir a la citación directa de los sujetos en cuestión.

24.1. Esta actuación no supone una vulneración ni del Convenio de la Haya de 1970, ni del Reglamento comunitario sobre la materia, como ha resaltado el TJUE: «el Reglamento 1206/2001 no contiene ninguna disposición que permita o que impida a un órgano jurisdiccional citar a una parte residente en otro Estado miembro para que comparezca y preste declaración directamente ante él», de manera que «el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro que desee interrogar en calidad de testigo a una parte residente en otro Estado miembro está facultado, con el fin de llevar a cabo dicho acto, a citar ante él a dicha parte e interrogarle con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional». Por otra parte, el pronunciamiento destaca que esta manera de proceder, además, proporciona al órgano actuante la posibilidad no solo de preguntar a la parte directamente, sino también de confrontarla con la declaración de las otras partes o testigos eventualmente presentes en el acto, y de comprobar por sí mismo, en su caso, mediante preguntas adicionales la credibilidad del testimonio. Asimismo, la sentencia también pone de relieve lo aquí apuntado, esto es, la posibilidad de deducir las consecuencias previstas en el derecho nacional por incomparecencia injustificada⁵⁹. En fin, no está demás destacar cómo entre los argumentos esgrimidos por el tribunal en esta sentencia se encuentran, por un lado, el hecho de que el objetivo del Reglamento comunitario consiste en la obtención simple, eficaz y rápida de la prueba, sin que las actuaciones deban conducir a un innecesario alargamiento de los procedimientos nacionales; por otro lado, el relativo a que el tratamiento que dispensa el Reglamento no tiene un carácter exhaustivo, sino que tan solo persigue facilitar la obtención de la prueba, lo que no impide el recurso a otros instrumentos que persigan el mismo objetivo, como corrobora el art. 21 (hoy art. 29).

24.2. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el art. 169.4 LEC prevé que cuando por la distancia, dificultad del desplazamiento o las circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del órgano jurisdiccional, se podrá solicitar el auxilio judicial. Pues bien, este criterio, fijado para las solicitudes de auxilio interno, debe ser empleado también

⁵⁹ STJUE 6 septiembre 2012, asunto C-170/11, *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens y otros c. Hendrikus Cornelis Kortekaas y otros*, puntos 27 y 39.

para los supuestos de cooperación internacional en la práctica de la prueba⁶⁰.

a) A partir de ahí, lo más sencillo sería el recurso a los mecanismos que implican una intervención directa, empleando en la ejecución la videoconferencia sobre cuyas virtualidades en términos de respeto a los diferentes principios del proceso me detendré más adelante; esta intervención directa facilita la práctica de la prueba y su incorporación al proceso, pues la normativa aplicable sería la española.

b) Si no fuese posible y hubiese que recurrir a los mecanismos que implican la actuación de los órganos del Estado requerido, en todo caso, debería hacerse uso de la posibilidad de solicitar la aplicación de «los procedimientos especiales propios», a efectos de sustituir la remisión de las preguntas, por el interrogatorio “libre” y, nuevamente, apoyándose de la videoconferencia.

25. Una problemática un tanto diversa plantea el interrogatorio de testigos, pues, por lo pronto, aquí no rige la *facta confessio*, por lo que no existe un “incentivo” efectivo para lograr su comparecencia; por otra parte, debe tenerse en cuenta que las previsiones del art. 169.4 LEC apenas apuntadas también son aplicables en la práctica de esta prueba.

25.1. Así las cosas, en estos casos, al margen de los supuestos en los que el testigo pudiese comparecer de manera voluntaria, resultará necesario recurrir a los mecanismos previstos en los diferentes instrumentos normativos analizados. Y entre ellos, el recurso a aquellos que implican la intervención directa del órgano requirente, empleando en la ejecución la videoconferencia, se presentan como los más apropiados y respetuosos con los principios propios del proceso laboral. Y es que, claramente, con ello se salva la oralidad, la intermediación, la concentración y la celeridad.

25.2. Ahora bien, el testigo, si es nacional de otro Estado, no tiene la obligación de comparecer; de hecho, ni siquiera pesa sobre él la posibilidad de imponer una multa por no colaborar con el órgano jurisdiccional⁶¹, lo que puede conducir a que se decida recurrir a los otros mecanismos de cooperación. En tales casos, al igual que en el interrogatorio de parte, debería hacerse uso de la posibilidad de solicitar la aplicación de «los procedimientos especiales propios», a efectos de sustituir la remisión de las preguntas, por el interrogatorio “libre” y, nuevamente, apoyándose en la utilización de la videoconferencia.

26. Por lo que respecta a la prueba pericial, en principio, no debería suscitar mayores problemas: la designación del perito es libre por cada una de las

⁶⁰ S. MARTÍN ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 275.

⁶¹ *Idem.*

partes; así pues, la parte proponente se encargará de que el perito designado, esté en España o en el extranjero, comparezca el día del juicio, sin necesidad de recurrir a la colaboración jurisdiccional, lo que no supone una vulneración del Reglamento comunitario, ni, seguramente, del Convenio de La Haya de 1970⁶².

26.1. Ciertamente, también aquí resulta aplicable el art. 169.4 LEC, lo que justificaría que, por hipótesis – pues no parece que se vaya a plantear en la realidad –, se pudiese practicar esta prueba recurriendo a la cooperación judicial, especialmente, valiéndose de los medios telemáticos.

26.2. Por otra parte, cabe pensar en que el peritaje tuviese que efectuarse necesariamente en el extranjero, no ya, simplemente, que el perito se encuentre allí. Al respecto, el TJUE ha remarcado dos cosas de relevancia⁶³: por un lado, al igual que ha remarcado al hilo de la prueba de interrogatorio de parte, resulta posible obtener la prueba al margen de las previsiones del Reglamento; ahora bien, si afectase al ejercicio de poder público (por ejemplo, en función de las circunstancias del lugar al que, por hipótesis, se deba acceder), será necesario recurrir a los mecanismos arbitrados en dicho instrumento normativo.

3.3. Algunas dificultades adicionales: incorporación, impugnación y gastos

27. Las dificultades aplicativas que se derivan de la traslación al proceso laboral de las previsiones sobre cooperación judicial en la obtención de pruebas no finalizan en los aspectos referidos en líneas anteriores, sino que existen otras cuestiones también relevantes que no encuentran siempre una respuesta sencilla y que merecen ser por lo menos apuntadas.

28. En este sentido, una primera cuestión a plantearse es la relativa al modo en que se incorporan en el proceso las pruebas practicadas u obtenidas por las autoridades extranjeras a resultas de las peticiones cursadas por los órganos jurisdiccionales españoles.

28.1. Al respecto, según se ha visto, las previsiones contenidas en las normas internacionales y comunitarias son muy limitadas, pues tales disposiciones solo aluden a la labor que debe desplegar el órgano requerido. En efecto, en este sentido, en art. 13 del Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero se limita a indicar la necesidad de que la autoridad requerida remita a la requirente, por la misma vía que

⁶² Al respecto, *vid.* el asunto *ProRail BV*, cit.

⁶³ *Idem.*

ésta hubiese utilizado, los documentos en que se haga constar la ejecución de la carta rogatoria (*supra*, apartado 19); por su parte, el art. 18 del Reglamento (UE) 2020/1783, se mueve en unos términos igual de parcos, ya que tan solo indica que, una vez ejecutada la solicitud, el órgano jurisdiccional requerido transmitirá con la mayor brevedad al órgano requirente los documentos que lo confirmen, así como devolverle los documentos que en su caso hubiese recibido de éste (*supra*, apartado 13).

Ello va en línea de lo que se prevé en nuestro derecho interno respecto del auxilio judicial entre órganos judiciales españoles, donde el art. 174 LEC ordena que se comunique el resultado al exhortante por medio de sistema informático o cualquier otro sistema que garantice la constancia de la recepción; ahora bien, este precepto, además, añade que las actuaciones de auxilio judicial practicadas se remitan por correo certificado o se entreguen al litigante o al Procurador a quien se le hubiese encomendado la gestión del exhorto, quienes las presentarán ante el órgano exhortante dentro de los diez días siguientes. Los instrumentos internacionales analizados no contienen una previsión análoga, algo en principio lógico, pues tan solo tendría sentido en aquellos casos en que se hubiese solicitado y producido la intervención de las partes en la práctica de la prueba; en todo caso, en el supuesto de producirse dicha intervención, cabría entender trasladable la previsión comentada por medio del mecanismo de solicitar al órgano requerido aplicar procedimientos especiales del ordenamiento del órgano requirente, una posibilidad recogida en los diferentes instrumentos internacionales analizados según se ha comprobado.

28.2. En todo caso, una vez recibido el resultado, será necesario proceder a incorporar las diligencias practicadas en los autos correspondientes al procedimiento del que traen causa. Esta labor, en nuestro sistema procesal, corresponde al Letrado de la Administración de Justicia, según se deriva del art. 545 LOPJ. Asimismo, parece que se comunique a las partes, algo especialmente importante en el caso de que no hayan tenido la posibilidad de intervenir en la práctica probatoria de que se trate⁶⁴.

La finalidad de la comunicación se encamina a que puedan alegar lo que a su derecho convenga, algo que se puede producir, según la doctrina, en dos momentos diversos en función de que las diligencias se hayan practicado antes el juicio, en cuyo caso, también se incorporan antes del inicio para que las partes las conozcan y puedan alegar, o lleguen una vez iniciado, en cuyo caso, se suspende para la incorporación, concediéndoles la indicada facultad tras la reanudación⁶⁵.

⁶⁴ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 131; A. YBARRA BORES, *op. cit.*, p. 264.

⁶⁵ Al respecto, M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 131; en la misma línea, A. YBARRA

Esta solución no acaba de casar bien en el caso del proceso laboral por su diversa articulación. El silencio normativo apunta a que, con independencia del momento en que se incorporen, las eventuales alegaciones deberán formularse el día del juicio, sin perjuicio de que, en función de las circunstancias, procediese solicitar una eventual suspensión de la vista. Por lo demás, y ahora ya al margen de que se trate de la jurisdicción laboral o la civil, todo ello debería matizarse en aquellos casos en los que las actuaciones se hayan llevado por el propio órgano requirente y con intervención de las partes. En este sentido, piénsese en un interrogatorio efectuado en el extranjero por un juez español y con presencia de las partes o que se haya recurrido a la videoconferencia, pues en tales circunstancias habrá que estar al régimen habitual.

29. Al hilo de lo anterior, surge una segunda cuestión de relevancia como es la relativa a una eventual impugnación de las actuaciones seguidas o de los resultados obtenidos, según el caso.

29.1. Al respecto, como ha denunciado la doctrina⁶⁶, debe tenerse en cuenta que el Reglamento no afronta cómo pueden las partes poner de manifiesto eventuales irregularidades en la ejecución de la diligencia, ya sea por contravenirse las previsiones normativas en la ejecución, ya sea por incumplir lo que se haya solicitado. A mi juicio, seguramente ello se deba a que se considere como una cuestión de alcance básicamente interno que deba ser abordada en la legislación de cada país, si bien ello no resulta del todo cierto.

29.2. Así las cosas, la posible respuesta se presenta algo compleja, por lo menos en los casos en que actúe el órgano requerido, pues en aquellos en que el órgano requirente intervenga de forma directa en el extranjero o por medio de videoconferencia las dificultades se difuminan. La vía para solventar los primeros, según ha destacado con agudeza la doctrina, debe hacerse depender de dos factores: por un lado, que las partes hayan tenido la posibilidad de intervenir en la ejecución de la comisión rogatoria; por otro, que el derecho nacional del órgano requerido imponga la obligación de denunciar o impugnar las irregularidades en el momento de producirse⁶⁷. Así las cosas, todo apunta a que, si las partes han podido intervenir en la práctica de las pruebas y el derecho nacional del órgano requerido introduce el deber indicado, tales sujetos tendrían que poner de manifiesto la irregularidad en el momento de producirse⁶⁸.

A mi juicio, a idéntica solución habría que llegar cuando, sin estar previsto

BORES, *op. cit.*, p. 264.

⁶⁶ M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 123 y 131.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

en el derecho del órgano requerido, el órgano español requirente haya incorporado en la solicitud, vía procedimiento especial a aplicar por el requerido en la ejecución, esta posibilidad.

Todo ello sin perjuicio de que en caso de que no prospere puedan reiterar su petición cuando se incorporen las actuaciones al proceso seguido en España. Esta última será la solución, por lo demás, cuando órgano requerido no haya dado a las partes la posibilidad de intervenir o su ordenamiento procesal no imponga/admita la impugnación o la protesta⁶⁹.

30. En fin, una última dificultad aplicativa en la que detenerse es la relacionada con el régimen de gastos, pues aquí las previsiones procedentes de las normas comunitarias, así como las derivadas de la LEC pueden generar ciertas fricciones al momento de trasladarlas al proceso laboral.

30.1. En efecto, la solución más extendida en los instrumentos internacionales sobre la materia suele ser la de que la cooperación dispensada no genere el derecho al reembolso de gastos o tasas, salvo excepciones, normalmente relacionadas con la intervención de expertos/peritos e intérpretes, o los derivados de la aplicación de procedimientos especiales. En esta línea se inscribe el Reglamento comunitario, donde el art. 22 del Reglamento recoge tal solución remitiendo al derecho interno la cuestión de a quién corresponde la asunción de aquellos que sean responsabilidad del requirente.

30.2. Pues bien, si descendemos al derecho interno, a pesar de que el art 241 LEC permite considerar como costas algunos gastos de los que no asume el órgano requerido (por ejemplo, los derivados de los traductores o de la aplicación de procedimientos especiales), ello no parece trasladable al proceso laboral, donde rige la gratuidad del procedimiento, por lo menos en la instancia. Por otra parte, habrá que tener en cuenta también el alcance del derecho a la justicia gratuita del cual el trabajador es titular por su mera condición de tal, con independencia de sus recursos económicos, y el empresario podría serlo en la medida en que acreditase la insuficiencia de recursos.

4. Bibliografía

DIAGO DIAGO M.P. (2013), *Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de obtención de pruebas en materia civil y mercantil: estudio sobre su obligatoriedad, imperatividad y exclusividad*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 25, pp. 1-25

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 124 y 132.

- DIAGO DIAGO M.P. (2003), *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Aranzadi
- ELVIRA BENAYAS M.J. (1997), [*La obtención de pruebas en el extranjero. Estudio sobre el Convenio de la Haya de 1970 y su aplicación en el ordenamiento español*](#), Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid
- FONT I SEGURA A. (2017), *Título Preliminar. Disposiciones Generales*, en F. MÉNDEZ GONZÁLEZ, G. PALAO MORENO (dirs.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch
- HERRERA PETRUS C. (2005), *La obtención internacional de prueba. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Real Colegio de España
- MARTÍN ÁLVAREZ S. (2005), [*El ámbito de aplicación del Reglamento Comunitario sobre obtención de pruebas: algunas cuestiones controvertidas*](#), en *Boletín de la Facultad de Derecho*, n. 27, pp. 267-300
- MOREIRO GONZÁLEZ C.J. (2019), [*Un marco jurídico más eficiente para la cooperación judicial en la UE*](#), en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n. 10, pp. 11-18
- NORES TORRES L.E. (2021), *La actividad probatoria en los conflictos derivados de relaciones laborales transnacionales*, en *Trabajo y Derecho*, n. 84, pp. 1-32
- NORES TORRES L.E. (2021), *Prueba y trabajo globalizado: el tratamiento normativo de la cooperación jurídica internacional en España*, en *Revista de Jurisprudencia*, n. 12, pp. 2-5
- PASCUAL SERRATS R. (2019), *De la práctica y obtención de pruebas*, en F. JIMÉNEZ FORTEA (coord.), *La cooperación jurídica internacional civil y mercantil española más allá de la UE*, Tirant lo Blanch
- VILLAMARÍN LÓPEZ M.L. (2005), *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo*, COLEX
- YBARRA BORES A. (2012), [*La práctica de la prueba en materia civil y mercantil en la UE en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español*](#), en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2, pp. 248-265

Trabajadores españoles de Estados extranjeros y organizaciones supranacionales con sede/oficina en territorio nacional. ¿La inmunidad de jurisdicción como pretexto para esquivar las reclamaciones laborales?*

Paz MENÉNDEZ SEBASTIÁN**

RESUMEN: Desde antiguo, la actuación de las Embajadas y Consulados de los Estados en el territorio en el que se sitúan ha tenido un régimen jurídico específico y unas reglas jurisdiccionales particulares, cuyo máximo exponente es sin duda la inmunidad de jurisdicción. Lo mismo viene sucediendo con la mayoría de las organizaciones supraestatales/internacionales respecto de sus oficinas en territorios nacionales. Estas especialidades están justificadas en la protección de intereses estatales y en la preservación de la autonomía de la organización, respectivamente. No obstante, en los últimos tiempos se aprecia cierta preocupante tendencia a invocar esa inmunidad de jurisdicción para esquivar reclamaciones laborales formuladas por sus empleados “no especiales”. Este trabajo tiene por objeto el estudio de la jurisprudencia social nacional reciente elaborada para desmontar los argumentos empleados por los Estados y las organizaciones internacionales con el propósito de evitar el conocimiento por jueces españoles de esos pleitos laborales interpuestos contra sus intereses. Dicha jurisprudencia tiene como faro garantizar la adecuada protección judicial de los derechos sociales de esos trabajadores, aunque en ocasiones el recorrido normativo llevado a cabo a tal fin adolezca de algún desajuste o incorrección.

Palabras clave: Trabajadores españoles, Estados extranjeros, territorio nacional, organizaciones supranacionales, inmunidad de jurisdicción, derechos sociales.

SUMARIO: 1. Presupuestos de la inmunidad de jurisdicción. *Acta iure imperii versus acta iure gestionis*. 2. La regulación de la inmunidad de jurisdicción como excepción a las reglas ordinarias de competencia judicial internacional. 2.1. La normativa internacional y europea

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto *Las transformaciones de la legislación laboral contemporánea y el nuevo estatuto del trabajo (proyecto coordinado nacional)* y en particular en el Subproyecto *La expansión del Derecho del Trabajo hacia zonas emergentes y de frontera* (Convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i – PGC Tipo Coord), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (REF: PID2020-118499GB-C33).

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (acreditada a Catedrática), Universidad de Oviedo (España).

sobre inmunidad de jurisdicción que vincula al Estado español. 2.2. La regulación nacional de la inmunidad de jurisdicción. Particular referencia al carácter absolutamente residual de la LO 16/2015. 2.3. El retorno al Reglamento Bruselas I-*bis* en los pleitos laborales del personal ordinario de Embajadas, Consulados y Organizaciones internacionales. 3. Jurisprudencia española reciente sobre el alcance de la inmunidad de jurisdicción en los pleitos sociales frente a Embajadas, Consulados y organizaciones supraestatales. 3.1. Alegación de la excepción y control de oficio. 3.2. Los argumentos jurisprudenciales para acotar el alcance de la excepción de inmunidad de jurisdicción. 4. A modo de reflexión final. La conveniente reconducción de los pleitos laborales al radio natural de acción del Reglamento (UE) n. 1215/2012. 5. Bibliografía.

Spanish Workers from Overseas and Supranational Organizations Having Their Headquarters on National Soil. Immunity from Jurisdiction as a Pretext to Avoid Labour Claims?

ABSTRACT: The Embassies and Consulates of States in the territory in which they are traditionally located have had a specific legal regime and particular jurisdictional rules, in particular immunity from jurisdiction. This is also the case for most supra-State/international organizations with respect to their offices in national territories. These specialties are justified in the protection of State interests and in the protection of the autonomy of the organization. But in recent times there is a tendency to invoke that immunity from jurisdiction to avoid labour processes of ordinary employees. The purpose of this paper is to study Spanish jurisprudence developed to neutralize the arguments of States and international organizations to avoid knowledge by Spanish judges of these labour lawsuits. This case-law is intended to ensure the protection of workers, but sometimes the arguments are not entirely correct.

Key Words: Spanish workers, foreign States, national soil, supranational organizations, immunity from jurisdiction, social rights.

1. Presupuestos de la inmunidad de jurisdicción. *Acta iure imperii* versus *acta iure gestionis*

Tradicionalmente se ha venido admitiendo que la incuestionable igualdad y soberanía de los Estados debe traducirse en un elevado nivel de indemnidad respecto de las intervenciones que sus “representantes” puedan llevar a cabo en territorios foráneos. Una de las manifestaciones de esa impunidad es la que viene situando extramuros de las normas generales de competencia judicial internacional los procesos judiciales iniciados contra las acciones de las representaciones estatales en el territorio de otro Estado (Embajadas y Consulados fundamentalmente)¹. Este mecanismo para soslayar interferencias mutuas en las decisiones de los Estados soberanos se conoce con el nombre de inmunidad de jurisdicción, y desde hace ya algún tiempo ha venido trasladándose también a la acción de ciertas organizaciones internacionales (también a las representaciones en conferencias y reuniones internacionales), aunque para ellas con un fundamento diverso, en tanto que carecen de la soberanía sobre la que se construye la inmunidad de jurisdicción estatal. En estos otros casos, la inmunidad de jurisdicción se erige sobre el pilar esencial de la independencia y autonomía de funcionamiento de estas organizaciones, edificada, a su vez, sobre la propia igualdad de los Estados miembros de la organización, en el bien entendido que con esta excepción de jurisdicción se garantiza que ningún Estado parte pueda dictar sentencias contra la organización o sus representantes que puedan hacer primar los intereses nacionales frente a los propios de aquélla e indirectamente los del resto de Estados componentes², que son, precisamente, los conformadores del radio de acción de la organización a la que pertenecen.

En un primer momento a esta prebenda, sobre todo a la estatal, se le atribuyó una significación prácticamente absoluta, cegando toda posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de un Estado soberano conociesen de

¹ La Embajada puede entenderse como el centro operativo de un Estado, que proyecta, identifica y representa a un Estado (acreditante) ante otro Estado (receptor), y se presenta ante terceros como una extensión duradera de aquel (*vid.* L.A. FERNÁNDEZ NIETO, *El personal laboral de la administración del estado en el exterior*, Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015, p. 98).

² Algunos autores fundamentan esta inmunidad también en el hecho de que estas organizaciones tienen “funcionarios” de muy diversas nacionales y ello podría conllevar el conocimiento de las mismas o similares relaciones contractuales por jueces distintos, a los que resulta difícil pedir un control adecuado del entramado normativo implicado. En este sentido, M. CARRILLO ZAMORA, *La inmunidad de las organizaciones internacionales: límites e implicaciones sobre el proyecto de responsabilidad de las organizaciones internacionales de la Comisión de Derecho Internacional*, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 123.

demandas formuladas por particulares frente a otro Estado igualmente soberano (*par in parem non habet imperium*)³ – salvo aceptación del propio país afectado –, manteniendo con ello perfectamente preservada la soberanía de ambos, recíprocamente reconocida⁴. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha venido apostando normativa pero sobre todo jurisprudencialmente – a nivel nacional y supraestatal (regional e internacional) – por una concepción restringida de este privilegio, de manera que no suponga la absoluta y omnicomprensiva imposibilidad de demandar a los Estados y a las organizaciones por las acciones de sus representantes.

La traducción práctica de este cambio de planteamiento es en el caso de los Estados que la inmunidad jurisdiccional (y de ejecución que la acompaña) únicamente alcanzará a las reclamaciones por acciones “soberanas”, las llamadas *acta iure imperii*, porque solo respecto de ellas el Estado actúa investido de autoridad. Por ende, frente al resto, es decir, los denominados *acta iure gestionis*, en los que el Estado o sus representaciones actúan realizando funciones no soberanas, las demandas formuladas por los particulares se regirán por las reglas generales de competencia judicial internacional que obligan a los jueces del territorio en el que se plantea el pleito⁵. *Mutatis mutandi* la inmunidad de las organizaciones internacionales o supranacionales, que se formula de ordinario en la normativa rectora de cada institución y suele remitir el conocimiento de los pleitos a órganos judiciales/administrativos específicos de su ámbito de actuación, alcanzará únicamente a las acciones que se correspondan con decisiones o procedimientos propios del margen específico de actuación que los propios Estados parte hayan asignado a la organización, sometiéndose a las reglas comunes de competencia judicial en caso contrario.

Pues bien, y aquí emerge la temática que a este comentario interesa, de ordinario cuando una representación estatal o de una organización supranacional se instala en el territorio de un Estado abriendo una oficina, una Embajada, un Consulado o similar – además del *personal de la*

³ STJUE 7 mayo 2020, asunto C-641/18, LG c. *Rina SpA y Ente Registro Italiano Navale*.

⁴ Sobre el origen de esta figura (creada por la jurisprudencia inglesa), C. GUTIÉRREZ ESPADA, *Sobre la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, n. 2, p. 7.

⁵ Por todas, sentencia *Rina*, cit., punto 56, en la que se recuerda que dicho Tribunal «ya ha declarado que la inmunidad de jurisdicción [...] no tiene un valor absoluto, sino que se reconoce generalmente cuando el litigio se refiere a actos de soberanía realizados *iure imperii*. En cambio, puede excluirse si la acción judicial tiene por objeto actos que no pertenecen al ámbito del poder público» (véase, en este sentido, STJUE 19 julio 2012, asunto C-154/11, *Abmed Mahamdia c. República Argelina Democrática y Popular*, puntos 54 y 55).

misiónnacional del Estado acreditante enviado por este al Estado receptor⁶ o del *personal propio* de la organización – emplea trabajadores nacionales del Estado receptor (con domicilio en él) para prestar servicios en las dependencias correspondientes⁷. Normalmente, esa contratación laboral no reviste la condición de acto *iure imperii*, pues no resulta del poder público del Estado, ni repercute en la autonomía de funcionamiento de la organización supranacional, sino que está llamada a cumplir una finalidad común, necesaria para el correcto devenir de las dependencias o para el adecuado desarrollo de la actividad llevada a cabo en la oficina o sede en cuestión. Lógicamente, en estos casos no están en juego intereses soberanos de los Estados o la independencia misma de la institución, por lo que no

⁶ En la misión diplomática que puede instalarse con carácter permanente en el Estado receptor además del jefe de la misión (Embajadores, y demás representantes permanentes), podrá haber, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.º de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas “miembros del personal de la Misión”: miembros del personal diplomático; miembros del personal administrativo y técnico; personal de servicio. Obviamente, el personal estrictamente diplomático está fuera del comentario que aquí interesa. Por su parte, los “miembros del personal administrativo y técnico” son aquel personal de la misión empleado en el servicio administrativo y técnico de la misión y los “miembros del personal de servicio” aquellos empleados en el servicio doméstico de la misión, distintos del denominado “criado particular”, que es la persona al servicio doméstico de un miembro de la misión, que no sea empleada del Estado acreditante. Téngase en cuenta que según dispone el art. 37.2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas «Los miembros del personal administrativo y técnico de la misión, con los miembros de sus familias que formen parte de sus respectivas casas, *siempre que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente*, gozarán de los privilegios e inmunidades mencionados en los artículos 29 a 35, salvo que la inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor especificada en el párrafo 1 del artículo 31, no se extenderá a los actos realizados fuera del desempeño de sus funciones [...]. Los miembros del personal de servicio de la misión que *no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente*, gozarán de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones [...]. Los criados particulares de los miembros de la misión, que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, estarán exentos de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios. A otros respectos, sólo gozarán de privilegios e inmunidades en la medida reconocida por dicho Estado. No obstante, *el Estado receptor habrá de ejercer su jurisdicción sobre esas personas* de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión». Nótese, en todo caso, que la inmunidad que la norma diseña se refiere y protege a los prestadores del servicio, no al Estado frente a las reclamaciones que estos le pudieran formular.

⁷ El nombramiento del personal de las Misiones Diplomáticas es competencia exclusiva del Estado acreditante que, a diferencia de lo que ocurre con los Jefes de la Misión, no precisa la aprobación del Estado receptor (art. 7 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas). Si bien, «en cualquier momento y sin necesidad de alegar motivo alguno, el Estado receptor podrá declarar persona *non grata* a cualquier miembro del personal de la Misión» (art. 9 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas).

parece razonable dar entrada a la inmunidad de jurisdicción. Así pues, si esos trabajadores demandan a su empleador por alguna cuestión común derivada del desenvolvimiento de sus contratos laborales, el juez habrá de valorar su competencia conforme a las reglas generales que aplicaría a cualquier otro trabajador que prestase servicios en su territorio para un empresario de nacionalidad extranjera.

Pero también es cierto que no todas las contrataciones laborales del contexto descrito (es decir, trabajadores españoles que residen y prestan servicios en territorio español para estos singulares empleadores) son iguales, y que es posible que en el desarrollo ordinario de una determinada prestación común de servicios puedan quedar comprometidos intereses soberanos o la propia autonomía de la organización supraestatal que justifiquen la entrada de la inmunidad de jurisdicción; por ejemplo porque el trabajador haya podido tener acceso a información o a material que, de salir a la luz en el marco de un pleito, podría poner en jaque intereses superiores. En estos casos, la contratación podría quedar afectada por el *iure imperii*, y por ello las posibles disputas sociales frente al Estado extranjero o la organización supraestatal habrían de solventarse por cauces procesales especiales. El problema es que la frontera que separa uno y otro tipo de actos (los de *acta iure imperii* de los *acta iure gestionis*) no siempre es tan nítida y quirúrgica como resultaría deseable, pudiendo aparecer zonas grises.

La cuestión es que en los últimos años parecen haberse incrementado sustancialmente los casos en los que cuando las representaciones extranjeras e internacionales que actúan en España son demandadas por trabajadores españoles ordinarios (no los específicos enviados a la misión o los propios de la organización) alegan la condición de *iure imperii* para desactivar el mecanismo nacional de conocimiento del pleito⁸, obligando con ello al juez nacional a decidir si debe aplicar o no la inmunidad de jurisdicción del Estado o la institución⁹. La estrategia procesal es sencilla para el demandado y nefasta para el trabajador accionante, pues la acogida de la excepción de jurisdicción conlleva de inmediato la sujeción de la

⁸En general, sobre la problemática de los trabajadores de Embajadas, S. MADALENA SOLIMANO, L. ALVAREZ DE BETOLAZA, *Trabajadores de embajadas: algunos aspectos procesales y sustanciales de interés*, en *Revista Derecho del Trabajo*, 2017, n. 16.

⁹ En general, sobre esta temática, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *El estatuto internacional del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)*, en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional público y cooperación jurídica internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 1994; F. GASCÓN INCHAUSTI, *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Aranzadi, 2008; L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Civitas, 1990. En particular, sobre su aplicación al estricto ámbito laboral, O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La inmunidad de jurisdicción y los contratos de trabajo en la LO 16/2015*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 73.

reclamación a tantas dificultades procedimentales (aunque sólo sea por el distanciamiento físico del foro competente) que con frecuencia llevan al trabajador accionante a desistir de su pretensión, lo que puede poner en serio peligro el derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁰, en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el art. 24 de la Constitución Española. Precisamente por ello la salvaguarda de los derechos irrenunciables de estos trabajadores exige de las autoridades judiciales nacionales un esfuerzo específico de indagación en la realidad que se esconde tras el contrato en cuestión y su desarrollo, a fin de averiguar si efectivamente están en juego o no intereses que merezcan una tutela más reforzada que la de los particulares de los empleados perjudicados.

Esa labor de búsqueda de la realidad material del contrato laboral no es en modo alguno sencilla, y desde luego la maraña normativa con la que se encuentra el juez para llevarla a cabo no facilita la tarea. De hecho, la existencia de criterios dispares entre nuestros órganos judiciales sobre el particular ha obligado al Tribunal Supremo a redirigir a su correcto espacio la inmunidad de jurisdicción respecto de los empleados laborales comunes tanto de Embajadas y Consulados, como de organismos e instituciones pertenecientes a organizaciones supranacionales sitas en territorio nacional. El trabajo que con estas líneas se presenta tiene por objeto, precisamente, el análisis de ese proceso judicial de indagación llevado a cabo en los dos últimos años por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a propósito de trabajadores de Embajadas e instituciones supraestatales. Aunque, lógicamente, tal examen exige de la previa presentación y valoración de la normativa rectora de la inmunidad de jurisdicción aplicable a Estados y a organizaciones supranacionales que obliga a nuestro país.

2. La regulación de la inmunidad de jurisdicción como excepción a las reglas ordinarias de competencia judicial internacional

2.1. La normativa internacional y europea sobre inmunidad de jurisdicción que vincula al Estado español

Como todo el mundo sabe, la determinación del foro competente para el conocimiento de un litigio con elemento extranjero exige el manejo y comprensión, no siempre sencillo, de reglas procedentes de fuentes e

¹⁰ En *BOE*, 10 octubre 1979, n. 243.

incluso de sistemas diferentes, cuya entrada, a su vez, viene condicionada por cuestiones de índole diversa (geográficas, temporales, materiales, etc.). De todas formas, cuando es un juez español el que tiene que pronunciarse sobre su competencia para el conocimiento del litigio, en aplicación del art. 21 LOPJ habrá de comenzar la búsqueda de la norma rectora aplicando en primer término los Tratados y convenios de los que España sea parte y las normas de la Unión que nos obligan («Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas»).

En lo que a la contratación laboral se refiere, las normas de competencia judicial internacional se localizan fundamentalmente en el sistema de la Unión Europea¹¹, en particular, el instrumento clave y de aplicación hegemónica es hoy el Reglamento (UE) n. 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I-bis)¹², que es refundición – *recast* – del Reglamento (CE) n. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, al que sustituye y deroga¹³. Por tanto,

¹¹ En general sobre esta temática en el ámbito laboral, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, 2006; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero*, en [Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social](#), 2017, n. 132.

¹² Aplicable también a los pleitos laborales. Véase A. RODRÍGUEZ BENOT, *Algunos aspectos de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo: Derecho español y Convenios de Bruselas y Lugano*, en *La Ley – Comunidades Europeas*, 1991, n. 69; además, STJUE 13 noviembre 1979, asunto 25/79, *Sanicentral GmbH c. René Collin*. Sobre la exclusión de la protección social, M.J. SERRANO GARCÍA, *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales. La conversión del convenio de Bruselas y del convenio de roma en reglamentos comunitarios*, Reus, 2011; J.F. LOUSADA AROCHENA, R.P. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova, 2013, p. 46. Ello no supone la exclusión, sin embargo, de fórmulas contractuales o privadas de protección social de los trabajadores, si pueden conectarse debidamente con el contrato de trabajo (J. GARCÍA MURCIA, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La nueva regulación de la competencia judicial en materia contractual en el ámbito comunitario*, en *Aranzadi Social*, 2002, n. 5).

¹³ El Reglamento (CE) n. 44/2001 había sido ya revisado para mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones, facilitar la libre circulación de las resoluciones judiciales (suprimiendo el exequatur) y mejorar el acceso a la justicia. Sobre los cambios que incorpora la nueva norma respecto de la anterior, R. ARENAS GARCÍA, [Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis](#), en [Revista Española de Derecho Internacional](#), 2013, n. 2, pp. 377-382; A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015; P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, F.J. MONTERO MURIEL (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil*

esta habrá de ser la norma que analice en primer y preferente lugar el juez social español ante el que se plantea una demanda de contenido laboral con elemento extranjero¹⁴. No hay que olvidar en tal sentido que la entrada del Reglamento comunitario resulta no sólo de la llamada expresa que ahora se contiene en la LOPJ a la normativa de la Unión Europea, sino también y fundamentalmente del principio de primacía que ordena la relación entre el Derecho interno de los distintos Estados y el Derecho comunitario, fruto de la cesión relativa de soberanía que conlleva necesariamente la incorporación a una organización de estas características, y que supone en el caso concreto de los Reglamentos su aplicación directa e incondicional¹⁵.

y mercantil. *Reglamento Bruselas I refundido*, Aranzadi, 2016. Aunque es justo señalar que en su día el Reglamento (CE) n. 44/2001 sucedió al Convenio de Bruselas de 1968 (CB) sin cambios radicales en el tenor de sus reglas (aunque sí con algunas modificaciones interesantes y de alcance). Esto garantizó entonces una doble continuidad, tanto en el contenido del CB, reflejado en las reglas de competencia judicial del Reglamento, cuanto en la interpretación de sus disposiciones, básicamente la llevada a cabo por el TJCE, cuya jurisprudencia parece coherente aplicar también, en la medida en que la coincidencia de contenidos lo permita, a las fórmulas del nuevo Reglamento. En general sobre esa jurisprudencia, M. VIRGOS SORIANO, E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, McGraw Hill, 1999.

¹⁴ Como se recuerda en la reciente STS 14 septiembre 2021, rec. 3117/2018, la «doctrina del TS (por todas, sentencias de 30 de diciembre de 2013, recurso 930/2013; 16 de enero de 2018, recurso 3876/2015 y 19 de noviembre de 2019, recurso 2822/2017) sostiene que “las reglas de competencia internacional vienen configuradas por un sistema de normas que se estructuran en torno a un principio de jerarquía y prioridad, de tal manera que debe aplicarse, en primer término, la normativa internacional y/o de la Unión Europea sobre competencia judicial, y sólo en caso de no ser esto posible, acudir al Derecho interno”». En el caso concreto de esa sentencia se entiende no aplicable el Reglamento comunitario (en realidad el Reglamento sí es aplicable, lo que sucede es que las reglas de competencia que en él se prevén no remiten a los tribunales españoles). Se trata de un caso particularmente complejo, en concreto, de la demanda de despido de un trabajador venezolano, que fue seleccionado por una empresa con domicilio en España y fue contratado inicialmente por una empresa domiciliada en la República Dominicana, donde prestó servicios. Posteriormente fue contratado por empresas domiciliadas en Brasil y EE.UU., y más tarde firmó en Palma de Mallorca un *Foreign Assignment Agreement*, siendo contratado en Singapur por una empresa domiciliada en dicho Estado para prestar servicios en el mismo. La sentencia examina de oficio la competencia judicial internacional y llega a la conclusión de que no resulta de aplicación el Reglamento (UE) n. 1215/2012; y al no existir tampoco un tratado internacional que regule la materia, entiende que hay que estar a lo establecido en el art. 25.1 LOPJ, que atribuye la competencia a los tribunales españoles cuando el contrato se haya celebrado en territorio español, lo que sucede en este caso porque el contrato suscrito en Palma era un contrato de trabajo.

¹⁵ Como se sabe los Reglamentos son «obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro» (art. 288 TFUE). Esta noción del efecto directo del Derecho Comunitario se formula por primera vez en la STJUE 5 febrero 1963, asunto 26-

Esta preferente entrada del Reglamento Bruselas I-*bis* no se excepciona sin más por el hecho de que el trabajador demande a un Estado extranjero o una organización internacional¹⁶. No en vano, como claramente sostiene el art. 81 del Reglamento (y se recuerda en su propio considerando sexto) esta norma es vinculante y directamente aplicable, y obliga a los tribunales de *todos* los Estados parte, entre ellos España. Dicho de otro modo, la mera circunstancia de que la demanda se formule ante un órgano judicial español obliga a la inmediata consideración de la norma comunitaria tantas veces reseñada¹⁷; y ello con independencia de la nacionalidad de los sujetos implicados en el litigio y de su domicilio.

Ahora bien, esta impuesta consideración en primer término de la norma europea no significa necesariamente que el juez español haya de aplicar sus normas rectoras para determinar su competencia, pues la materia en liza puede quedar fuera del ámbito de aplicación del Reglamento según sus propias previsiones¹⁸. Y es ahí donde entra la inmunidad de jurisdicción que nos concita, pues el art. 1 del Reglamento (UE) n. 1215/2012 excluye de la aplicación de sus reglas de competencia judicial «la responsabilidad del

62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administración fiscal holandesa*. Vid. también STJUE 14 diciembre 1971, asunto 43-71, *Politi s.a.s. c. Ministero delle Finanze della Repubblica Italiana*. Más recientemente, STJUE 4 julio 2006, asunto C-212/04, *Konstantinos Adeneler y otros c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, y STJUE 16 julio 2009, asunto C-12/08, *Mono Car Styling SA, en liquidación c. Dervis Odemis y otros*.

¹⁶ Esta norma regirá para las acciones judiciales laborales presentadas a partir del 10 de enero de 2015 – salvo para determinados preceptos que son aplicables desde el 10 de enero de 2014 (arts. 75 y 76) –, manteniendo vigencia las disposiciones del Reglamento (CE) n. 44/2001 para las acciones ejercitadas con anterioridad (art. 66.2). En este sentido, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones*, en *Diario La Ley*, 2013, n. 8013, p. 2.

¹⁷ Lógicamente los terceros Estados ante los que pueda presentarse la demanda no quedan obligados por el Reglamento. No obstante, es justo señalar que hay determinados territorios, con una u otra vinculación a Estados parte, en los que no resulta de aplicación, y en los que tampoco se aplicaba su precedente, *ex art.* 355 TFUE (art. 68 del Reglamento), por lo que en ellos juega – para los que sí era aplicable, que tampoco son todos – el *longevo* CB. Así acontece, por ejemplo, con Mayotte y Groenlandia, aunque en este caso con dudas (art. 60 CB). Sobre los territorios en los que resulta de aplicación en CB y los que no, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero*, cit.; también, J.F. LOUSADA AROCHENA, R.P. RON LATAS, *op. cit.*

¹⁸ Conviene advertir que desde el punto de vista espacial el Reglamento Bruselas I-*bis* (como el Reglamento (CE) n. 44/2001), es universal, es decir: se aplica siempre, no en vano contempla tanto el supuesto del demandado domiciliado en un Estado parte como el que lo está fuera del territorio de la Comunidad. Cuestión distinta es la aplicación de sus normas de competencia judicial internacional. Sobre esta compleja distinción entre la aplicación del Reglamento y de sus normas de competencia – aunque a propósito del Reglamento Bruselas I –, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, cit., pp. 62-63.

Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*)» (§ 1 *in fine*). Sin perjuicio de que luego volvamos sobre ello, la fórmula reproducida supone que los actos de autoridad no se enjuician conforme a las reglas competenciales del Reglamento sino al amparo de la normativa rectora de la inmunidad jurisdiccional que obliga al juez español¹⁹.

A este respecto, conviene tener presente que nuestro país se encuentra obligado por una serie de normas internacionales rectoras de aspectos o manifestaciones diversas de la inmunidad de jurisdicción, que contienen referencias específicas a la contratación laboral. Así en primer término debe hacerse mención a la Convención de Naciones Unidas – adoptada el 2 de diciembre de 2004, resolución 59/38²⁰ – sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que se considera un instrumento de referencia en la materia que nos ocupa, pues representa el principal intento codificador, habiéndose admitido por algunos tribunales su consideración como derecho consuetudinario²¹. Nuestro país depositó su instrumento de adhesión a la Convención el 11 de septiembre de 2011.

¹⁹ Así debe interpretarse el art. 21.2 LOPJ cuando dice que el juez español «no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público».

²⁰ Téngase en cuenta que España no ha ratificado el Convenio Europeo sobre inmunidad de los Estados y su protocolo adicional, firmados en Basilea el 16 de mayo de 1972.

²¹ En concreto, el TEDH se ha mostrado dispuesto a adoptar la Convención como una expresión del derecho internacional consuetudinario, en particular el art. 11 sobre la excepción a la inmunidad del Estado en materia de contratos de trabajo. El TEDH ha sostenido que la Convención (o sus disposiciones específicas) reflejan el derecho internacional consuetudinario aplicable a cualquier Estado que: 1) no se haya opuesto a la adopción de la Convención (STEDH 23 marzo 2010, demanda n. 15869/02, *Cudak vs Lituania*, §§ 66 y 67; STEDH 8 noviembre 2016, demanda n. 26126/07, *Naku vs Lituania y Suecia*, § 60); 2) no se haya opuesto a la adopción de una norma específica en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (STEDH 17 julio 2012, demanda n. 156/04, *Wallishauser vs Austria*, § 69); 3) haya firmado la Convención (STEDH 14 marzo 2013, demanda n. 36703/04, *Oleynikov vs Rusia*, § 67); 4) esté en vías de ratificar la Convención (STEDH 29 junio 2011, demanda n. 34869/05, *Sabeh El Leil vs Francia*, § 58). Según el TEDH, la participación de un Estado en la negociación o adopción de la Convención permite «afirmar que [un proyecto de artículo] es aplicable al Estado demandado en virtud del derecho internacional consuetudinario» (asunto *Cudak*, cit., § 67). En el fallo *Oleynikov*, cit., el Tribunal sostuvo que Rusia parecía haber aceptado la inmunidad restrictiva como principio del derecho internacional consuetudinario, incluso antes de la firma de la Convención (§§ 67 y 68). Véase la información sobre el particular recogida en P. WEBB, *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes*, Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2019, 19-07326 (S), p. 6.

Sin embargo, es imprescindible no olvidar que esta Convención no está en vigor, y probablemente no llegue a estarlo en un futuro próximo, pues son muy pocos los Estados que se han adherido, quedando aún lejos el número mínimo para su entrada en vigor²². En todo caso, por lo que a nuestro territorio interesa es importante destacar que buena parte de sus contenidos han sido incorporados a la legislación interna, a través de la LO 16/2015, a la que nos referiremos detenidamente en su momento²³.

De todos modos, téngase en cuenta que la Convención de Naciones Unidas – y la ley española que la integra en nuestro país – pretenden proteger al Estado frente a las demandas que puedan formularse contra ellos, sin que por tanto interfieran en la regulación de las inmunidades personales especiales, referidas a coyunturas específicas de actuación estatal en el territorio de otro Estado, que se formulan en instrumentos particulares, a los que ha de estarse para perfilar el alcance concreto de este privilegio²⁴. En tal sentido, cabe referenciar, por su innegable relevancia práctica, la normativa que ordena las actuaciones de las representaciones estatales mediante Embajadas y Consulados de otros Estados sitas en territorio

²² En efecto, esta Convención, abierta a la firma en Nueva York el 17 de enero de 2005, es probable que no entre en vigor en un futuro próximo, ya que se precisa para ello el depósito de treinta instrumentos de ratificación o adhesión (art. 30.1) y aún se está lejos de conseguir ese número. En todo caso, la propia Asamblea General de Naciones Unidas considera que las inmunidades recogidas en este instrumento constituyen «un principio generalmente aceptado en el Derecho Internacional consuetudinario», de manera que su cumplimiento «fortalecería la preeminencia del derecho y la seguridad jurídica, particularmente en las relaciones de los Estados con las personas naturales o jurídicas»; igualmente, destaca «la importancia de la uniformidad y la claridad en el derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes».

²³ J. FERRER LLORET, *La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2007, vol. 23; C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, n. 2; E. CASTELLANOS RUIZ, J. RODRÍGUEZ RODRÍGO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC)*, en *InDret*, 2006, n. 3, pp. 7-12.

²⁴ Según dispone el art. 3 de la Convención, *Privilegios e inmunidades no afectados por la presente Convención*: «1. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades de que goza un Estado según el derecho internacional en relación con el ejercicio de las funciones de: a) sus misiones diplomáticas, sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales; y b) las personas adscritas a ellas. 2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los Jefes de Estado. 3. La presente Convención se aplicará sin perjuicio de la inmunidad de que goce un Estado, en virtud del derecho internacional, respecto de las aeronaves o los objetos espaciales de propiedad de un Estado u operados por un Estado».

nacional²⁵, reguladas en el Convenio de Viena de relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961²⁶, y en el Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963²⁷. En estas normas se consolida la inmunidad de las acciones de embajadores, diplomáticos, cónsules, y personal de Embajadas y Consulados (y de sus bienes, que no pueden ser embargados: inmunidad de ejecución)²⁸, que lleven a cabo en el ejercicio de sus funciones representativas del Estado²⁹, es decir, se neutralizan las acciones frente a ellos y en consecuencia frente al Estado al que representan³⁰.

En efecto, en estas normas se otorga inmunidad al personal de misiones diplomáticas enviado por los Estados al territorio extranjero (en este caso a España) y no en términos generales al Estado que representan (que sería el protegido por la Convención)³¹. Dicho de otro modo, esta normativa protege la actuación de estas personas respecto de las actuaciones llevadas a cabo en el ejercicio de la representación del Estado acreditante, teniendo en cuenta que a tenor de lo dispuesto en el art. 3.1 del Convenio de Viena sobre las relaciones diplomáticas «Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en: a) representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; c) negociar con el gobierno del Estado receptor; d) enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al

²⁵ También cabría referenciar el específico de las misiones especiales (Convenio de Nueva York de 16 de diciembre de 1969). Igualmente deben tenerse en cuentas las inmunidades que afectan a los buques de guerra de otros Estados. Pueden citarse, así, en primer término, los arts. 32, 95 y 96 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982, de la que España es parte, en lo que se refiere a los buques de guerra que pertenezcan a un Estado (en *BOE*, 14 febrero 1997, n. 39).

²⁶ En *BOE*, 24 enero 1968, n. 21.

²⁷ En *BOE*, 6 marzo 1970, n. 56.

²⁸ Véase lo dicho en la nota 6.

²⁹ Nótese que el Convenio de Viena de relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 se inicia con la siguiente afirmación de los Estados Partes «Reconociendo que tales *inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados*». Por su parte, el Convenio de Viena sobre relaciones consulares dispone en su art. 43.1: «Los funcionarios consulares y los empleados consulares *no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor* por los actos ejecutados en el ejercicio de las *funciones consulares*».

³⁰ Apostando por una interpretación restrictiva de este privilegio, STC 107/1992, de 1º de julio; STC 292/1994, de 27 de octubre; STC 18/1997, de 10 de febrero, y STS 25 junio 2012, rec. 2568/2011, para la República de Chile.

³¹ Clara resulta en este sentido la jurisprudencia nacional (STS 6699/1986, de 1º de diciembre).

Gobierno del Estado acreditante; e) fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor»³². El desarrollo de esas funciones representativas no puede someterse a la jurisdicción ordinaria del Estado

³² Similar planteamiento rige para las funciones consulares, que consistirán, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, en: «a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; b) fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención; c) informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas; d) extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado; e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas; f) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor; g) velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor; h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela; i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente; j) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor; k) ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado, y de las aeronaves matriculadas en el mismo y, también, de sus tripulaciones; l) prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado k) de este artículo y, también, a sus tripulaciones; recibir declaración sobre el viaje de esos buques, encaminar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las facultades de las autoridades del Estado receptor, efectuar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán, los oficiales, los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía; m) ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que éste no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor».

receptor, ya se demande al personal concreto que lo ejecuta, ya se interponga la demanda contra el Estado al que ese personal representa, como sucederá en la mayoría de los casos, pues de lo contrario podría ponerse en peligro el fin mismo de la misión³³.

Esta relevante circunstancia garantiza la coherencia entre la exclusión referenciada del Reglamento (UE) n. 1215/2012 y la regulación específica de la inmunidad de las representaciones diplomáticas/consulares de los Estados, en el bien entendido que los actos de Estado de estas representaciones especiales se regirán por las Convenciones internacionales (en su condición de *iure imperii*) y el resto de sus actuaciones (de Derecho privado) por el Reglamento Bruselas I-bis, al no quedar amparadas por la exclusión de su primer precepto. Ocurriendo que la contratación laboral de trabajadores nacionales del Estado receptor encajará *en términos generales* en este segundo caso por tratarse de actos de gestión ordinaria sujetos a Derecho privado. Particularmente didáctica resulta en este punto la citada sentencia *Mahamdia*, sobre la que volveremos en los apartados siguientes.

No obstante, esta afirmación general también tiene excepciones para ciertos entornos que quedan fuera del Reglamento comunitario y se rigen por normativa específica, como sucede con el personal de las Fuerzas Armadas extranjeras presentes en territorio español³⁴. Respecto de ellas merecen mención especial las reglas formuladas en el Convenio sobre cooperación para la defensa de 1º de diciembre de 1988³⁵, que descarta la competencia de los tribunales españoles para conocer de las demandas laborales de los empleados de las bases militares de EE.UU. en nuestro país³⁶. Con arreglo

³³ Véase la STC 140/1995, de 28 de septiembre, en la que se advierte que «los llamados privilegios e inmunidades de los Agentes diplomáticos han de ser entendidos como garantías para el libre y eficaz ejercicio de las funciones que llevan a cabo en representación del Estado que los envía».

³⁴ Su estatuto de inmunidades se suele regular a través de convenios *ad hoc*, en la práctica conocidos por su acrónimo inglés SOFAs (*Status of Foreign Forces Agreements*).

³⁵ En BOE, 6 mayo 1989, n. 108, sucesivamente revisado por los Protocolos de Enmienda de 10 de abril de 2002 (en BOE, 21 febrero 2003, n. 45) y de 10 de octubre de 2012 (en BOE, 10 junio 2013, n. 138). Mediante estos Convenios se estableció la concesión a favor de los EE.UU. del uso de las instalaciones de apoyo (IDAS), siendo la Base Aérea de Morón – propiedad del Estado español – uno de los espacios en que existen ese tipo de instalaciones. Como ya ha dicho el Tribunal Supremo, se trata de un tratado internacional, de cooperación para la defensa en el marco bilateral, sujeto a las previsiones del art. 96 de la Constitución, por lo que «atendida su posición ordinal en el sistema de fuentes, no puede ser modificado, alterado o contradicho por normas legales o reglamentarias internas» (véase la STS 25 octubre 2017, rec. 1235/2017).

³⁶ Téngase en cuenta además el Convenio de Londres entre los Estados Partes del Tratado de Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas, de 19 de junio de 1951 (en BOE, 29 mayo 1998, n. 128). Que hoy debe completarse con las reglas previstas en la LO 16/2015,

a las disposiciones de dicho Convenio bilateral, aunque las relaciones laborales de nacionales no americanos empleados por contratistas o concesionarios para prestar servicios en España están sujetos a la legislación laboral española (Anexo 8), «El gobierno de los Estados Unidos de América, sus fuerzas armadas, sus organizaciones, unidades, agencias o dependencias y los miembros de tales fuerzas no estarán sujetos a procedimientos ante los tribunales españoles, promovidos por el personal laboral local o por cualquier persona que previamente hubiese estado empleada por las Fuerzas de los Estados Unidos de América, en base a demandas derivadas de su empleo o de la utilización de sus servicios, de acuerdo con las disposiciones de este anejo» (art. 8.3 del citado Anexo 8). Según ha sostenido la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo este contenido convencional supone que el ejercicio de cualquier acción de carácter laboral que pudiera dirigirse frente al Gobierno de los Estados Unidos respecto de la actividad desarrollada en las bases sometidas al ámbito del Convenio, se encuentra afectado por la inmunidad. Ello aunque el trabajador en cuestión lleve a cabo labores ordinarias. Por tanto, los trabajadores españoles que prestan servicios en las bases militares estadounidenses en España no podrán demandar al Gobierno de los Estados Unidos de América ante los tribunales españoles, sea cual sea su pretensión (despido, indemnización, salario, etc.), y la naturaleza ordinaria o especial de su relación contractual. Ciertamente, en este concreto caso no resulta determinante si el acto en cuestión es o no de *iure imperii*, porque el texto del Tratado viene a declarar incompetentes a los tribunales españoles siempre³⁷.

que regula en su art. 33 el Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes, de su personal militar y civil y de sus bienes, advirtiendo en el primero de sus apartados que «A las Fuerzas Armadas visitantes de un Estado miembro de la OTAN o de la Asociación para la Paz, a su personal militar y civil y a sus bienes, cuando se encuentren en territorio español a invitación o con consentimiento de España, se les aplicarán las disposiciones del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas, de 19 de junio de 1951». A lo que se suman las reglas del segundo apartado, según el cual «A las Fuerzas Armadas visitantes de cualquier otro Estado extranjero, a su personal militar y civil y a sus bienes, cuando se encuentren en territorio español a invitación o con consentimiento de España, se les aplicarán, de forma total o parcial, las disposiciones del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas, de 19 de junio de 1951. Dicha aplicación se hará, atendiendo al principio de reciprocidad y en virtud del acuerdo que sea suscrito a tal efecto por el Ministerio de Defensa de España con el homólogo del Estado extranjero». Sobre esta cuestión, O. FOTINOPOULOU BASURKO, *op. cit.*

³⁷ Véase STS 22 marzo 2018, rec. 195/2017. En aquella ocasión se trataba de la impugnación de la decisión extintiva de la empresa para la que prestaban servicios los trabajadores demandantes, razonando la Sala que la literalidad del Tratado bilateral

Aunque la extensión de la inmunidad en este caso pudiera colisionar con el sentido del Reglamento Bruselas I-*bis*, conviene recordar que el propio Reglamento en su art. 73.3 dispone que «El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios y acuerdos bilaterales entre terceros Estados y un Estado miembro, que se hubieran celebrado antes de la fecha de entrada en vigor del Reglamento (CE) no 44/2001 y que se refieran a materias reguladas por el presente Reglamento», dándose la circunstancia de que el Convenio sobre cooperación para la defensa que nos ocupa se formalizó en 1988. Por tanto, aunque se formule en él una inmunidad de jurisdicción laboral que excede, con creces, la que resulta del art. 1 del Reglamento, mantendrá su vigencia y aplicación porque así lo autoriza la propia norma comunitaria.

Por su parte, respecto de la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales y supranacionales, conviene aclarar, en primer término, que la Convención de Naciones Unidas no formula inmunidades directas para ellas y su personal, aunque sí lo hace la LO 16/2015, precisamente porque al menos una treintena tienen sede u oficina, y por tanto personal, en España. Algunas cuentan con convenios internacionales celebrados entre todos sus Estados miembros para garantizar la inmunidad de la organización y de parte de su personal en el territorio de los distintos Estados parte. Tal es el caso de la Unión Europea (Protocolo n. 7, anejo al TFUE, sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea)³⁸ o de

evidencia que se excluye que las controversias laborales, suscitadas en el marco de servicios prestados en actividades sujetas al mismo, puedan dirimirse por los tribunales españoles. Como también aclara la Sala, el propio Tribunal Constitucional entiende que la inmunidad de los Estados extranjeros no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pero siempre que no implique una extralimitación en relación con la causa que la justifica (STC 107/92, cit., STC 292/94, cit., y STC 18/97).

³⁸ El art. 270 TFUE dispone que «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre la Unión y sus agentes dentro de los límites y en las condiciones que establezca el Estatuto de los funcionarios de la Unión y el régimen aplicable a los otros agentes de la Unión». Aclarando el art. 11.a del Protocolo n. 7 TFUE que los funcionarios y otros agentes de la Unión gozarán de inmunidad de jurisdicción respecto de los actos por ellos realizados con carácter oficial, incluidas sus manifestaciones orales y escritas, sin perjuicio de las disposiciones de los Tratados relativas, por una parte, a las normas sobre la responsabilidad de los funcionarios y agentes ante la Unión y, por otra, a la competencia del TJUE para conocer de los litigios entre la Unión y sus funcionarios y otros agentes. Téngase en cuenta que el TJUE ha aclarado recientemente que goza de una competencia exclusiva, con exclusión de la de los órganos jurisdiccionales nacionales, para conocer de una acción de responsabilidad extracontractual ejercitada por un antiguo agente temporal de la Comisión debido a un comportamiento culposo que imputa al miembro de dicha institución del que él era colaborador y que llevó a esta institución a poner fin a la relación laboral con dicho agente.

las organizaciones del ámbito de Naciones Unidas, para las que existe un convenio general (Convención General sobre prerrogativas e inmunidades de Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946)³⁹ y otro para sus organismos especializados (Convención sobre privilegios e inmunidades de los organismos especializados, de 25 de noviembre de 1947)⁴⁰. Para el resto de las que actúan en nuestro país se han celebrado acuerdos de sede entre la organización concernida y el Reino de España, que igualmente prevén reglas de inmunidad de jurisdicción aplicables a su personal específico. En todo caso, y sin perjuicio de las especialidades que luego se relatarán, el planteamiento es similar al de las representaciones estatales vistas: se protege la actuación del personal propio de estas organizaciones en el desarrollo de sus funciones específicas, que será la excluida del conocimiento ordinario de los tribunales del Estado receptor, no en general la contratación laboral común que puedan llevar a cabo en dicho territorio, para la que funcionarán las reglas generales de competencia judicial internacional.

Lo dicho hasta aquí impone una primera convicción imprescindible para entender lo que ha de venir después: el juez español ante el que se presenta la demanda debe acudir en primer término al Reglamento Bruselas I-*bis*, que sólo podrá inaplicar si se trata de actuaciones de *iure imperii*, en atención a la interpretación que el TJUE ha hecho de esta excepción (que luego se explicará). Si llega a tal convencimiento – salvo el caso de las bases militares –, habrá de arribar a la normativa internacional si se trata de una inmunidad especial (diplomática por ejemplo), teniendo en cuenta que para Embajadas y Consulados dicha normativa pergeña este privilegio sólo para el “personal de la misión” por los actos de representación o Estado, no para la contratación laboral ordinaria de nacionales españoles que puedan prestar servicios en estas representaciones estatales. Equivalente recorrido normativo habrá de hacerse cuando se formula la demanda contra una organización supraestatal con oficina en el territorio español.

Tal acción no debe dirigirse contra el miembro de la Comisión de que se trata, sino contra la Unión, representada por la Comisión (STJUE 15 julio 2021, asunto C-758/19, *OH c. ID*).

³⁹ En *BOE*, 25 noviembre 1974, n. 282.

⁴⁰ *Idem*.

2.2. La regulación nacional de la inmunidad de jurisdicción. Particular referencia al carácter absolutamente residual de la LO 16/2015

Tal como adelantábamos en el apartado anterior, la falta de vigencia de la Convención de Naciones Unidas ha intentado salvarse en nuestro ordenamiento mediante la incorporación de sus previsiones a una ley específica: la LO 16/2015, de 27 de octubre, que regula los privilegios e inmunidades no sólo de los Estados extranjeros, sino también de las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. El propósito fundamental de la aprobación de esta norma, según resulta de su exposición de motivos, es proporcionar seguridad jurídica en la materia de la inmunidad de jurisdicción, en la que intervienen normas diversas y dispersas. Pero lo cierto es que en el concreto ámbito laboral su promulgación lejos de arrojar seguridad jurídica genera un sinfín de interrogantes y de dificultades, porque la formulación que en ella se hace de la inmunidad de jurisdicción, en especial la de los Estados respecto de los contratos de trabajo supera con creces la actual concepción de esta prerrogativa. Es más, puede afirmarse con rotundidad que esta regulación pone en serio jaque el cumplimiento de nuestras obligaciones comunitarias, en el bien entendido que la norma nacional colisiona frontalmente con la jurisprudencia comunitaria que interpreta el alcance de la inmunidad de jurisdicción excluida de Bruselas I-*bis*. De hecho, como algún autor sugiere, parece que en realidad lo que pretende la norma es “matizar” (más bien esquivar) esa misma jurisprudencia, dotando, incompresiblemente, de un alcance casi absoluto a la prerrogativa que nos ocupa en el caso de la inmunidad estatal⁴¹. Pero veámoslo detenidamente, primero respecto de la inmunidad que afecta a los Estados extranjeros, que es para la que se formulan expresamente las reglas de contratación laboral más extensas⁴². Como en el resto de las regulaciones referenciadas, también la LO 16/2015 tiene como punto de partida la exclusión del privilegio aquí analizado de los pleitos sobre contratos de trabajo (en el marco de las actuaciones de los Estados)⁴³. Por tanto, la regla general es que los pleitos laborales de quienes prestan servicios en España para otros Estados no quedan afectados por la

⁴¹ En este sentido, O. FOTINOPOULOU BASURKO, *op. cit.*

⁴² Nótese que el art. 10 se contiene en la sección 2ª, *Excepciones a la inmunidad de jurisdicción del estado extranjero*, del Título I, regulador de las *Inmunidades del Estado extranjero en España*.

⁴³ La normativa española regla también la inmunidad de jurisdicción pasiva (para la demanda del Estado español): RD 997/2003, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, modificado por RD 247/2010, de 5 de marzo.

inmunidad de jurisdicción, sino que se rigen por las previsiones generales de competencia judicial internacional, que no son las de nuestro derecho interno sino las contenidas en el Reglamento (UE) n. 1215/2012. Así lo dispone el art. 10 de la Ley 16/2005 cuando advierte que, «Salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, este no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España»⁴⁴.

No obstante, la norma enuncia tal cantidad de matizaciones a esta regla general que, atendiendo a su literalidad, resulta prácticamente imposible que un empleado de un Estado extranjero pueda demandar ante los tribunales laborales españoles, aunque se trate de un trabajador español que presta servicios en España. De hecho, la lectura sosegada de la reproducida regla general arroja ya la primera posibilidad de escape y consiguiente retorno a la inmunidad jurisdiccional. No en vano, se autoriza la alegación de la inmunidad cuando España ha llegado a un acuerdo en tal sentido con el Estado demandado (art. 10.1). El alcance real de esta primera excepción no es sencillo de calibrar en términos globales, debiendo estarse a los diferentes acuerdos que en cada caso suscriba nuestro país⁴⁵.

A esta primera salvedad se han de anexionar las que podríamos llamar excepciones clásicas relacionadas con el *iure imperii* y con las inmunidades especiales, que se recogen en el art. 10 de la LO 16/2015, en las letras: a) cuando el trabajador hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público y b) cuando el empleado sea: 1) un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961⁴⁶, 2) un funcionario consular, según se

⁴⁴ Respecto de la inmunidad de ejecución, la regulación se contiene en el art. 17 de la señalada Ley, a cuyo tenor: «1. Los órganos jurisdiccionales españoles se abstendrán de adoptar medidas de ejecución u otras medidas coercitivas contra bienes del Estado extranjero, tanto antes como después de la resolución judicial, salvo que dicho Estado lo haya consentido, de manera expresa o tácita. 2. Después de la resolución judicial, los órganos jurisdiccionales españoles podrán también adoptar medidas de ejecución si se ha determinado que los bienes objeto de aquellas se utilizan o están destinados a ser utilizados por el Estado con fines distintos de los oficiales no comerciales, siempre que se encuentren en territorio español y tengan un nexo con el Estado contra el que se ha incoado el proceso, aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio».

⁴⁵ Recuérdese, por ejemplo, el acuerdo internacional de colaboración suscrito para las bases militares estadounidenses. No se olvide que el Reglamento Bruselas I-*bis* sólo autoriza su desplazamiento en pro de un convenio bilateral si este es anterior del Reglamento (CE) n. 44/2001, exigencia temporal que en modo alguno contiene la norma nacional.

⁴⁶ Una valoración de la inclusión de estas reglas sobre la premisa de que las Embajadas y

define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963⁴⁷ o 3) un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional o de una misión especial o que haya sido designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional⁴⁸. Ya dijimos que para estos casos rige la normativa específica, estando comúnmente admitidas en la práctica totalidad de las normas aplicables, y siendo acorde con la excepción del art. 1 del Reglamento Bruselas I-*bis*.

El problema es que a estas excepciones clásicas el apartado segundo del art. 10 de la LO 16/2015, añade una lista extraordinariamente amplia de supuestos en los que el contrato de trabajo para un Estado extranjero puede quedar afectado por la inmunidad de jurisdicción, de más que dudosa conveniencia⁴⁹. Así:

el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los procesos a los que dicho apartado se refiere, en los siguientes supuestos:

- c) Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador;
- d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad;
- e) Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España⁵⁰; o
- f) Cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales

Consulados tienen libertad para nombrar a sus empleados en A. OLIVA IZQUIERDO, *La inmunidad de jurisdicción y ejecución en el derecho laboral español: su relación con el artículo 7 de la Convención de Viena de 1961*, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: gestión y contenido*, Ministerio de Asuntos Exteriores, 2016.

⁴⁷ Obviamente, la norma no afecta a las inmunidades y privilegios del régimen diplomático y consular, que seguirá rigiéndose por las Convenciones de Viena ya reseñadas en los términos ya dichos.

⁴⁸ Sobre el alcance de estas excepciones en la norma nacional, J. ABRISKETA, *Las embajadas y los consulados en el exterior: ¿bases de jurisdicción extraterritorial?*, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *op. cit.*

⁴⁹ En general, sobre el alcance de esta normativa, C. GUTIÉRREZ ESPADA, [*Sobre la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre*](#), cit.

⁵⁰ La nacionalidad del demandado en modo alguno es criterio de asignación de competencia judicial en la normativa comunitaria que nos obliga, aunque en este caso la improcedencia de la regla queda parcialmente salvada con la referencia a la residencia habitual en territorio español.

españoles fuese irrenunciable para el trabajador⁵¹.

Como habrá apreciado el lector a simple vista, el catálogo de supuestos en los que el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción no sólo carece de la concreción que sería deseable, quizá con el intencionado propósito de hacer el catálogo tan amplio que pueda dar cabida a prácticamente cualquier reclamación laboral frente a otro país, sino que ninguna relación guarda con los criterios formulados en las normas comunitarias que nos obligan, ni con los tomados en consideración por la jurisprudencia (ni la comunitaria ni la nacional), que carga las tintas en el tipo de prestación de servicios que ejecuta el trabajador. Es cierto que buena parte del contenido de la norma nacional está tomado del art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas⁵², pero ello no nubla el hecho de que resulta harto dudosa la compatibilidad de estas excepciones con el Reglamento (UE) n. 1215/2012, que, como ya se ha dicho, deja fuera de su radio de acción únicamente los supuestos de *acta iure imperii*, y que obliga prioritariamente a nuestro país. Es verdad que nuestro país ratificó la Convención en 2011, es decir, antes de que se aprobase el Reglamento Bruselas I-*bis*⁵³, pero no lo es menos que con posterioridad no se ha retirado

⁵¹ La voluntad manifestada en acuerdos de identificación del foro sólo es válida, según el Reglamento (UE) n. 1215/2012 en unos concretos términos, a los que luego se aludirá.

⁵² Según dispone este precepto: «1. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica: a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público; b) si el empleado es: i) un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; ii) un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; iii) un miembro del personal diplomático de las misiones permanentes ante las organizaciones internacionales, de las misiones especiales, o que haya sido designado para representar al Estado en conferencias internacionales; o iv) cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática; c) si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural; d) si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y, conforme determine el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador, dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado; e) el empleado fuese un nacional del Estado empleador en el momento en que se entabló el procedimiento, a menos que esta persona tenga su residencia permanente en el Estado del foro; o f) si el Estado empleador y el trabajador han convenido otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso».

⁵³ Dándose la circunstancia de que su predecesor el Reglamento (CE) n. 44/2001 ninguna

ni la ha denunciado (*ex art. 31*), manteniendo por tanto la ratificación inicial sin ningún matiz o reserva, pese a que al menos en la concreta materia laboral resulta flagrantemente incompatible con la norma de la Unión Europea, que tiene para nosotros primacía frente al resto. En todo caso, la norma estatal se promulgó en diciembre de 2015, estando ya en vigor el Reglamento Bruselas I-*bis*, que rige para las acciones judiciales posteriores a enero de 2015. Por lo que resulta incomprensible que se haya reproducido la Convención de Naciones Unidas sin reparar en que lo previsto en materia de inmunidad del Estado respecto de la contratación laboral colisiona frontalmente con la normativa comunitaria y en especial con la jurisprudencia que la interpreta.

Así, por ejemplo, según la LO 16/2015 resulta posible alegar la excepción de inmunidad en los procesos judiciales que tengan por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato si «una autoridad competente del Estado extranjero comuni[ca] que dicho proceso “menoscaba sus intereses de seguridad”» (letra *d*)⁵⁴. Esta excepción merece, sin duda, particular reprobación: primero, porque de la literalidad de la regla pudiera deducirse que basta la mera comunicación del Estado para cerrar las puertas a los tribunales españoles para conocer de la reclamación formulada⁵⁵ (luego veremos que la jurisprudencia social ha sabido reconducir a su correcto lugar tan inapropiada fórmula); segundo, porque la referencia a los “intereses de seguridad” es tan genérica que puede convertirse en una espita por la que fluyan un sinfín de reclamaciones frente a Estados extranjeros, poniendo en serio jaque el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los trabajadores.

No menos criticable e incomprensible es la excepción relativa a los pleitos que tengan por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador (letra *e*). Se deja con ella al trabajador absolutamente desprotegido, en tanto que una parte considerable de los pleitos laborales tienen, precisamente, como objeto de discusión sobre la validez de la extinción, y con ello el derecho de readmisión o la procedencia de la renovación.

referencia hacía al particular (lo que por cierto podía entenderse en el sentido de no excluir siquiera esta materia de su ámbito de aplicación). De hecho, la sentencia *Mahamdia*, cit., aplica el señalado Reglamento, no el vigente, e insiste en el juego de la norma comunitaria si no se trata de actos de *iure imperii*, que serán los únicos amparados en el Convenio de Viena y en la inmunidad que en él se formula.

⁵⁴ La fórmula nacional es incluso más amplia y ambigua que la de la Convención «si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y, conforme determine el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador, dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado».

⁵⁵ En este sentido, O. FOTINOPOULOU BASURKO, *op. cit.*

Pero ¿cómo debe examinarse entonces la inmunidad de jurisdicción en nuestro país? La respuesta en realidad es sencilla, y ya la adelantábamos en el apartado anterior: frente a la amplitud y ambigüedad de la norma española juega el Reglamento Bruselas I-*bis*, cuya primacía frente a la norma estatal no admite réplica y que tiene el declarado propósito de proteger a los trabajadores como colectivo particularmente vulnerable en un pleito con elemento extranjero. Por tanto, la inmunidad estatal de la LO 16/2015 sólo regirá la demanda si el Reglamento (UE) n. 1215/2012 no resulta aplicable al caso, y recordemos que la norma comunitaria sólo excluye de su aplicación los casos de *acta iure imperii* (responsabilidad del Estado en el ejercicio de su autoridad). De este modo, si una Embajada o Consulado extranjero en España contrata a un trabajador español para prestar servicios en nuestro territorio la demanda caerá fuera de las reglas de competencia judicial del art. 1 del Reglamento Bruselas I-*bis* únicamente si se prueba que afecta al *iure imperii*; si por el contrario, se trata de tareas cotidianas u ordinarias, los jueces españoles podrán conocer del pleito atendiendo a los foros contenidos en el Reglamento.

Así resulta de la jurisprudencia comunitaria, siendo particularmente significativa en este sentido la citada sentencia *Mahamdia*⁵⁶, que insiste en la aplicación prioritaria de la normativa comunitaria a los pleitos laborales formulados por trabajadores ordinarios de Embajadas (*iure gestionis*)⁵⁷. En

⁵⁶ Sobre esta resolución, a mero título de ejemplo, porque ha sido objeto de múltiples comentarios doctrinales, P. JUÁREZ PÉREZ, *De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012, Mahamdia c. República de Argelia*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, n. 1; J.A. PEREA UNCETA, *La inmunidad de jurisdicción de los estados: un nuevo caso en la jurisprudencia alemana y comunitaria (asunto Ahmed Mahamdia contra República Argelina)*, en *Diario La Ley*, 2012, n. 7955; M. GUZMÁN ZAPATER, *Los contratos de personal laboral por Embajadas ante el Tribunal de Justicia de la UE*, en F. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, 2013; M. GUZMÁN ZAPATER, *Contrato de trabajo celebrado por Embajadas y competencia judicial internacional*, en *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, n. 29.

⁵⁷ La sentencia viene referida a la relación laboral mantenida entre el Sr. Mahamdia, de nacionalidad argelina y alemana con residencia en Alemania, y el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Argelina, para prestar servicios como de chófer en su Embajada en Berlín, con la singularidad de que en el contrato se incluía una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales argelinos. Formulada demanda por el trabajador ante los tribunales alemanes, la República Argelina alega excepción de incompetencia por inmunidad de jurisdicción de su Estado y la cláusula de sumisión. Las excepciones son rechazadas por el TJUE, por lo que a la inmunidad se refiere porque la Embajada, como cualquier otra entidad pública, puede actuar *iure gestionis*, y así ocurre cuando celebra contratos de trabajo con personas que no desempeñan funciones que forman parte del ejercicio del poder público, estando comúnmente admitido que dicha inmunidad no tiene un valor absoluto, sino que se reconoce generalmente cuando un litigio se refiere a actos

efecto, la sentencia reseñada proclama sin ningún género de duda la aplicación del Reglamento comunitario – entonces el Reglamento (CE) n. 44/2001 (ahora el Reglamento (UE) n. 1215/2012) – a los pleitos laborales «cuando el tribunal que conoce del asunto comprueb[a] que las funciones ejercidas por ese trabajador no forman parte del ejercicio del poder público o cuando la acción judicial no pueda interferir en los intereses del Estado en materia de seguridad». Ello porque este tipo de relaciones contractuales no son manifestación del *iure imperii* para el que rigen las Convenciones de Viena⁵⁸.

Pero es que además el TJUE se encarga de aclarar, de una parte, que la entrada en estos casos del Reglamento comunitario desplaza el discurrir ordinario de los pactos de sumisión expresa (que por tanto no podrán emplearse para esquivar el foro competente según la norma comunitaria) y, de otra parte, que una Embajada puede asimilarse a un centro de operaciones a efectos de las reglas competenciales para sucursales de terceros Estados, por lo que el hecho de que se trate de una Embajada de un Estado no perteneciente a la Unión Europea no es óbice para la aplicación del Reglamento en el territorio de los Estados de la Unión⁵⁹.

Además, este criterio respecto de los trabajadores de Embajadas ha sido extendido a los empleados de Consulados en la sentencia ZN⁶⁰, siempre que

de soberanía realizados *iure imperii*, pero puede excluirse si la acción judicial tiene por objeto actos realizados *iure gestionis*, que no pertenecen al ámbito del poder público.

⁵⁸ Es muy probable que en la final redacción del Reglamento (UE) n. 1215/2012 en lo que se refiere a la exclusión tantas veces comentada esta sentencia haya influido relevantemente, pues en el Reglamento (CE) n. 44/2001 nada se decía sobre la exclusión del *iure imperii*, que aparece en el vigente.

⁵⁹ Como señala la sentencia, «Al interpretar dichos conceptos de “sucursal”, “agencia” y “cualquier otro establecimiento”, el Tribunal de Justicia ha establecido dos criterios que determinan si una acción judicial relativa a la explotación de una de esas categorías de establecimiento está relacionada con un Estado miembro. En primer lugar, el concepto de “sucursal”, “agencia” y “cualquier otro establecimiento” presupone la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz. Ese centro debe estar dotado de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros que, de ese modo, quedan dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz [véase STJUE 18 marzo 1981, asunto 139/80, *Blanckaert & Willems PVBA* c. *Luise Trost*, punto 11]. En segundo lugar, el litigio debe referirse bien a actos relativos a la explotación de dichas entidades, bien a obligaciones contraídas por éstas en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentren tales entidades [vid. STJUE 22 noviembre 1978, asunto 33/78, *Somafer SA* c. *Saar-Ferngas AG*, punto 13]». Sobre este relevante criterio jurisprudencial, M. GUZMÁN ZAPATER, *Contrato de trabajo celebrado por Embajadas y competencia judicial internacional*, cit.

⁶⁰ STJUE 3 junio 2021, asunto C-280/20, ZN c. *Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia, Kralstvo Ispania*.

concurran los requisitos enumerados en el punto 48 de la citada sentencia *Mahamdia*⁶¹, afirmación, por cierto, que tal resolución hace a propósito del Consulado búlgaro en España. En el siguiente apartado retomaremos esta cuestión.

Despejadas ya las dudas sobre el escaso margen de aplicabilidad de la LO 16/2015 cuando la inmunidad de jurisdicción es alegada por un Estado⁶², queda por ver qué sucede cuando quien pretende esquivar la aplicación de las reglas ordinarias de competencia judicial es una organización internacional. Pues bien, para resolver tal interrogante debe partirse de la literalidad del art. 35.1 de la LO 16/2015, que se encarga de formular los términos de la inmunidad de jurisdicción de este tipo de organizaciones señalando que «En ausencia de acuerdo internacional bilateral o multilateral aplicable, las organizaciones internacionales gozarán, respecto de toda actuación vinculada al cumplimiento de sus funciones, de inmunidad de jurisdicción y de ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles de todos los órdenes, en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley Orgánica. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de procedimientos de Derecho privado o de *procesos del ámbito laboral relativos a miembros del personal de las organizaciones internacionales*, estas no podrán hacer valer la inmunidad, salvo que acrediten disponer de un mecanismo alternativo de resolución de la controversia, ya esté previsto en el tratado constitutivo, los estatutos, el reglamento interno o en cualquier otro instrumento aplicable de las organizaciones internacionales».

De lo expuesto resulta, primero que priman, lógicamente, los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables a la organización en cuestión – suscritos con los Estados integrantes de la misma – para garantizar su adecuado funcionamiento, pudiendo preverse en ellos reglas especiales de gestión de la inmunidad de jurisdicción con alcance general y/o específico

⁶¹ Por analogía, procede considerar que el consulado general constituye un “establecimiento” a efectos del Reglamento (UE) n. 1215/2012, ya que cumple los criterios enunciados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Más concretamente, como estructura territorial del Ministerio de Asuntos Exteriores, el consulado general se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de dicho Ministerio. El consulado general representa al Ministerio en el Estado receptor; está dirigido por el cónsul general y es apto para asumir de manera autónoma derechos y obligaciones de Derecho civil. De ello se deduce que un consulado puede ser percibido como un centro de operaciones, de conformidad con lo que se ha considerado en los puntos 49 y 50 de la sentencia *Mahamdia*, cit.

⁶² En síntesis, la entrada de la LO 16/2015 y sus incomprensibles excepciones (con el consiguiente juego de la inmunidad de jurisdicción amplia en materia laboral) es absolutamente excepcional y residual, pues impera la aplicabilidad del Reglamento Bruselas I-*bis*. También es de esta opinión O. FOTINOPOULOU BASURKO, *op. cit.*

en materia laboral. Segundo, que la norma estatal (LO 16/2015) sólo se aplicará de no existir dicho acuerdo, y que cuando se aplique en el marco de un pleito laboral la organización en cuestión únicamente podrá alegar la inmunidad de jurisdicción si existe un mecanismo alternativo de solución del litigio. Tercero, que en realidad esta regla especial de inmunidad únicamente se formula para los *miembros del personal de las organizaciones internacionales*, no para el personal español que pueda contratarse en España para prestar servicios laborales comunes (que no merece la consideración de personal de la organización en el sentido estricto del término), para los que, de nuevo, resultará de aplicación el Reglamento (UE) n. 1215/2012, en equivalentes términos a lo dicho para los Estados.

2.3. El retorno al Reglamento Bruselas I-bis en los pleitos laborales del personal ordinario de Embajadas, Consulados y Organizaciones internacionales

Tal como se acaba de explicar, una vez presentada la demanda laboral frente a una Embajada o Consulado extranjero ante los tribunales españoles, el juez nacional sólo podrá descartar la aplicación de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I-bis si la contratación en cuestión se llevó a cabo para el desarrollo de labores *del iure imperii*, pues sólo respecto de ellas puede quedar en entredicho la independencia, autonomía e igualdad de los Estados soberanos y justificar el juego de la inmunidad de jurisdicción formulada en las convenciones internacionales (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963)⁶³. Huelga señalar que este planteamiento de partida obliga al tribunal/juez español ante el que se presenta la demanda a llevar a cabo la previa calificación de las tareas laborales del demandante para determinar *prima facie* si pueden considerarse o no *actos de Estado* a efectos competenciales, sin perjuicio de la valoración que luego se pueda hacer de ellas a otros fines. Para llevar a cabo esta tarea de calificación previa el juez ha de estar a la sólida doctrina del TJUE⁶⁴, que partiendo de que por sí sola la función del

⁶³ STJUE 15 febrero 2007, asunto C-292/05, *Eirini Lechouritou y otros c. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*.

⁶⁴ Como tiene dicho el TJUE «Para determinar si una acción judicial está comprendida o no en el concepto de “materia civil y mercantil” a efectos del artículo 1, apartado 1, del Reglamento n. 1215/2012, y, en consecuencia, en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, procede identificar la relación jurídica entre las partes en el litigio y el objeto de este [...] [vid. STJUE 16 julio 2020, asunto C-73/19, *Belgische Staat y Directeur-Generaal*

empleador no basta para considerar la contratación en cuestión *iure imperii*⁶⁵, y buscando la mayor protección posible de la parte más débil (el trabajador) toma en consideración la finalidad específica de las Embajadas y Consulados a fin de determinar si el contrato tiene por objeto funciones propias de representación estatal⁶⁶, o si, por el contrario, se trata de meros

van de Algemene Directie Controle en Bemiddeling van de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie c. Movic BV y otros, punto 37 y jurisprudencia citada]. De este modo, si bien determinados litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1215/2012 cuando la acción judicial tenga por objeto actos realizados *iure gestionis*, la situación es distinta cuando la autoridad pública actúa en ejercicio del poder público [vid. STJUE 25 marzo 2021, asunto C-307/19, *Obala i lučice d.o.o. c. NLB Leasing d.o.o.*, punto 63 y jurisprudencia citada]. En efecto, la manifestación de prerrogativas de poder público por una de las partes en el litigio, en virtud de su ejercicio de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables a las relaciones entre particulares, excluye tal litigio del concepto de “materia civil y mercantil”, en el sentido del artículo 1, apartado 1, del Reglamento n.º 1215/2012 [vid. STJUE 3 septiembre 2020, asunto C-186/19, *Supreme Site Services GmbH y otros c. Supreme Headquarters Allied Powers Europe*, punto 57 y jurisprudencia citada]» (STJUE 21 septiembre 2021, asunto C-30/21, *Nemzeti Ütdíjizetési Szolgáltató Zrt. c. NW*, puntos 25-27).

⁶⁵ Como ha señalado el TJUE, «la finalidad pública de determinadas actividades no constituye, en sí misma, un elemento suficiente para calificarlas como actividades desempeñadas *iure imperii*, en la medida en que no correspondan al ejercicio de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares [vid. asunto *Supreme Site Services*, cit., punto 66 y jurisprudencia citada]» (*ibidem*, punto 28).

⁶⁶ Puede recordarse en este sentido lo dicho en la sentencia *ZN*, cit., en la que se advierte que cuando se plantea un litigio entre una Embajada de un Estado tercero situada en un Estado miembro y sus empleados, hay que tener en cuenta que las funciones de una Embajada, como se desprende del art. 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, celebrada en Viena el 18 de abril de 1961, consisten esencialmente en representar al Estado acreditante, proteger sus intereses y fomentar las relaciones con el Estado receptor. En el ejercicio de esas funciones, la Embajada, como cualquier otra entidad pública, puede actuar *iure gestionis* y ser titular de derechos y obligaciones de carácter civil, especialmente a raíz de la celebración de contratos de Derecho privado. Así ocurre cuando celebra contratos de trabajo con personas que no desempeñan funciones que forman parte del ejercicio del poder público (sentencia *Mahamdia*, cit.). Así sucede también, *a fortiori*, cuando se trata de un litigio en el que están implicados un consulado general y una persona que presta servicios en este en forma de trabajo individual en relación con la recepción de documentos en expedientes iniciados en el consulado por nacionales búlgaros, así como con su gestión, prestaciones que no forman parte del ejercicio del poder público y que no pueden interferir con los intereses de la República de Bulgaria en materia de seguridad (véase, en este sentido, la sentencia *Mahamdia*, cit., punto 56). Por consiguiente, concluye la sentencia «un litigio derivado de un contrato de trabajo con una Embajada o un consulado puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n. 1215/2012 como materia civil y mercantil. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si este es el caso a la luz de todos los hechos del asunto principal».

actos de gestión ordinaria planteados para el desarrollo de tareas ordinarias (conducción, vigilancia, limpieza, trabajos administrativos, etc.).

Si esa evaluación previa le lleva a pensar que se trata de un contrato ordinario de este segundo tipo, habrá de testar su competencia aplicando las reglas del Reglamento (UE) n. 1215/2012, que le llevarán a buen seguro a la jurisdicción nacional por el juego de los foros especiales laborales. No en vano, el Reglamento en ese ánimo tuitivo expuesto permite al trabajador elegir entre el domicilio del demandado y los *foros laborales especiales*⁶⁷, privilegio que no rige para la demanda inversa, pues el empresario sólo puede demandar al trabajador ante los tribunales del territorio en el que este tenga su domicilio (art. 22.1 del Reglamento). Foros especiales que le consienten demandar al empresario ante los tribunales del lugar: en el que desempeñe habitualmente su trabajo, “desde el cual” lo lleve a cabo, del último lugar en el que lo haya desempeñado o del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que lo empleó si éste no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado (art. 21.1.b)⁶⁸. Por tanto, si se trata de un trabajador que desarrolla habitualmente su actividad para la representación estatal en territorio español, la competencia de nuestros tribunales resultará evidente, notoria e incontestable⁶⁹.

Esta garantizada competencia de nuestros tribunales acontece incluso si se trate de la Embajada o Consulado de un tercer Estado, no perteneciente a la Unión Europea, pues el art. 20.2 del Reglamento dispone que el trabajador que contrate con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado de la Unión, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro

⁶⁷ Así se recuerda en la reciente STS 14 septiembre 2021, cit. En general, sobre las razones que llevaron a la incorporación de estas excepciones a la regla general del domicilio del demandado en la normativa comunitaria, B. CAMPUZANO DÍAZ, *Las normas de competencia judicial internacional del reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2014, n. 28, pp. 1-35.

⁶⁸ Sobre la relevancia del lugar en el que el trabajador ha establecido el centro efectivo de sus actividades cuando se quiere concretar cuál es el tribunal competente y el trabajador presta servicios en distintos Estados, puede verse la STJUE 9 enero 1997, asunto C-383/95, *Petrus Wilhelmus Rutten c. Cross Medical Ltd*. En general sobre el juego de estos foros, STS 30 diciembre 2013, rec. 930/2013.

⁶⁹ No pocos autores entienden que la amplitud de la norma comunitaria hace que el juego de las normas nacionales de competencia judicial internacional esté prácticamente excluido. *Vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*; P. WAUTELET, *Clauses d'élection de for et procédures concurrentes. Les innovations du Règlement 1215/2012*, Université de Liège, 2013, p. 5. A modo de ejemplo, la extensión de las reglas de competencia del Reglamento cuando el trabajador es el demandante desplaza en España al art. 25.1 LOPJ, que ofrece posibilidades adicionales para fundamentar la competencia judicial internacional. Curiosamente estas posibilidades si quedarían a disposición de quien demanda a un trabajador domiciliado en un tercer Estado, pues en este caso no se aplica el Reglamento.

establecimiento en un Estado miembro, puede demandarle ante los tribunales de dicho territorio⁷⁰, si el litigio trae causa en la “explotación” de dicha agencia, sucursal o establecimiento⁷¹. Y el TJUE, como ya se dijo, ha mantenido que una Embajada o un consulado puede asimilarse a un centro de operaciones a efectos de las reglas competenciales para sucursales de terceros Estados⁷².

Es más, esta declaración de competencia del juez español podrá producirse aún en el caso de que el trabajador haya suscrito anteriormente un acuerdo de sumisión expresa a favor de los tribunales de otro Estado⁷³, toda vez que, en materia laboral, los acuerdos atributivos de competencia sólo se admitirán si no son una imposición de la parte empresarial (art. 23), bien porque sean posteriores al litigio, bien porque siendo anteriores sea el trabajador el que los invocaba para cimentar la competencia de los tribunales ante los que presenta la demanda⁷⁴.

Similar recorrido argumentativo debe hacerse cuando la demanda del trabajador se dirige contra una organización internacional con oficina o sede en territorio español, pues también para estos casos la jurisprudencia comunitaria mantiene que la inmunidad no tiene un valor absoluto, sino que se reconoce generalmente cuando el litigio se refiere a actos realizados *iure imperii*, no resultando por ende predicable de actos que no pertenecen al ámbito del poder público⁷⁵. Por tanto, también en estos casos el juez español debe llevar a cabo una valoración o calificación previa de la actividad laboral en cuestión a fin de decidir si se trata o no de un trabajo enmarcable en la inmunidad de jurisdicción que el tratado constitutivo de la organización pueda conformar – básicamente reservada a los empleados

⁷⁰ Sobre el juego alternativo de estos foros, P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares, 2002, p. 99.

⁷¹ M.D. ORTIZ VIDAL, *La competencia judicial en el contrato de trabajo internacional: el Reglamento Bruselas I-Bis*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, n. 1.

⁷² Asunto *Mabandja*, cit.; asunto ZN, cit.

⁷³ Téngase en cuenta que si funciona la *prorrogatio fori*, es decir, la sumisión a la competencia del tribunal del foro ya no se suscitará un problema de alegación de inmunidad de jurisdicción.

⁷⁴ Sobre la validez de estos acuerdos de sumisión, asunto *Mabandja*, cit., STS 30 diciembre 2013, cit., y STS 20 abril 2015, rec. 100/2014. De este modo, los acuerdos atributivos que puede invocar la Embajada o el Consulado son los posteriores al litigio y los que puede invocar el trabajador son estos y los anteriores que le ofrezcan foros competenciales que no estén previstos en la norma en cuestión.

⁷⁵ Sentencia *Supreme Site Services*, cit. *Vid.* también asunto *Rina*, cit., punto 56 y jurisprudencia citada. Lo que también es extensible respecto de las organizaciones de Derecho privado que interactúan en el ámbito público cuando no han recurrido a las prerrogativas de poder público (por ej. respecto de empresas concesionarias de un servicio público).

proprios de la organización –, sucediendo en caso de entender que no lo es que la competencia judicial para conocer del pleito habrá de solventarse mediante la aplicación del Reglamento comunitario en los mismos términos – y con analogía de planteamientos – que para las representaciones estatales en el extranjero⁷⁶, precisamente porque la excepción del art. 1 del Reglamento Bruselas I-*bis* sólo alcanza a los actos *iure imperii*, condición no predicable de la contratación laboral ordinaria y común (salvo contadas y acreditadas excepciones) sea quien sea el empleador, incluso si lo es una organización supraestatal.

Como habrá concluido ya el lector el proceso de selección de la norma rectora de la competencia judicial internacional, en realidad, no es una tarea compleja como pudiera parecer en un principio si se lleva a cabo correctamente, pues supone recalar en la mayoría de los casos que aquí se analizan en el Reglamento comunitario, que despliega mecanismos (foros especiales) más que suficientes para garantizar el conocimiento del pleito por nuestros tribunales cuando es España el lugar de prestación habitual. Sin embargo, como se verá a continuación, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en lugar de emprender este elemental sendero normativo opta incomprensiblemente por transitar veredas sinuosas, que dificultan innecesariamente su propósito de declarar la competencia nacional.

3. Jurisprudencia española reciente sobre el alcance de la inmunidad de jurisdicción en los pleitos sociales frente a Embajadas, Consulados y organizaciones supraestatales

3.1. Alegación de la excepción y control de oficio

Probablemente por la amplitud de la LO 16/2015, que como se acaba de

⁷⁶ Así se dice que «Este criterio jurisprudencial acerca de la inmunidad de jurisdicción de los Estados y de las organizaciones de Derecho privado puede extrapolarse al caso en el que el privilegio basado en la inmunidad es invocado por una organización internacional, con independencia de si se trata de la inmunidad de jurisdicción o de la inmunidad de ejecución. No obsta a esta interpretación la circunstancia de que, a diferencia de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, basada en el principio *par in parem non habet imperium* [vid. asunto *Rina*, cit., punto 56 y jurisprudencia citada], las inmunidades de las organizaciones internacionales se confieran, en principio, por los tratados constitutivos de estas organizaciones». Concluyendo que «el simple hecho de que el juez nacional declare tener competencia internacional, en virtud de las disposiciones del Reglamento n. 1215/2012, no menoscaba la protección de la inmunidad invocada, con fundamento en el Derecho internacional, por la organización internacional que es parte de dicho litigio» (sentencia *Supreme Site Services*, cit.).

ver abre la puerta a la alegación de la excepción de inmunidad en los pleitos laborales en demasiados contextos, en los últimos tiempos han proliferado las demandas en las que los Estados y las organizaciones supraestatales invocan esta excepción para esquivar la competencia de los jueces españoles. Prueba de ello es que sólo desde febrero de 2020 el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre el particular hasta en cuatro ocasiones, cuando en las décadas anteriores eran contadas las sentencias sobre la materia. Nos referimos a la STS 14 febrero 2020, rec. 82/2017, sobre despido de una empleada española de la International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas (ICCAT) en España, la STS 29 abril 2021, rec. 2495/2019, respecto del despido de un empleado de la Embajada de la República de Indonesia, y STS 21 y 22 abril 2021, rec. 4123/2018 y rec. 2740/2018, respectivamente, sobre demanda por despido dirigida frente a una empresa domiciliada en España, alegándose la existencia de cesión ilegal entre esta y el European Union Intellectual Property Office (EUIPO)⁷⁷.

⁷⁷ A estos casos que a continuación se analizarán han de sumarse las numerosas sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, que han tenido que utilizar similares argumentos para descartar la aplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción estatal, por ejemplo, recientemente lo ha hecho la Sala de Madrid en STSJ 21 mayo 2021, rec. 158/2021, en este caso respecto de la Scuola Statale italiana, institución pública del Estado Italiano que depende del Ministerio de Asuntos Exteriores Italiano, y que igualmente alegaba la excepción en liza para evitar el conocimiento por los tribunales españoles del despido de su personal italiano. Resuelve un despido de personal docente, y tras analizar detalladamente la evolución normativa en materia de inmunidad de jurisdicción y la normativa interna, así como la exposición de motivos y articulado de la LO 16/2015, concluye, en relación al art. 10, que se veta la posibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles «en los procesos relativos a un contrato de trabajo que haya de ejecutarse en España, cuando el trabajador no ha sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio de poder público, y no se trate de un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; de un funcionario consular o de un miembro del personal diplomático de una misión ante una organización internacional o de una misión especial o en representación de un Estado en una conferencia internacional». Señala dicha Sentencia que «claramente se desprende de este precepto que la inmunidad de jurisdicción no se extiende a las controversias particulares que un empleado del Estado extranjero o de una organización internacional pueda mantener con la misma, cuando su prestación de servicio no entraña el ejercicio de los poderes públicos que a dicha entidad le corresponden, ni se trata tampoco de un funcionario o agente diplomático en los términos antedichos». Pero también pueden encontrarse sentencias en sentido contrario, como la polémica de la STSJ Madrid 558/2020, de 13 de julio, que reconoce la inmunidad de jurisdicción de la Embajada de Brasil en Madrid ante un pleito por despido nulo de un auxiliar administrativo, empleando como principal fundamentación la LO 16/2015, sosteniendo a tal fin que un litigio que eventualmente puede ocasionar la readmisión del trabajador, incurre en una de las excepciones legales a la limitación inmunidad, de forma que el Estado

En todos estos casos las partes demandadas (organizaciones supranacionales y Estados extranjeros) intentaron parapetar tras la inmunidad de jurisdicción su pretensión de sustraer del conocimiento de los jueces españoles las reclamaciones sociales en liza, pese a tratarse de trabajadores domiciliados en España (todos ellos españoles), cuya actividad laboral – claramente ordinaria – se había ejecutado en nuestro territorio. Propósito que en todos los casos fue neutralizado en unidad de doctrina por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, previo recordatorio, por cierto, de que las cuestiones competenciales de este calado no han de someterse al estricto juicio de contradicción⁷⁸.

Ahora bien, el acierto del sentido del fallo en las cuatro resoluciones antes señaladas no es óbice para que, como ya adelantábamos, se eche en falta en ellas el argumento de la inaplicación de la norma nacional – nos referimos a la LO 16/2015 –, que como se acaba de explicar cede, con carácter general, frente al Reglamento (UE) n. 1215/2012. Ello porque la entrada de esta norma comunitaria, y con ella de la jurisprudencia que la interpreta, hubiese facilitado en extremo la resolución de los pleitos, toda vez que el TJUE se muestra contundente a la hora de reconducir a sus justos términos

de Brasil puede evitar el enjuiciamiento del asunto por los tribunales laborales españoles. Un interesante comentario de esta sentencia puede encontrarse en P. JUÁREZ PÉREZ, *Los difusos contornos de la inmunidad de jurisdicción en el ámbito del contrato individual de trabajo (STSJ de Madrid de 13 de julio de 2020)*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, n. 2, pp. 806-818.

⁷⁸ *Id.*, en este sentido, STS 30 diciembre 2013, cit.; STS 18 mayo 2016, rec. 3951/2014; STS 16 enero 2018, rec. 3876/2015; STS 24 enero 2019, rec. 3450/2015. También la competencia funcional de la Sala: STS 20 septiembre 2018, rec. 4065/2016; STS 25 septiembre 2018, rec. 3666/2016; STS 18 octubre 2018, rec. 3899/2016; STS 28 noviembre 2018, rec. 2155/2016; STS 18 diciembre 2018, rec. 4261/2017; STS 20 diciembre 2018, rec. 3937/2016; STS 9 enero 2019, rec. 4029/2016; STS 15 enero 2019, rec. 3279/2016; STS 23 enero 2019, rec. 186/2017; STS 2 abril 2019, rec. 3938/2016. No sucede lo mismo con la competencia territorial, que no puede ser apreciada de oficio al margen de la contradicción (por todas, STS 18 septiembre 2004, rec. 4988/2002; STS 30 septiembre 2004, rec. 2141/2003; STS 5 octubre 2004, rec. 1163/2003; STS 6 octubre 2004, rec. 2140/2003; STS 21 octubre 2004, rec. 4546/2002; STS 4 noviembre 2004, rec. 4506/2002; STS 26 noviembre 2004, rec. 362/2003; STS 10 mayo 2006, rec. 1015/2005); la manifiesta falta de jurisdicción (STS 14 mayo 2008, rec. 1671/2007; STS 23 julio 2009, rec. 1029/2008), o la cosa juzgada (STS 21 noviembre 2000, rec. 2856/1999 y rec. 234/2000; STS 30 diciembre 2013, cit.; STS 1º junio 2016, rec. 3241/2014; STS 20 diciembre 2016, rec. 3194/2014; STS 4 mayo 2017, rec. 1201/2015; STS 4 octubre 2017, rec. 3273/2015; STS 14 diciembre 2017, rec. 1409/2016; STS 1º marzo 2018, rec. 1422/2016; STS 22 marzo 2018, rec. 3491/2015), especialmente en el caso de la cosa juzgada colectiva *ex art.* 160.5 LRJS (por todas, STS 8 febrero 2018, rec. 426/2016; STS 3 julio 2018, rec. 800/2015; STS 2 octubre 2018, rec. 3074/2014 y rec. 3696/2017; STS 16 octubre 2018, rec. 1526/2017 y rec. 2117/2017). También se ha dicho respecto del derecho fundamental al juez imparcial (STS 3 marzo 2015, rec. 1635/2012; STS 21 febrero 2018, rec. 920/2016).

la inmunidad de jurisdicción en la esfera laboral. La decisión del Alto Tribunal de no transitar sin más por el Reglamento le obliga a evaluar innecesariamente el alcance de la excepción de competencia prevista en la LO 16/2015, que ya hemos dicho excede, con mucho, la concepción de la inmunidad de jurisdicción tal como se ha venido entendiendo en los últimos tiempos.

3.2. Los argumentos jurisprudenciales para acotar el alcance de la excepción de inmunidad de jurisdicción

Trabajadores de Embajadas extranjeras. STS 29 abril 2021, rec. 2495/2019

Huelga señalar que no era la primera vez que el Tribunal Supremo se pronunciaba sobre la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de demandas presentadas por trabajadores de Embajadas extranjeras en territorio español. Pero los escasísimos precedentes existentes eran francamente remotos, siendo la STS 29 abril 2021, rec. 2495/2019, la primera que se dicta en la materia tras la promulgación de la LO 16/2015⁷⁹. En ella se declara la competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda de despido formulada por un empleado de la Embajada de la República de Indonesia, de nacionalidad española y domicilio en España, que había sido contratado para llevar a cabo las tareas y las funciones administrativas de la Agregaduría Comercial de la señalada Embajada en Madrid, así como para mantener diariamente de manera activa

⁷⁹ Particularmente significativa es la STS 6699/1986, cit., que se pronuncia sobre una reclamación presentada por una trabajadora de la Embajada de la República Sudafricana en España. En dicha resolución se recuerda que la inmunidad sólo alcanza a los los “*acta iure imperii*”, no a los “*acta iure gestionis*”, señalando que al caso no le son de aplicación los arts. 31 y 43 de los Convenios de Viena de 18 de abril de 1961 y de 24 de abril de 1963, a los que se adhirió España, ya que únicamente otorgan inmunidad a los Agentes Diplomáticos y Consulares extranjeros a título personal y no al Estado que representan, al que sólo podrá extenderse la inmunidad absoluta en aplicación de una doctrina consuetudinaria caída en desuso. Todo lo cual le lleva a la aplicación del derecho interno para declarar la competencia de la jurisdicción nacional. Este mismo criterio se había empleado ya para declarar la competencia de los tribunales españoles en la STS 508/1986, de 2 de febrero, respecto de un trabajador de la Embajada de Guinea Ecuatorial en España, empleado como conductor. En sentido contrario se había pronunciado la sentencia 8 noviembre 1979 (RJ 1979\3975), respecto de una secretaria española de la Embajada de Kuwait en España en aplicación el Convenio de Viena y de la inmunidad de los agentes diplomáticos. Paralelamente se ha pronunciado, en términos equiparables, la Sala sobre la inmunidad de ejecución de Embajadas en STS 25 junio 2012, cit., STS 15 noviembre 2017, rec. 2973/2015, y la de error judicial, STS 22 junio 2009, rec. 6/2008.

la higiene/pulcritud del inventario de la oficina y ayudar en las actividades organizadas por la Embajada, a cambio de un salario mensual de 900 €⁸⁰. El recurso se plantea formulando como cuestión litigiosa el alcance del art. 10 de la LO 16/2015, cuyo apartado 2 prevé, como se recordará, como excepción a la inoperatividad de la inmunidad jurisdiccional de los pleitos laborales aquellos en los que «el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del *Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad*»⁸¹.

En concreto, se discute si para la aplicación de la inmunidad de jurisdicción contemplada en el art. 10.2.c de la LO 16/2015 basta con la invocación de que el proceso menoscaba los intereses de seguridad del Estado extranjero, o si es preciso que exista algún indicio, prueba o justificación acreditativa de dicha circunstancia⁸². La sentencia de casación llega al convencimiento de que es necesaria esa justificación específica, inexistente en el caso de autos.

Es cierto que la Sala inaugura su razonamiento aludiendo a la jurisprudencia comunitaria sobre la materia – asunto *Mabamdia* –, que a su vez insiste en la aplicación del Reglamento comunitario a este tipo de pleitos (reclamaciones laborales del personal de embajadas) y en aplicación de su doctrina – que reproduce, en lo relativo a la distinción entre los actos *iure imperii* y los *iure gestionis* – concluye afirmando que «es claro que sería competente la jurisdicción española, toda vez que una actividad administrativa de un trabajador [...] está totalmente alejada de funciones *iuris imperii*». Pero tras esta afirmación la Sala, en lugar de proseguir por la misma

⁸⁰ Consta que cierto día el actor no pudo acceder a su puesto de trabajo, sin que conste que hubiese tenido lugar ninguna comunicación formal de cese en su puesto de trabajo o despido. Ante tal circunstancia, demandó por despido, alegando la Embajada inmunidad de jurisdicción, rechazada en instancia (con declaración de la improcedencia del despido y el reconocimiento de la correspondiente indemnización a favor del trabajador) y estimada en suplicación mediante la STSJ Madrid 1º abril 2019, rec. 47/2019, que declara la falta de competencia de los Tribunales españoles del orden social de la jurisdicción. Esta resolución es la que casa y anula la que es objeto de comentario en estas líneas.

⁸¹ En este caso se había producido dicha comunicación con alegación de que el trabajador había tenido acceso en el ejercicio de sus funciones a información confidencial, cuya difusión en el marco del pleito laboral podía poner en grave peligro la seguridad de Indonesia y de la Embajada. La Sala de suplicación había entendido que esta comunicación oficial no se encontraba sometida a ningún rigor probatorio, por lo que la mera constatación de su emisión servía para que resultase de aplicación lo recogido en el transcrito art. 10.2.c de la LO 16/2015.

⁸² La Sala no entra, por falta de contradicción, en el segundo motivo alegado, sobre si puede considerarse autoridad competente para la emisión de la nota verbal, a los efectos de lo recogido en el art. 10.2.d de la LO 16/2015, al propio Embajador de la República de Indonesia en España.

línea, de prioritario examen del Derecho de la Unión Europea y de su aplicación al supuesto enjuiciado, para así buscar exclusivamente en él la solución y conforme a ella proclamar la competencia de los tribunales nacionales, desplaza a renglón seguido ese inicial y adecuado enfoque normativo de la cuestión y se vuelca en examinar la infracción denunciada en el recurso, iniciando el proceso discursivo con la afirmación de que «el problema que se plantea no es otro que la previsión del art. 10.2.d) Ley Orgánica 16/2015, en cuanto dice lo siguiente [...]: el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los procesos a los que dicho apartado se refiere, en los siguientes supuestos: [...] Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad»⁸³.

Con tal planteamiento, la sentencia parece olvidar la primacía que corresponde a la normativa comunitaria y el carácter «vinculante y directamente aplicable» que expresamente se atribuye a los Reglamentos en general (art. 288 TFUE) y en particular al Reglamento (UE) n. 1215/2012 (considerando 6 y art. 81). No cabe duda que la Sala debiera haber examinado la cuestión que el recurso planteaba (menoscabo de la seguridad del Estado, como circunstancia enervante de la general inaplicación de la inmunidad de jurisdicción a los pleitos en materia laboral), primordial y completamente desde la óptica de la prioritaria aplicación del Derecho de la Unión Europea, donde efectivamente la cuestión tiene cumplida respuesta, precisamente en la interpretación que el TJUE ha hecho del Reglamento en el asunto *Mahamdia*, con el que estrena su argumentación la propia sentencia ahora glosada.

Nótese que decimos que el estudio a realizar debiera haber sido “completamente” desde la óptica comunitaria, siendo así que por su naturaleza el Reglamento es, como se ha dicho, directamente aplicable, sin necesidad de desarrollo legislativo nacional⁸⁴, que además en el caso de la

⁸³ Advierte la Sala que analizando comparativamente el precepto de la LO y el art. 11 de la Convención de Naciones Unidas (ya hemos dicho que aún no vigente), la única diferencia entre ambos textos es que en la norma internacional corresponde determinar que el proceso puede menoscabar la seguridad del Estado corresponde al Jefe del Estado, al Jefe de Gobierno o al Ministro de Asuntos Exteriores, mientras que la Ley nacional se limita a que se comunique por una autoridad competente. Concluyendo que, «En el caso, la Embajada es evidentemente autoridad competente para la comunicación a que se refiere el art. 10.2 d) de la L.O. 16/2015, y es lo que ha hecho, con independencia de que lo sea o no para decidir, lo cual no se cuestiona».

⁸⁴ Según la jurisprudencia comunitaria ello significa que los Reglamentos no sólo no requieren que los Estados miembros efectúen un posterior desarrollo normativo, sino que incluso rige – como regla general y salvo que expresamente se disponga lo contrario

LO 16/2015 es claramente contrario en algunos puntos al sentido y fin último de la norma comunitaria. Pues bien, actuando bajo este obligado parámetro, la Sala debiera haber advertido que la propia jurisprudencia de la Unión Europea, interpretando el Reglamento de competencia judicial internacional (sentencia *Mahamdia*), admite que «teniendo en cuenta el contenido de dicho principio de Derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados [*par in parem non habet imperium*], ha de considerarse que éste no se opone a la aplicación del Reglamento n. 44/2001 en un litigio como el principal [...] cuando el tribunal que conoce del asunto compruebe que las funciones ejercidas por ese trabajador no forman parte del ejercicio del poder público o cuando la acción judicial no pueda interferir en los intereses del Estado en materia de seguridad» (punto 56).

Así las cosas, el examen que la Sala IV del Tribunal Supremo hace del art. 10.d de la LO 1212/2015 únicamente cobraría justificación – tras destacar la doctrina comunitaria sentada en el apartado 56 ya citado – si se entendiese que el precepto de nuestra ley actúa como mera aclaración y concreción de un mandato comunitario, en concreto el referenciado en la sentencia *Mahamdia* sobre la posible admisión de la inmunidad de jurisdicción en el ámbito laboral cuando la actividad en cuestión interfiere «en los intereses del Estado en materia de seguridad», expresión en exceso parca que puede auxiliarse de concreción en la norma doméstica⁸⁵. Algo similar cabe decir

(STJUE 27 septiembre 1979, asunto 230-78, *SpA Eridania-Zuccherifici nazionali y SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri c. Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato y SpA Zuccherifici meridionali*), con ciertas matizaciones – la proscripción de medidas nacionales de recepción o reproducción, prohibiéndose no ya adoptar disposiciones internas que afecten al alcance del propio Reglamento, sino incluso establecer normas de interpretación obligatorias para su aplicación (STJUE 18 febrero 1970, asunto 40-69, *Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe c. Firma Paul G. Bollmann*), aunque se admitan cuando sean estrictamente necesarias, pero excluyendo siempre «las eventuales disposiciones legislativas nacionales que pretendan transformar en Derecho nacional una norma de Derecho comunitario» (STJUE 10 octubre 1973, asunto 34-73, *Fratelli Variola S.p.A. c. Amministrazione italiana delle Finanze*). En definitiva, se ha dicho que «el Tribunal de Justicia no condena tal práctica en sí misma considerada, sino determinados efectos que de ella podrían derivarse, perjudicando la correcta aplicación del Derecho europeo» y «si bien con carácter general cabe afirmar la prohibición de cualquier modalidad de recepción o prohibición, habrá que estar en última instancia al caso concreto para ver si efectivamente pueden producirse tales consecuencias nocivas para la uniformidad del ordenamiento europeo». En este sentido, R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2014, p. 159. Consecuencias nocivas que en presente caso resultan inexistentes, habida cuenta de que hay plena coincidencia entre la prescripción del art. 10.2.d de la LO 1212/2015 y el mandato del TJUE.

⁸⁵ Pero en el bien entendido de que lo que se aplica no es la norma doméstica – en el caso

respecto de la traída a colación que la sentencia hace de la citada STEDH 23 marzo 2010, interpretativa en la que interpretando el art. 11.2.d de la Convención de Naciones Unidas, se concluye que no basta con la mera alegación de que se tuvo acceso a información o documentos para cumplir lo dispuesto en el precepto, sino que es exigible la concurrencia de circunstancias objetivas que permitan inferir la concurrencia de riesgos de seguridad por la celebración del proceso⁸⁶. La cita no era necesaria, aunque hubiese sido alegada por la parte⁸⁷, porque la cuestión de la competencia se aprecia de oficio al margen de la posición de las partes y la solución en este caso venía dada ya por el Derecho de la Unión Europea, que era directa y exclusivamente aplicable, por lo que sólo habría de servir *ex abundantia* de la doctrina sentada por el TJUE, dado que la misma se ajusta en todo al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En suma, tanto la valoración de la norma nacional como la reproducción de la jurisprudencia del TEDH únicamente es admisible si se emplea como complemento o refuerzo de la jurisprudencia comunitaria de interpretación del Reglamento Bruselas I-*bis*, lo que, no debe negarse, al fin y a la postre genera más confusión que claridad, pues tanto la LO 16/2015 como la

la LO 1212/2015 –, sino el Reglamento de la UE y su complemento de la jurisprudencia del TJUE.

⁸⁶ Esta sentencia resuelve la demanda n. 15869/2002, cit. También en este caso se trataba de una trabajadora de una Embajada (Polonia), que prestaba servicios en otro Estado (Lituania) como administrativa. El Tribunal Supremo la trae a colación porque interpreta el art. 11.2.d de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, que contiene una regulación sustancialmente coincidente al permitir hacer valer la inmunidad en los procesos de despido o rescisión de contrato de una persona cuando dicho proceso «menoscabe los intereses de seguridad» (art. 10.2.d) o «menoscabe los intereses de seguridad de este Estado» (art. 11.2.d). En ambas disposiciones se utiliza el término «intereses de seguridad del Estado extranjero» como excepción al principio general de inexistencia de inmunidad jurisdiccional en los procesos derivados del contrato de trabajo.

⁸⁷ Ciertamente, la doctrina sentada por el TEDH había sido denunciada como infringida, y de otro que el art. 6 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, había dispuesto la adhesión al Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), y con ello admitido la introducción de un control judicial externo – el del TEDH – en materia de derechos fundamentales, tanto respecto de la actividad normativa de la propia Unión Europea cuanto de la aplicación del Derecho comunitario por los propios Estados miembros, lo que a la postre comportaría no crear una relación de dependencia entre el TJUE y el TEDH, pero sí – respecto de los derechos consagrados en el Convenio – la sumisión al criterio del TEDH, siquiera por razón de especialización. Por estas razones, aunque el proceso de adhesión esté en nueva fase de negociaciones desde el año 2019 (pese a la oposición manifestada por el TJUE en su dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014, reiterando así la postura ya manifestada en el dictamen 2/1994, de 28 de marzo de 1996).

Convención de Naciones Unidas que el TEDH interpreta exceden con mucho los límites a la inmunidad de jurisdicción en el ámbito laboral que pretende la norma comunitaria. Precisamente por ello, probablemente, hubiese resultado más acertado solventar sin más la cuestión aplicando la jurisprudencia comunitaria tantas veces señalada, pues al final este proceder de la Sala termina llevándola a la improcedente conclusión de examinar su competencia en atención a las disposiciones que sobre la materia competencial se hacen en la LOPJ (arts. 9.1, 21 y 25), que claramente resultan inaplicables, en la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidad de los Estados y sus bienes (art. 11), que ni tan siquiera ha entrado en vigor, y en el art. 10.2.d de la LO 16/2015, que puede colisionar con la propia jurisprudencia comunitaria. Dicho de otro modo, las consideraciones de la Sala añaden más opacidad y confusión a una materia que ya de por sí no está privada de ella, al no destacarse con mínima claridad la disposición normativa de aplicación, esto es: el Reglamento Bruselas I-*bis*, en la interpretación dada por el TJUE.

De otra parte, a pesar de la confusión normativa por la que discurre el hilo argumental de la Sala, su decisión de fondo resulta del todo adecuada, pues es precisamente aquella exigencia de cierta acreditación de la existencia de riesgos para la seguridad del Estado acreditante, no probada en el caso de autos, la que le lleva a la acertada convicción de que se trata de un trabajador ordinario para el que no puede jugar la inmunidad de jurisdicción⁸⁸. En este punto recuerda la jurisprudencia nacional sobre la consideración de los actos de *iure imperii*⁸⁹, para concluir que, conforme a ella, «la inmunidad de jurisdicción a que se refiere la norma cuestionada, no alcanza las controversias que pueda mantener con sus empleados de nacionalidad española, contratados para prestar servicios en puestos de trabajo, que no

⁸⁸ Como sostiene la sentencia, «la excepción, contemplada en el art. 10.2.d, está referida – como se ha dicho – al proceso de impugnación del despido, debiendo explicarse razonablemente, dada su naturaleza excepcional, de qué modo el proceso de impugnación de un despido de un trabajador administrativo puede poner en riesgo la seguridad del Estado de Indonesia. Nada de ello se constata en el presente caso».

⁸⁹ Así se rememora lo dicho en la STS 14 febrero 2020, rec. 82/2017, que a su vez recuerda la doctrina constitucional sobre el alcance de la inmunidad del personal diplomático, advirtiendo que la finalidad de la inmunidad de jurisdicción no es otra que la de garantizar los principios de igualdad soberana de los Estados y de cooperación pacífica, de lo que sigue la consecuencia de que un Estado soberano no puede, en principio, someter a otro Estado sin su consentimiento a la justicia de sus Tribunales. En este punto la sentencia ahora comentada insiste en la especial relevancia que cobra a tales efectos aquella distinción entre actos “*iure imperii*” y actos “*iure gestionis*”, en tanto que solo los primeros afectan realmente a la soberanía del Estado extranjero, tal como ya se señaló en la STS 25 junio 2012, cit. *Vid.* también STS rec. 195/2017, cit., rememorando la STC 107/1992, cit., STC 292/1994, cit., y STC 18/1997, cit.

suponen el ejercicio del poder público que como *ius imperii* le corresponde para el desarrollo de sus objetivos, en la medida en que se trata de meros litigios particulares que no tienen la menor incidencia en el normal desempeño de las funciones y tareas de carácter internacional que constituyen el objetivo de su actuación».

Estamos de acuerdo con la valoración del caso en cuanto a que el trabajador de autos, contratado para llevar a cabo funciones administrativas, de mantenimiento diario de la higiene y pulcritud del inventario de la oficina y colaboración en las actividades organizadas por la Embajada, es un empleado absolutamente ordinario, sin que la Embajada sobre quien pese la carga probatoria haya desplegado prueba válida alguna en sentido contrario. En efecto, no consta que el trabajo tuviese carácter confidencial y menos aún, que afectase a la seguridad de Indonesia y de su Embajada en España, a la que correspondía la carga de probar en el proceso que el demandante ocupaba un puesto de trabajo que implicaba el ejercicio de funciones de tal naturaleza. Ciertamente en la comunicación de la Embajada se hace constar que «por conocer perfectamente nuestro idioma se ha contado con sus servicios en asuntos varios de la agregaduría comercial que implicaban el conocimiento de documentos y cuestiones relevantes que pudieran afectar a la seguridad de Indonesia y a su embajada en España». Pero, como acertadamente señala la sentencia, ello no es más que una mera alegación para intentar justificar la entrada de la excepción competencial, que no se acompaña de elemento objetivo de apoyo alguno.

En resumen, aunque la sentencia de casación que comentamos inicia su *iter* argumental por el adecuado cauce de la jurisprudencia comunitaria y con todo acierto excluye de entrada de la inmunidad de jurisdicción reservada tan sólo los *acta iure imperii* – entre los que obviamente no se hallaba el supuesto enjuiciado –, posteriormente en un inexplicable quiebro argumentativo, se deja llevar por el tenor del recurso y prescinde del examen de aquel derecho de la UE a la hora de resolver concretamente la excepción que se argumentaba (la seguridad del Estado empleador, como enervante de la competencia jurisdiccional general en los *acta iure gestionis*), dejándose arrastrar por la formal denuncia de infracción normativa (art. 10.2.d, LO 16/2015) y no gestionando correctamente la vinculante legislación comunitaria, que igualmente daba respuesta a la cuestión, siquiera fuese por la vía complementaria de la jurisprudencia del TJUE (*vid.* el citado asunto *Mahamdia*).

Con independencia de la confusión de la normativa aplicable en la que la sentencia incurre, y como colofón de este comentario a la STS 29 abril 2021, se ha de señalar que a pesar de que la resolución glosada alaba el pretendido propósito de la norma estatal – LO 1212/2015 – de clarificar el alcance de

la inmunidad de jurisdicción para proteger mejor los intereses de los empleados de Embajadas y Consulados⁹⁰, lo cierto y verdad es que una lectura acompañada del Reglamento comunitario con la jurisprudencia que lo interpreta, viene a garantizar de un modo mucho más eficaz y sencillo esa pretensión tutelar. Es más, gran parte de las previsiones de la LO se presentan *prima facie* contrarias al Derecho Comunitario – y por lo tanto inaplicables –, cuando en concreto proclama que el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los procesos laborales «Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador; [...] Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España; [...] Cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador».

De todas formas, la “reticencia” que en ocasiones se aprecia en nuestra jurisprudencia a la hora de solventar las cuestiones de competencia judicial internacional, prescindiendo de resolverlas mediante la directa y exclusiva aplicación de la norma que nos obliga prioritariamente (en el caso, el Reglamento (UE) n. 1215/2012) y de la jurisprudencia que la interpreta, para centrar la resolución en nuestra genuina normativa interna, no sólo se presenta desacorde con nuestros compromisos europeos, al soslayar la primacía del Derecho comunitario, sino que – como más arriba ya se indicó – igualmente resulta distorsionadora en sumo grado, al sembrar dudas sobre la normativa a aplicar, contribuyendo así a crear zonas oscuras en materias – como la ahora tratada – que ya de por sí presentan una compleja temática e intrincada legislación reguladora.

Trabajadores españoles que prestan servicios para organizaciones internacionales con sede en España. STS 14 de febrero de 2020, rec. 82/2017

Hemos venido reiterando a lo largo de las líneas precedentes que la inmunidad de jurisdicción que se predica de los Estados no tiene exactamente el mismo fundamento – ni ubicación normativa – en el caso

⁹⁰ Se reproduce a continuación el párrafo que así lo mantiene: «Como expone el preámbulo de la LO 16/2015, son justamente estas razones las que han llevado al legislador a regular tan compleja materia, con la declarada intención de establecer con mayor nitidez los límites de la inmunidad de jurisdicción y ejecución, con la instauración de unas reglas más claras y concluyentes a tal respecto, a la vez que *más acorde a la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del personal de las Embajadas, consulados y organizaciones internacionales, en las controversias que puedan mantener con sus empleadores*».

de las organizaciones supraestatales. En estos casos, aunque el propósito de la excepción sea análogo al de los Estados, su alcance y contenido concreto ha de buscarse en los acuerdos de constitución y funcionamiento y en los llamados acuerdos de sede suscritos entre la organización y cada uno de los Estados integrante para viabilizar el establecimiento de una sede en el territorio correspondiente, en este caso el español. Así ha quedado evidenciado en la STS de 14 de febrero de 2020, rec. 82/2017, que resuelve el recurso de casación unificadora derivado de la inicial demanda formulada por una trabajadora española contra su empleadora, la ICCAT.

En concreto, la trabajadora demandante había sido contratada inicialmente por la ICCAT en 1985 para prestar servicios en su sede en España como telefonista recepcionista; en 1987 firmó un contrato temporal prorrogable por seis meses, renovado, en calidad de personal contratado por tiempo indefinido. En 1994 fue clasificada como funcionaria en la categoría de servicios generales pero para continuar desempeñando las mismas tareas y funciones que había venido desarrollando como personal contratado. A la fecha del pleito ostentaba la categoría profesional de auxiliar administrativa, sin ocupar cargo diplomático de ningún tipo, y su pretensión judicial era extinguir indemnizadamente la relación de servicios conforme al art. 50 ET. Pretensión frente a la que la Organización opone la inmunidad de jurisdicción alegando el alcance absoluto de esta conforme al Convenio de Sede suscrito entre el Estado español y la ICCAT de 29 de marzo de 1971, al art. 35.1 de la LO 16/2015⁹¹ y al carácter funcional de la relación de la demandante⁹².

⁹¹ El juzgado de lo social dictó auto en el que acogió la excepción de inmunidad de jurisdicción invocada por dicha organización internacional, y declaró la falta de jurisdicción de los órganos judiciales españoles para conocer del litigio, por entender que corresponde al Tribunal Administrativo de la OIT o al Tribunal Administrativo de Naciones Unidas. En suplicación se estima el recurso de la trabajadora y se declara que la inmunidad de jurisdicción no resulta aplicable al caso, pues del art. 35.1 de la LO 16/2015 se desprende que al tratarse de un proceso del ámbito laboral que afecta a un miembro de dicha organización internacional, esta no puede hacer valer la inmunidad porque no acredita disponer de un mecanismo alternativo de resolución de esta clase de controversias con su propio personal, por lo que el privilegio de la inmunidad jurisdiccional debe ceder en favor de la jurisdicción del Estado receptor al no estar en juego un acto de *ius imperii* de la organización internacional, sino tan solo una cuestión ordinaria de *ius gestionis*.

⁹² Ante tal planteamiento la sentencia, previo recordatorio del carácter de orden público (sustraído de la exigencia de contradicción) de la cuestión competencial, entiende que procede el estudio conjunto de los tres motivos formulados, toda vez que todos ellos confluyen en el común de la procedencia o no de estimar la inmunidad de jurisdicción, ya sea con base en el Convenio de Sede (primer motivo), ya tenga fundamento en el art. 35.1 de la LO 16/2015 (segundo motivo), ya derive de la consideración de la trabajadora como funcionaria (no laboral) de la ICCAT (tercer motivo).

Como no podía ser de otro modo, el punto obligado de partida para la resolución del pleito es la consideración de la organización en cuestión y la averiguación de su régimen jurídico y de las normas que le resultan aplicables, lo que exige la navegación por sus Estatutos reguladores. En este sentido, es imprescindible recordar que la ICCAT es una organización internacional con sede en Madrid, que fue constituida con la firma del Convenio Internacional para la conservación del atún del Atlántico el 14 de mayo de 1966, en la conferencia de Rio de Janeiro convocada bajo los auspicios de la Food and Agriculture Organization de las Naciones Unidas (FAO), por parte de los 17 países originariamente integrantes de la misma, que fue ratificado por España mediante Instrumento de 6 de marzo de 1969⁹³. En 1971 nuestro país ratificó el Convenio de Sede entre el Estado español y la ICCAT, que establece en su art. 11: «La Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico, sus bienes y haberes, dondequiera que se hallen, disfrutan de la inmunidad de jurisdicción, salvo en la medida en que la Comisión renuncie expresamente a ella en un caso determinado o si esta renuncia resultare de las cláusulas de un contrato. Queda entendido, sin embargo, que se necesitará una nueva renuncia para las medidas de ejecución».

Pues bien, a entender de la Sala el precepto reproducido no puede sustentar la pretensión de autos, toda vez que únicamente reconoce inmunidad a favor de la ICCAT, lo que no alcanza a las controversias que pueda mantener con sus empleados de nacionalidad española, contratados para prestar servicios en puestos de trabajo de carácter puramente asistencial y técnico, que no supongan el ejercicio del poder público que como *ius imperii* le corresponde para el desarrollo de sus objetivos, «en la medida en que se trata de meros litigios particulares que no tienen la menor incidencia en el normal desempeño de las funciones y tareas de carácter internacional que constituyen el objetivo de su actuación». Se recuerda, en tal sentido, que pesa sobre la organización la prueba, en su caso, de que la demandante ocupaba un puesto de trabajo que implicase atribuciones propias del poder público de la organización. Prueba no ofrecida en el caso de autos, ni tan siquiera de modo indiciario⁹⁴.

Esta convicción de inaplicación al caso de la norma reguladora de las

⁹³ En BOE, 22 abril 1969.

⁹⁴ Como aclara la sentencia, el hecho de que la demandante deba necesariamente estar acreditada como personal contratado por una organización internacional en el registro existente a tal efecto en el Ministerio de Asuntos Exteriores, no supone la atribución de ningún tipo de función especial que implique el ejercicio de poder público, sin que conste que se trate de una de las personas incluidas en la lista del cuerpo diplomático y consular acreditado en España al que esa misma documentación se refiere.

relaciones entre la organización y el Estado español, lleva a la Sala a testar la posibilidad de resolución del caso *ex art. 35, LO 16/2015*, que como se recordará regula el privilegio que nos concita respecto de los pleitos laborales formulados frente a organizaciones internacionales exigiendo para su posible alegación la acreditada disposición de un mecanismo alternativo para la resolución de las controversias con *su personal*⁹⁵. Mecanismo alternativo inexistente en este caso. No en vano, los Estatutos y el Reglamento de la ICCAT regulan el régimen jurídico de aplicación a su personal, con indicación expresa de que, «Para aquellas cuestiones no previstas de manera específica en estos Estatutos y Reglamento del Personal de ICCAT, *podrían aplicarse subsidiariamente* los Estatutos y Reglamento del Personal en vigor de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)» (art. 44). Aunque el acuerdo de colaboración entre la FAO y la ICCAT (1973) nada prevé sobre cuestiones de personal o resolución de controversias. Es cierto que para la FAO el Acuerdo de Sede firmado con nuestro país dispone mecanismos judiciales de resolución de conflictos del personal de esta organización⁹⁶, pero no consta que la ICCAT esté incluida entre los Organismos Especializados de la ONU, ni entre los Fondos, Programas y Agencias especializadas afiliadas al sistema de Naciones Unidas, ni que haya suscrito con Naciones Unidas un acuerdo para someter a aquellos instrumentos judiciales específicos las controversias con su personal⁹⁷. Y la remisión contenida en la normativa

⁹⁵ Nótese, a este respecto, que en último término la sentencia descarta la consideración de la trabajadora en cuestión como “funcionaria” de la organización en el sentido que en nuestro país se atribuye a esa condición. Aunque la cuestión no parece clave en la medida en que no puede entenderse que exista un mecanismo alternativo de solución de conflictos para el personal de la organización, sea cual sea su condición, resulta de interés el análisis que la sentencia hace sobre las diferentes concepciones de empleados que pueden barajarse a estos efectos, especialmente porque precisamente la condición de laboral de la actora es la que lleva a la aplicación de las reglas de competencia en materia laboral, lo que no arrojaría el mismo resultado de ser una prestación de servicios regida por el Derecho administrativo.

⁹⁶ En efecto, el Acuerdo Marco de Sede firmado entre el Reino de España y la FAO de 4 de abril de 2013 (en *BOE*, 29 abril 2013), que regula el Estatuto jurídico de aplicación a la sede de dicha organización internacional, dispone en su art. 23.4 que «Toda controversia que surja entre la Oficina de la FAO en España y los miembros de su personal se arreglará conforme a las disposiciones del Manual Administrativo de la FAO. Todos los miembros del personal podrán, si así lo desean y para los casos previstos en el Manual Administrativo de la FAO, solicitar el procedimiento de conciliación. Los funcionarios podrán además interponer un recurso ante el Comité de Apelaciones de la Organización en primera instancia y ante el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo o el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, según el caso, en última instancia».

⁹⁷ Por lo que no puede aplicársele el Estatuto del Tribunal Administrativo de las Naciones

interna de la ICCAT sobre la subsidiaria aplicación de los Estatutos de la FAO, no es en modo alguno automática e incondicionada, sino que se le atribuye una naturaleza puramente potestativa, con la que parece dejarse al unilateral arbitrio de la ICCAT la posibilidad de aplicar subsidiariamente la reglamentación de la FAO (“podrían” aplicarse subsidiariamente), lo que resulta a todas luces insuficiente para entender que los trabajadores disponen de un mecanismo alternativo para formular sus reclamaciones.

De nuevo, esta conclusión de inexistencia de un sistema concreto y específico alternativo para la resolución de las controversias en los procesos laborales lleva a la Sala a descartar la entrada a la inmunidad de jurisdicción *ex* LO 16/2015, lo que, a su vez, supone, a entender del Tribunal, la obligada resolución del pleito conforme a las reglas generales de competencia judicial internacional, esto es: el art. 25 LOPJ. He aquí el error argumental de la sentencia, pues la primera convicción que la llevó a entender que la inmunidad de jurisdicción formulada en el Acuerdo de Sede no era de aplicación al caso por no tratarse de un pleito de la órbita del *iure imperii* debió traducirse en la inmediata entrada del Reglamento (UE) n. 1215/2012, cuyo desplazamiento como norma rectora de la competencia internacional sólo es factible si se entiende que el litigio responde a un acto de poder público. No lo ha hecho así la sentencia ahora glosada que, en lugar de pronunciarse sobre su competencia conforme a la norma comunitaria, opta por valorar la aplicabilidad al caso de la Ley nacional (LO 16/2015), y una vez descartada la LO, por solventar el pleito vía LOPJ.

Es cierto que la solución material del caso – competencia de los tribunales españoles – es la misma *ex* LOPJ y *ex* Reglamento (UE) n. 1215/2012, pero, desde luego, este hecho no enturbia la obligación de nuestros tribunales de acudir prioritaria y preferentemente a la norma comunitaria, y sirve como nuevo botón de muestra de la incompresible reticencia del Alto Tribunal para desligarse de la norma autónoma (la LOPJ) al resolver los pleitos internacionales.

Unidas aprobado por la Asamblea General en la resolución 63/253 el 24 de diciembre de 2008, que establece en su art. 2.5 la competencia de dicho organismo para conocer de las demandas presentadas por el personal contra los organismos especializados vinculados con Naciones Unidas, así como el de otras organizaciones o entidades internacionales constituidas en virtud de un tratado y que participen en el régimen común de condiciones de servicio, «cuando exista un acuerdo especial entre el organismo la organización o la entidad de que se trate y el Secretario General de las Naciones Unidas para aceptar la competencia del Tribunal Contencioso-Administrativo, de conformidad con el presente Estatuto».

Trabajadores españoles de organizaciones de la Unión Europea con sede en España. SSTs 21 y 22 de abril de 2021, rec. 4123/2018 y rec. 2740/2018

El último bloque de sentencias al que se quiere hacer aquí mención es el conformado por las resoluciones de 21 y 22 de abril de 2021, rec. 4123/18 y rec. 2740/2018⁹⁸, en las que se discute sobre el juego de la inmunidad de jurisdicción respecto del EUIPO frente a sendas reclamaciones laborales en las que se alega la concurrencia de cesión ilegal entre el EUIPO y las empleadoras de los trabajadores en cuestión. En el primer caso la contratación del demandante, español domiciliado en Alicante, se había producido a través de Deloitte Consulting para realizar servicios de consultoría relacionados con el *Business Continuity Program* para el desarrollo de un determinado proyecto, trabajo que se realizó en los locales que el EUIPO tiene en Alicante. A esta contratación inicial siguieron otros dos contratos en las mismas condiciones⁹⁹. En el segundo caso se impugna el despido de una trabajadora que prestó servicios para la Oficina a través de sucesivas ETTs, la última adjudicataria de un contrato con dicha Oficina para la recepción del correo, preparación y numeración del mismo y la codificación de datos en relación a las demandas presentadas en la Oficina de armonización del mercado interior, marcas, dibujos y modelos (OAMI), mediante métodos manuales o electrónicos¹⁰⁰. En los dos casos, los

⁹⁸ Un comentario a esta última en J. BALLINA DÍAZ, *Los límites a la inmunidad jurisdiccional de las agencias descentralizadas de la unión europea: el caso de la Oami/Euipo: Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2021*, en *La Ley – Unión Europea*, 2021, n. 96.

⁹⁹ En este caso, en instancia se declara que la jurisdicción nacional no es competente para el conflicto existente entre el actor y el EUIPO pues esta última goza de inmunidad de jurisdicción, aunque admite su jurisdicción frente a Deloitte Consulting, remitiendo al actor ante las instituciones europeas para resolver la controversia. En suplicación se estima el recurso del trabajador al entender que resulta de aplicación al caso la regulación comunitaria de la competencia judicial internacional – Reglamento Bruselas I-*bis* –, rechazando que la Oficina demandada tenga inmunidad de jurisdicción, por no ser de aplicación al caso, como se sostuvo en instancia, el Protocolo n. 7 TFUE, relativo a los privilegios e inmunidades de la Unión, previsto para ofertar inmunidad exclusivamente a funcionarios y agentes de la Unión Europea respecto de los actos por ellos realizados con carácter oficial. Actos de carácter oficial entre los que no cabe incluir la prestación de servicios de un trabajador contratado por una empresa externa para llevar a cabo funciones concretas en el marco de un contrato de trabajo.

¹⁰⁰ La trabajadora prestó servicios para la OAMI, actual Oficina Europea de Propiedad Industrial, desde el 2 de diciembre de 2008 hasta el 31 de marzo de 2009, con la empresa Addeco ETT SA; del 1º de abril de 2009 hasta el 30 de abril de 2011 con la empresa Randstad Empleo ETT SA y, finalmente, con la empresa Juvé SA desde el 2 de mayo de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2014, siendo la última mercantil adjudicataria del señalado contrato con la OAMI. Esta empresa comunicó a la demandante su cese de la prestación de servicios para la OAMI por razones productivas (cierre del centro de trabajo), que es la

trabajadores, españoles con domicilio en España, prestaron servicios en la sede que la Oficina de la Unión tiene en Alicante, sin que el uso de empresas intermedias oscurezca la aplicación de la normativa de aplicación¹⁰¹.

Ambas sentencias inician su extensa argumentación ofreciendo una reproducción de toda la normativa objeto de posible aplicación al caso y de la jurisprudencia – constitucional, comunitaria y del TEDH – sobre la materia objeto de debate. Ello, como no podía ser de otro modo, para evaluar en primer término la normativa rectora de la organización supranacional en cuestión¹⁰², y en particular del Acuerdo de Sede entre el Reino de España y la Unión Europea (OAMI, denominada actualmente EUIPO), hecho en Madrid el 20 de septiembre de 2011¹⁰³, que reconoce inmunidad de jurisdicción tanto al personal *estatutario*¹⁰⁴ del EUIPO «respecto a los actos por ellos realizados con carácter oficial, incluidas sus manifestaciones orales y escritas; manteniéndose esta inmunidad tras el cese en sus funciones» (apartado segundo del art. 3.º)¹⁰⁵, como a la OAMI en el

que ella impugna en el pleito que ahora se comenta. En instancia se estimó la excepción de falta de jurisdicción internacional respecto de la OAMI y estimando parcialmente la demanda frente a las ETTs. En suplicación se rechaza el juego de la señalada excepción, razonando que el art. 12 del Protocolo TFUE sólo garantiza la inmunidad de los funcionarios comunitarios, como una suerte o especie de inmunidad parlamentaria, cuando estos actúan en el ejercicio o en el marco de la soberanía del Estado correspondiente y siempre con carácter oficial, lo que excluye los actos que se realizan en la esfera privada. No siendo la demandante de autos ni funcionario ni agente de la Organización.

¹⁰¹ Véase la reciente STJUE 11 noviembre 2021, asunto C-948/19, *UAB «Manpower Lit» c. E.S. y otros*, punto 63, en la que se sostiene que «El artículo 1 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19-11-2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esta Directiva la puesta a disposición del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), por parte de una empresa de trabajo temporal, de trabajadores que hayan celebrado un contrato de trabajo con dicha empresa, con el fin de realizar prestaciones laborales en dicho Instituto».

¹⁰² El EUIPO gestiona las marcas de la UE y los dibujos y modelos comunitarios registrados, ocupándose también de la colaboración con las oficinas de propiedad intelectual de los Estados miembros de la UE y con socios internacionales para que los usuarios de Europa y de todo el mundo tengan una experiencia similar al registrar sus marcas, dibujos y modelos.

¹⁰³ En *BOE*, 21 octubre 2011.

¹⁰⁴ Que es aquel personal sujeto al Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas.

¹⁰⁵ Las sentencias recuerdan que el art. 143.1 del Reglamento (UE) 2017/1001, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, que codifica el Reglamento (CE) n. 207/2009, del Consejo, dispone que se aplicarán al personal de la Oficina el Estatuto de los funcionarios, el régimen aplicable a otros agentes y las normas de desarrollo de estas disposiciones adoptadas de común acuerdo por las instituciones de la Unión, lo cual comporta que, el requisito constitutivo para la aplicación de dicha normativa, es ser

desempeño de sus actividades oficiales estrictamente indispensables para su funcionamiento técnico y administrativo, no pudiendo, dondequiera que se encuentren, ser objeto de ninguna medida coercitiva, administrativa o judicial (art. 2.2). Por tanto, los conflictos, suscitados entre el EUIPO y su personal deberán dirimirse necesariamente ante el TJUE, sin que sea admisible, de ningún modo, que se sustancien ante los tribunales nacionales. Ahora bien, esta inmunidad de la OAMI y de su personal estatutario lo es para las actividades oficiales, y por estas se entiende las estrictamente indispensables para el funcionamiento técnico y administrativo de la OAMI. Se trata, por tanto, de una inmunidad de naturaleza funcional, cuyo objetivo es impedir cualquier injerencia en su funcionamiento y en su independencia. Es decir, no se trata de una inmunidad absoluta, sino anudada exclusivamente a las actividades estrictamente oficiales¹⁰⁶. Y en cuanto a la competencia del TJUE para conocer de los litigios que puedan quedar subsumidos en esta inmunidad, se exige que concurren tres requisitos, a saber: que se trate de agentes de la UE, que se les aplique el Estatuto de funcionarios y otros agentes de la UE y que se trate de actividades oficiales del organismo y su personal (art. 270 TFUE; art. 91.1 del Reglamento n. 31 (CEE) 11 (CEEA); art. 11.a del Protocolo n. 7 TFUE)¹⁰⁷. Por tanto, en los casos de autos sólo podría alegarse la inmunidad que pretende la OAMI si se tratase de actos oficiales llevados a cabo por su personal estatutario, condición que no cumplía ninguno de los trabajadores litigantes, que tenían contratos laborales ordinarios para prestaciones de

personal del EUIPO, para lo que es obligado ostentar la condición de funcionario, agente temporal, agente contractual, consejero especial o, en su caso, de tratarse de personal externo, experto nacional en comisión de servicio o experto contratado para la realización de estudios, para lo cual se ha debido producir el nombramiento de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Funcionarios de la Unión Europea y otros agentes.

¹⁰⁶ En similares términos, el art. 11.a del Protocolo n. 7 TFUE dice que los funcionarios y otros agentes de la Unión: gozarán de inmunidad de jurisdicción respecto de los *actos por ellos realizados con carácter oficial*, incluidas sus manifestaciones orales y escritas, sin perjuicio de las disposiciones de los Tratados relativas, por una parte, a las normas sobre la responsabilidad de los funcionarios y agentes ante la Unión y, por otra, a la competencia del TJUE para conocer de los litigios entre la Unión y sus funcionarios y otros agentes. Continuarán beneficiándose de dicha inmunidad después de haber cesado en sus funciones.

¹⁰⁷ De concurrir estas circunstancias, la jurisprudencia comunitaria ha insistido en la competencia del TJUE, pero para agentes específicos, no para trabajadores ordinarios. Así, por ejemplo, pueden verse: STJUE 22 marzo 2018, asunto T-581/16, *Costas Popotas c. Defensor del Pueblo Europeo*, que afectó a un agente auxiliar, a quien se aplicaba la regulación de otros agentes; STJUE 29 junio 2018, asunto T-218/17, *HF c. Parlamento Europeo*, que resolvió también un litigio de un agente contractual para tareas auxiliares del Parlamento Europeo.

servicio en tareas comunes.

De lo expuesto resulta, por tanto, la inaplicación a los asuntos suscitados de la normativa rectora de la inmunidad de jurisdicción del Acuerdo de Sede. Lo que, de nuevo en estas sentencias, lleva a la Sala a pronunciarse sobre su encaje en las reglas de inmunidad de la LO 16/2015, que como ya se ha venido reiterando condiciona la entrada de la inmunidad de jurisdicción a los litigios laborales en el caso de las organizaciones internacionales a la existencia de un instrumento alternativo de solución del litigio, inexistente en este caso¹⁰⁸. Circunstancia excluyente de la aplicación de inmunidad a la que se suma – como explica la sentencia de 21 de abril – el hecho innegable de que la actividad laboral en cuestión carecía de ese carácter de poder público que justifica el juego de excepción de jurisdicción¹⁰⁹.

¹⁰⁸ El art. 13 del Acuerdo de Sede regula exclusivamente la solución de controversias cuando la controversia sobre interpretación o aplicación del acuerdo no pueda resolverse amigablemente, para lo cual las partes firmantes se comprometen a que su resolución de someta a una solución de arbitraje, comprometiéndose cada parte firmante a nombrar a tres miembros del Tribunal, salvo que no se produzca dicho nombramiento en el plazo de dos meses, en cuyo caso se nombrará por el Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a propuesta de cualquiera de las partes, siendo patente que, dicha opción no constituye un mecanismo alternativo de resolución de la presente controversia.

¹⁰⁹ Como se señala en la sentencia, «Tampoco cabe, como razonamos en el fundamento previo, admitir que la impugnación de un despido contra una empresa domiciliada en España, basado en la suscripción en fraude de ley de tres contratos de arrendamiento de servicios, cuya finalidad era encubrir una relación laboral con el objetivo de ceder ilícitamente al trabajador a la EUIPO, pueda conocerse por el TJUE, toda vez que el presupuesto constitutivo, para que éste asuma la competencia, es que la actuación, cuya inmunidad se pretende, esté vinculada al cumplimiento de las actividades oficiales de la EUIPO y que fuera aplicable al demandante el Estatuto de funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen de otros agentes, lo que no concurriría, de ningún modo, de acreditarse las afirmaciones de hecho de la demanda. Por lo demás, si el objeto del pleito consiste en demostrar que los contratos de arrendamiento de servicios, suscritos por el actor y Deloitte, se formalizaron en fraude de ley, para encubrir un contrato de trabajo, cuya finalidad era la cesión del demandante a la EUIPO, el conocimiento del litigio corresponde necesariamente a la jurisdicción nacional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 LOPJ, en relación con el art. 21 del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, puesto que dichos contratos se suscribieron por una empresa domiciliada en España con una persona domiciliada también en España, sin que dicha conclusión pueda enervarse por la inmunidad, disfrutada por la EUIPO, toda vez que la misma solo se despliega para aquellas actividades que sean propias de sus fines, como hemos adelantado anteriormente, lo que no sucedería aquí, si se demuestra su participación en la cesión ilegal de mano de obra denunciada con una persona a quien no sería aplicable, en ningún caso, el Estatuto de los Funcionarios de la Unión o el Régimen aplicable a otros agentes, puesto que nunca ostentó la condición de personal estatutario de la EUIPO, ni tampoco la de colaborador externo en los términos reiterados».

Conviene recordar que esta parada por la norma nacional, como ya se explicó en el apartado anterior, resulta innecesaria e improcedente, toda vez que descartada la aplicación del Acuerdo de Sede entra de lleno el Reglamento (UE) n. 1215/2012, siendo el paso siguiente la valoración preliminar del carácter *iure imperii* o *iure gestionis* de las contrataciones en liza. Y en este punto concreto resultaría a todas luces oportuna la referencia a la jurisprudencia previa – nacional y comunitaria – que extensamente se recoge en ambas sentencias sobre la necesaria incardinación de la inmunidad de jurisdicción únicamente en los pleitos de la órbita de los *iure imperii*¹¹⁰. Es más, precisamente esta indebida parada por la LO 16/2015 hace incluso que la segunda de las sentencias comentadas (la de 22 de abril) termine considerando de aplicación al caso la norma autónoma. En efecto, tras descartar que resulte de aplicación la inmunidad de jurisdicción alegada por la demandada concluye que los tribunales españoles son los competentes conforme a la LOPJ¹¹¹.

Error que no comete, sin embargo, la sentencia de 21 de abril, que adecuadamente a la hora de identificar esas reglas ordinarias de competencia judicial internacionales aplicables al pleito entiende que lo son los «arts. 20, 21 y 23 del Reglamento 1215/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, correspondiendo el conocimiento del litigio a la jurisdicción nacional,

¹¹⁰ No ha sido este, sin embargo, el recorrido por el que ha optado la Sala, que tras descartar la aplicación de la LO 16/2015 por ausencia de concurrencia del requisitos legal (mecanismo judicial alternativo), considera que el litigio vuelve a la normativa de competencia judicial internacional “ordinaria”, puesto que queda acreditado que las empresas en cuestión (las ETTS en el primer pleito y Deloitte Consulting en el segundo) y el EUIPO tienen domicilio en España, que fue siempre el lugar de prestación de servicios, que no se trata de funcionarios de la Unión (funcionarios estatutarios del EUIPO) ni de colaboradores externos del art. 3 del Acuerdo de Sede, siendo lo que se discute la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores.

¹¹¹ Así se dice «si el objeto del pleito se ciñe a resolver si los contratos suscritos por la actora con las empresas ADDECO ETT SA, RANDSTAD EMPLEO ETT SA y JOUVÉ SA están encubriendo al verdadero empresario, en este caso a EUIPO, y si fue ésta quien asumió desde el principio la condición de empleadora, dirigiendo y organizando en todo momento la actividad laboral de la actora, el conocimiento del asunto corresponde necesariamente a la jurisdicción española, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), en relación con el art. 35 LO 16/2015, toda vez que dichos contratos se suscribieron por empresas domiciliadas en España, con una persona domiciliada también en España, sin que dicha conclusión pueda enervarse por la inmunidad, disfrutada por la EUIPO, toda vez que la misma solo opera respecto a sus actividades oficiales, lo que no concurre en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala». Este planteamiento extraña toda vez que en el cuerpo de la sentencia sí se hace mención a la norma comunitaria, a la jurisprudencia que la interpreta y a la realidad de que resulta de aplicación a los litigios laborales cuando no rigen para ellos reglas especiales como las aquí evaluadas.

donde procederá determinar la naturaleza exacta de las funciones desempeñadas por el demandante, como mantuvo la STJUE 19-07-2012, C-154/11». De nuevo, la aplicación de la norma comunitaria lleva sencilla y razonablemente a la competencia de los tribunales del lugar de prestación habitual del servicio, esto es: los españoles.

4. A modo de reflexión final. La conveniente reconducción de los pleitos laborales al radio natural de acción del Reglamento (UE) n. 1215/2012

La lectura sosegada de las sentencias objeto de comentario en las líneas precedentes provoca a la par varias sensaciones contrapuestas. La primera de ellas el preocupante incremento de la alegación de la inmunidad de jurisdicción por parte de Estados y organizaciones supranacionales para esquivar el conocimiento por los tribunales españoles de los pleitos laborales ordinarios. Probablemente, parte importante de ese acrecentamiento en los últimos tiempos puede encontrar explicación en la dilatación de la posibilidad de alegación que para estos procesos judiciales se contiene en la LO 16/2015.

La segunda sensación, ahora positiva, tiene que ver con la capacidad del Tribunal Supremo para no dejarse embaucar por la excepción que nos ocupa y por su alegación por las partes demandadas. Como se ha podido comprobar a lo largo de estas páginas, nuestro Alto Tribunal tiene meridianamente claro que los procesos laborales ordinarios son ajenos a la inmunidad de jurisdicción y por tanto no pueden quedar amparados bajo su paraguas. La única duda que genera la doctrina unificadora en la materia, y con esto emerge la tercera sensación (amarga), es porque la Sala no solventa la pretensión de la inmunidad mediante la aplicación normativa que aquí se propone.

En efecto, si la inmunidad se alega por un Estado, el juez español – salvo que se trate de embajadores, agentes diplomáticos o cónsules de los Convenios de Viena en el ejercicio de sus labores de representación estatal – ha de acudir directa e inmediatamente al Reglamento (UE) n. 1215/2012, y llevar a cabo una valoración o calificación previa de la naturaleza de la prestación de servicios en liza, a fin de decidir si resulta de aplicación o no la excepción de inmunidad que la propia norma comunitaria prevé, y que se limita en la letra de la norma, y más aún si cabe en la jurisprudencia que la interpreta, a los actos estrictos de *iure imperii*, que difícilmente pueden predicarse de los contratos laborales ordinarios. Una vez hecha esa preliminar consideración, si se llega al convencimiento de la que relación no

es de poder público, el pleito se resuelve por el juego de los foros vistos del Reglamento, que tratándose de trabajadores españoles que prestan servicios en territorio nacional y demandan aquí a sus empleadores difícilmente podrán escapar a la competencia judicial de nuestros tribunales.

Por su parte, si se trata de una reclamación contra una organización supraestatal el proceso será el mismo, con la salvedad de la obligada parada previa en la regulación de la institución y en el Acuerdo de Sede correspondiente, que aunque puede variar de una a otra organización, en términos generales arrojará similar consideración de la inmunidad de jurisdicción como excepción reservada a los actos de poder público necesarios para preservar la autonomía e independencia en el funcionamiento de la organización, difícilmente conciliable con la celebración y desarrollo de contrataciones laborales ordinarias. Y una vez descartada la aplicación al caso de la normativa específica señalada, el juez estará en condiciones de retornar, confortablemente, al Reglamento comunitario y a la interpretación jurisprudencial del TJUE, absolutamente acorde y coincidente con las tesis de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Transitar de este modo por el juego de normas que rigen esta compleja materia no sólo es lo correcto jerárquicamente hablando, sino que además facilita sobremana el discurrir del camino. No en vano, la entrada del Reglamento comunitario exime al juez nacional, en la mayoría de los casos, de recorrer el tortuoso y torturante camino de desmonte argumentativo de las posibilidades legales de alegar la inmunidad de jurisdicción que en el ámbito laboral se contienen en el art. 10 de la LO 16/2015. La fórmula legal señalada casa mal en algunos puntos con la regulación comunitaria que nos obliga prioritariamente y con la propia jurisprudencia nacional (y comunitaria), y no se entiende el empeño de nuestro Tribunal Supremo por peregrinar por una norma que, ni le obliga (salvo remota inaplicabilidad del Reglamento), ni le convence.

En síntesis, resultaría más correcto y más sencillo solventar el litigio con la aplicación del Reglamento comunitario, bastando en este punto con razonar si la prestación laboral en liza supone o no acción de poder público (o en su caso riesgo para la seguridad estatal), pues si la respuesta a ese interrogante es negativa, la entrada de las reglas ordinarias de competencia judicial internacional que en él se contienen garantiza sobradamente el conocimiento del pleito por nuestros tribunales, esquivando así cualquier lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores afectados. Aunque en términos generales el refugio de la norma nacional, interna y mejor conocida, suele ser más cómodo que la sujeción a la norma supraestatal, en los pleitos que nos ocupan sucede justamente lo contrario, por lo que el acomodo a las obligaciones de jerarquía/supremacía

normativa conlleva además en este caso un complemento de seguridad que no tiene sentido evitar.

En todo caso, y salvando las incorrecciones expuestas, lo que sí debe compartirse en todo caso con las resoluciones glosadas es la valoración que en ellas se hace del alcance restringido que debe atribuirse a la inmunidad de jurisdicción, debidamente acotado también por el TEDH respecto del art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos, que regula el derecho a un proceso equitativo¹¹², por el TJUE¹¹³ y por el Tribunal Constitucional¹¹⁴. Todos estos creadores jurisprudenciales han venido insistiendo en la necesaria distinción entre actos “*iure imperii*” y actos “*iure gestionis*”¹¹⁵, y en que para que la inmunidad de jurisdicción no contravenga el derecho a la tutela judicial efectiva es imprescindible apostar por una interpretación estricta que la circunscriba únicamente a los actos del primer género (imperio)¹¹⁶.

Por tanto, y sirva esto como conclusión final, no cabe invocar la inmunidad de jurisdicción frente a nuestros tribunales cuando – sin tratarse de embajadores, cónsules o agentes diplomáticos o consulares (o personal

¹¹² En los últimos veinte años se aprecia una clara evolución en la doctrina del TEDH, plasmada en diversas sentencias, en su mayoría, respecto de reclamaciones laborales contra otros Estados y sus Embajadas. Así, en un primer momento el TEDH pareció inclinarse por una interpretación muy amplia del concepto de inmunidad de jurisdicción (STEDH 21 noviembre 2001, asunto *Fogarty vs Reino Unido*), pero en sus resoluciones posteriores fue apostando por una interpretación más estricta de la inmunidad de jurisdicción (asunto *Cudak*, cit., asunto *Wallisbauser*, cit.; STEDH 25 octubre 2016, asunto *Radunovic y otros vs Montenegro*; asunto *Naku*, cit.; STEDH 5 febrero 2019, asunto *Ndayegamiye-Mporamazina vs Suiza*). Una análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre la materia en J. BONET I PÉREZ, *La inmunidad de jurisdicción del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la relación laboral al servicio de oficinas diplomáticas*, en F. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *op. cit.*; V.E. BOU FRANCH, *Inmunidad de jurisdicción del estado extranjero en la contratación laboral (TEDH S 21 noviembre 2001)*, en *Tribunales de Justicia*, 2002, n. 11, pp. 70-76.

¹¹³ Asunto *Mahamdia*, cit. *Vid.* también las sentencias que resuelven litigios entre la Unión y sus agentes: por todas, asunto *Popotas*, cit.; asunto *HF*, cit.; STJUE 25 octubre 2018, asunto T-286/15, *KF c. Centro de Satélites de la Unión Europea (CSUE)*.

¹¹⁴ Nótese que la jurisprudencia constitucional es clara al apostar por esta interpretación estricta respecto de la inmunidad de ejecución (que sirve por analogía a la que nos ocupa). Por todas, STC 107/1992, cit., FJ 4; STC 292/1994, cit., FJ 3; STC 18/1997, cit., FJ 6; STC 176/2001, de 17 de septiembre, FJ 3. También conviene tener en cuenta la STC 107/1992, cit., que avisa contra los peligros de una indebida extensión por parte de los Tribunales ordinarios del privilegio de la inmunidad que pudiese llegar a vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto suponga una restricción del derecho del justiciable a formular acciones judiciales (también STC 140/1995, cit.). Siguiendo esta doctrina, para la inmunidad de ejecución, STS 14 febrero 2020, cit.

¹¹⁵ Por todas, STS 25 junio 2012, cit.

¹¹⁶ STS rec. 195/2017, cit.

específico de la misión) o de funcionarios o personal específico de organizaciones internacionales —, se trate de controversias laborales ordinarias entre los empleados que prestan servicios para una representación de un Estado extranjero o de una organización internacional, sin que su actividad entrañe el probado ejercicio de poderes públicos o el igualmente acreditado riesgo para la seguridad estatal o para la autonomía de la organización.

5. Bibliografía

ABRISKETA J. (2016), *Las embajadas y los consulados en el exterior: ¿bases de jurisdicción extraterritorial?*, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: gestación y contenido*, Ministerio de Asuntos Exteriores

ALONSO GARCÍA R. (2014), *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Civitas

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA P. (1994), *El estatuto internacional del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)*, en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional público y cooperación jurídica internacional*, Consejo General del Poder Judicial

ARENAS GARCÍA R. (2013), *Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n. 2, pp. 377-382

BALLINA DÍAZ J. (2021), *Los límites a la inmunidad jurisdiccional de las agencias descentralizadas de la unión europea: el caso de la Oami/Enipo: Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2021*, en *La Ley – Unión Europea*, n. 96

BLANCO-MORALES LIMONES P., GARAU SOBRINO F.F., LORENZO GUILLÉN M.L., MONTERO MURIEL F.J. (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Aranzadi, 2016

BONET I PÉREZ J. (2013), *La inmunidad de jurisdicción del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la relación laboral al servicio de oficinas diplomáticas*, en F. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons

BOU FRANCH V.E. (2002), *Inmunidad de jurisdicción del estado extranjero en la contratación laboral (TEDH S 21 noviembre 2001)*, en *Tribunales de Justicia*, n. 11, pp. 70-76

CAMPUZANO DÍAZ B. (2014), *Las normas de competencia judicial internacional del reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 28, pp. 1-35

- CARRILLO ZAMORA M. (2017), [*La inmunidad de las organizaciones internacionales: límites e implicaciones sobre el proyecto de responsabilidad de las organizaciones internacionales de la Comisión de Derecho Internacional*](#), Universidad Complutense de Madrid
- CASTELLANOS RUIZ E., RODRÍGUEZ RODRÍGO J. (2006), [*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles \(arts. 36 a 39 LEC\)*](#), en *InDret*, n. 3, pp. 7-12
- DE MIGUEL ASENSIO A. (2013), *El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones*, en *Diario La Ley*, n. 8013, pp. 1-4
- DICKINSON A., LEIN E. (eds.) (2015), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press
- FERNÁNDEZ NIETO L.A. (2015), [*El personal laboral de la administración del estado en el exterior*](#), Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia
- FERRER LLORET J. (2007), [*La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España*](#), en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 23, pp. 3-61
- FOTINOPOULOU BASURKO O. (2016), *La inmunidad de jurisdicción y los contratos de trabajo en la LO 16/2015*, en *Revista de Derecho Social*, n. 73, pp. 69-86
- GARCÍA MURCIA J., MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. (2002), *La nueva regulación de la competencia judicial en materia contractual en el ámbito comunitario*, en *Aranzadi Social*, n. 5
- GASCÓN INCHAUSTI F. (2008), *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Aranzadi
- GUTIÉRREZ ESPADA C. (2016), [*Sobre la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre*](#), en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2, pp. 5-33
- GUTIÉRREZ ESPADA C. (2011), [*La adhesión española \(2011\) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes \(2005\)*](#), en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2, pp. 145-169
- GUZMÁN ZAPATER M. (2013), *Contrato de trabajo celebrado por Embajadas y competencia judicial internacional*, en *Revista General de Derecho Europeo*, n. 29
- GUZMÁN ZAPATER M. (2013), *Los contratos de personal laboral por Embajadas ante el Tribunal de Justicia de la UE*, en F. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons
- GUZMÁN ZAPATER M. (1985), [*El artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*](#), en *Revista de Instituciones Europeas*, n. 2, pp. 399-426

- JUÁREZ PÉREZ P. (2021), *Los difusos contornos de la inmunidad de jurisdicción en el ámbito del contrato individual de trabajo (STSJ de Madrid de 13 de julio de 2020)*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2, pp. 806-818
- JUÁREZ PÉREZ P. (2013), *De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012, Mahamdia c. República de Argelia*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, pp. 254-272
- JUÁREZ PÉREZ P. (2002), *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial*, Comares
- LOUSADA AROCHENA J.F., RON LATAS R.P. (2013), *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova
- MADALENA SOLIMANO S., ALVAREZ DE BETOLAZA L. (2017), *Trabajadores de embajadas: algunos aspectos procesales y sustanciales de interés*, en *Revista Derecho del Trabajo*, n. 16, pp. 157-170
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. (2017), *Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 132, pp. 79-110
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. (2006), *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova
- OLIVA IZQUIERDO A. (2016), *La inmunidad de jurisdicción y ejecución en el derecho laboral español: su relación con el artículo 7 de la Convención de Viena de 1961*, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: gestión y contenido*, Ministerio de Asuntos Exteriores
- ORTIZ VIDAL M.D. (2015), *La competencia judicial en el contrato de trabajo internacional: el Reglamento Bruselas I-Bis*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 1, pp. 73-87
- PEREA UNCETA J.A. (2012), *La inmunidad de jurisdicción de los estados: un nuevo caso en la jurisprudencia alemana y comunitaria (asunto Ahmed Mahamdia contra República Argelina)*, en *Diario La Ley*, n. 7955, pp. 1-11
- RODRÍGUEZ BENOT A. (1991), *Algunos aspectos de la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo: Derecho español y Convenios de Bruselas y Lugano*, en *La Ley – Comunidades Europeas*, n. 69, pp. 2-3
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L.I. (1990), *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Civitas
- SERRANO GARCÍA M.J. (2011), *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales. La conversión del convenio de Bruselas y del convenio de roma en reglamentos comunitarios*, Reus
- VIRGOS SORIANO M., RODRÍGUEZ PINEAU E. (1999), *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, McGraw Hill

WAUTELET P. (2013), *Clauses d'élection de for et procédures concurrentes. Les innovations du Règlement 1215/2012*, Université de Liège

WEBB P. (2019), *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes*, Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 19-07326 (S)

La coordinación comunitaria de Seguridad Social: desafíos para el año 2022*

Ángela MARTÍN-POZUELO LÓPEZ**

RESUMEN: Una vez producido el Brexit, otras cuestiones empiezan a acaparar la atención de las instituciones europeas. En este estudio se hará referencia a dos de los principales desafíos a los que se enfrenta la coordinación europea en el año 2022 desde el punto de vista de la ley aplicable a la relación de afiliación: 1) la proliferación del trabajo en varios Estados miembros frente a los desplazamientos temporales de trabajadores; 2) la posible consolidación del teletrabajo como nueva forma de prestación transnacional de servicios. Ambos desafíos son consecuencia de los cambios en el paradigma de la movilidad tradicional en el trabajo. Sin embargo, solo el primero ha sido abordado por el TJUE y la propuesta de reforma de las normas de coordinación, siendo el teletrabajo el gran olvidado... por ahora.

Palabras clave: Reglamentos de coordinación, propuesta de reforma, prestación de servicios en varios Estados, teletrabajo transnacional, nómadas digitales.

SUMARIO: 1. Introducción: panorámica actual de la coordinación europea. 2. El sistema de normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación. 3. La proliferación del trabajo en varios Estados miembros. 3.1. Causas y consecuencias de este fenómeno. 3.1.1. La jurisprudencia reciente del TJUE. 3.1.2. La propuesta de reforma de los Reglamentos de coordinación. 4. El teletrabajo como nueva forma de prestación transnacional de servicios. 4.1. La determinación de la ley aplicable al teletrabajo. 4.1.1. El supuesto de teletrabajo permanente. 4.1.2. El supuesto de teletrabajo temporal: las particularidades derivadas de la Covid-19. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

* Artículo realizado en el marco del Grupo de investigación sobre transformaciones del derecho del trabajo y protección social – LABORUM3.0 (GIUV2013-043), de la Universitat de València.

** Profesora Ayudante Doctora, Universitat de València (España).

EU Regulations on Social Security Coordination: Challenges for the Year 2022

ABSTRACT: Once Brexit is already done, European institutions are drawing attention to other issues. This study will refer to two of the main challenges that European coordination faces in 2022 from the point of view of the law applicable to the insurance obligation: 1) the increase in the number of cases of pursuit of activities in several Member States versus posting of workers; 2) the potential consolidation of telework as a new form of transnational provision of services. Both challenges result from the latest paradigm shift in labour mobility. However, only the first one has been addressed by the CJEU and the revision proposal of the coordination rules, while telework has been forgotten... until now.

Key Words: EU coordination regulations, revision proposal, pursuit of activities in more States, cross-border telework, digital nomads.

1. Introducción: panorámica actual de la coordinación europea

Por todos es sabido el origen eminentemente económico de la Unión Europea, constituyendo éste el centro de todo su sistema normativo desde 1951, año de creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Con la consecución de un mercado común en mente, el Tratado de Roma ya reconoció la necesidad de dotar a los trabajadores (por cuenta ajena y propia) de libertad de circulación para poder lograr este objetivo. Posteriormente, con la creación de la Unión Europea en 1992, se instauró la ciudadanía europea, confiriendo el derecho a la libre circulación y residencia en el seno de la Unión a todos los ciudadanos europeos y no solo a los trabajadores¹. Así pues, la libre circulación ha jugado un papel esencial en la construcción europea desde muy temprano, llegando a ostentar actualmente la categoría de derecho fundamental en el Derecho originario (arts. 21 TFUE y 45.1 CDFUE, para todos los ciudadanos, y arts. 45.1 TFUE y 15.2 CDFUE, para los trabajadores).

Sin embargo, el mero reconocimiento de esta libertad no era suficiente para que los ciudadanos europeos quisieran ejercitarla. Para ello, era necesario garantizar, en lo posible, que su situación en materia de Seguridad Social (y la de sus familiares) no se vería perjudicada por la movilidad. Con esta finalidad, el Tratado de Roma incorporó, en su art. 51, algunas medidas en esta materia (actualmente recogidas en el art. 48 TFUE), tendentes a garantizar a los trabajadores migrantes, tanto los derechos adquiridos como en curso de adquisición: básicamente, garantizar la acumulación de periodos trabajados para adquirir, conservar y calcular las prestaciones sociales; y garantizar el pago de las prestaciones de los residentes en otro Estado miembro. En desarrollo de este precepto, se aprobaron las primeras normas comunitarias de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social: los Reglamentos n. 3/58 y n. 4/58 (unos de los primeros reglamentos comunitarios, lo que destaca la importancia de la materia en ellos regulada)².

En la actualidad, las normas europeas de coordinación se encuentran en el

¹ Asimismo, no cabe olvidar que, mediante el Tratado de Ámsterdam (1997), se extendió este derecho a los nacionales de terceros países titulares de un derecho de residencia legal.

² El TJUE ha señalado en repetidas ocasiones que los Reglamentos de coordinación «tienen como fundamento, marco y límite los artículos 48 al 51 del Tratado (actuales artículos 45 a 48 del TFUE)». Por todas, STJUE 15 julio 1964, asunto 100/63, *J.G. van der Veen, vinda J. Kalsbeek c. Bestuur der Sociale Verzekeringsbank y otras nueve sentencias*, punto 84; STJUE 21 octubre 1975, asunto 24/75, *Teresa y Silvana Petroni c. Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS), Bruxelles*, punto 11; STJUE 24 noviembre 1975, asunto 50/75, *Caisse de pension des employés privés c. Helga Massonet*, punto 9.

Reglamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, desarrollado por el Reglamento (CE) n. 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) n. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, ambos en vigor desde el 1º de mayo de 2010.

La importancia de estas normas no ha parado de crecer desde su primera versión. En atención al último [Annual Report on Intra-EU Labour Mobility 2020](#) de la Comisión Europea disponible (datos de 2019), la movilidad en el seno de la UE continúa incrementándose año tras año, aunque a una velocidad menor (sobre todo, por el descenso de movilidad respecto de Reino Unido). En el año 2017, hubo cerca de 17 millones de ciudadanos europeos residiendo en un país diferente al de su nacionalidad (según datos de Eurostat), de los cuales, 9,5 millones se encontraban empleados o en búsqueda de empleo. En el año 2019, estos datos se han incrementado hasta los 17,9 y 9,9 millones, respectivamente. Más del 74% de estos desplazamientos se destinan a solo cinco Estados miembros, siendo estos, mayoritariamente, Reino Unido y Alemania y, en menor medida, Francia, Italia y España. Por su parte, los principales emisores de ciudadanos móviles son Rumanía, Polonia, Italia, Portugal y Bulgaria, concentrando cerca del 58% de los desplazamientos.

Como puede observarse, cada vez son más las personas que se encuentran potencialmente incluidas en el ámbito de aplicación de las normas europeas de coordinación y es previsible que esta tendencia se mantenga estable, sobre todo, una vez sea superada la crisis sanitaria mundial actual.

Es oportuno recordar aquí que los Reglamentos de coordinación, como su nombre indica, no tienen por objetivo la armonización de las legislaciones nacionales de Seguridad Social sino su coordinación, es decir, no afectan a la normativa interna de cada Estado. Sin embargo, la aplicación de estas normas tiene importantes consecuencias en el nivel de protección de los migrantes, pues se encargan, entre otras cuestiones, de determinar la ley aplicable a las relaciones de afiliación-cotización y de protección³.

La importancia de estas normas, garantes de la libre circulación, se ha visto plasmada claramente en el proceso de salida de Reino Unido de la Unión Europea. El primer ministro David Cameron reclamó en numerosas ocasiones restringir el derecho a la libre circulación de personas en el seno de la Unión para combatir el denominado “turismo social”, esto es, para

³ I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pp. 100-107 y doctrina clásica ahí citada.

evitar la movilidad de personas (especialmente, las más desfavorecidas) hacia aquellos lugares donde las prestaciones sociales son más generosas, propiciando un “efecto llamada” hacia dicho Estado «por su atrayente sistema de bienestar social»⁴. Estas reivindicaciones británicas fueron el motor de una propuesta de reforma del Reglamento (UE) n. 492/2011⁵ – que, debido al Brexit, finalmente no vio la luz – y un conjunto de polémicas sentencias del TJUE⁶.

A pesar de la culminación del Brexit, el trasfondo de los problemas vinculados a esta situación sin precedentes en la construcción europea ha influido, en gran medida, en el contenido de la propuesta de reforma de las normas de coordinación de la Comisión Europea, de diciembre de 2016⁷. Muestra de ello es que los principales temas abordados fueron, precisamente, los más apremiantes para Reino Unido⁸.

Si bien el Brexit ha supuesto un gran reto para la coordinación europea en los últimos años, una vez producido éste con plenos efectos⁹, existen otras cuestiones que empiezan a acaparar la atención de las instituciones europeas. En particular, dos de los principales desafíos a los que se enfrenta la coordinación europea en el año 2022, desde el punto de vista de la ley aplicable a la relación de afiliación, ambos consecuencia de los cambios en el paradigma de la movilidad tradicional en el trabajo, son: 1) la proliferación del trabajo en varios Estados miembros frente a los desplazamientos

⁴ C. GARCÍA DE COTÁZAR Y NEBREDA, *“Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit”*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2015, n. 3, p. 43.

⁵ Incorporada en la Decisión del Consejo Europeo, sobre nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea, de los días 18 y 19 de febrero de 2016.

⁶ STJUE 19 septiembre 2013, asunto C-140/12, *Pensionsversicherungsanstalt c. Peter Brey*; STJUE 11 noviembre 2014, asunto C-333/13, *Elisabeta Dano y Florin Dano c. Jobcenter Leipzig*; STJUE 15 septiembre 2015, asunto C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Nazifa Alimanovic y otros*; STJUE 25 febrero 2016, asunto C-299/14, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. Joanna García-Nieto y otros*; STJUE 14 junio 2016, asunto C-308/14, *Comisión Europea c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*.

⁷ [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento \(CE\) n. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento \(CE\) n. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), 13 diciembre 2016, COM(2016)815 final (en adelante, propuesta de reforma o, simplemente, propuesta).

⁸ C. GARCÍA DE COTÁZAR Y NEBREDA, *El brexit en el ámbito de la coordinación de regímenes de Seguridad Social*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, n. 49, pp. 22-23.

⁹ Sobre el régimen vigente tras la salida de Reino Unido de la UE, plasmado en dos Acuerdos internacionales (Acuerdo de Retirada y Acuerdo de Comercio y Cooperación), *cf.*: Á. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *Los efectos del Brexit en la coordinación en materia de Seguridad Social: del régimen privilegiado del Acuerdo de Retirada a la coordinación limitada del Acuerdo de Comercio y Cooperación*, en *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 2021, n. 2.

temporales de trabajadores (cuestión abordada por la citada propuesta de reforma y por el TJUE); 2) la posible consolidación del teletrabajo como nueva forma de prestación transnacional de servicios (problemática todavía pendiente de resolución).

2. El sistema de normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación

Los Reglamentos europeos de coordinación resultan aplicables a aquellos países en los que se ha instaurado el derecho a la libre circulación, es decir, son aplicables a los diferentes Estados miembros de la Unión Europea (ya sin Reino Unido), los países integrantes del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y Suiza.

Los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito de aplicación son, principalmente, los nacionales de alguno de los Estados miembros (de conformidad con su legislación nacional), así como los apátridas y refugiados residentes en alguno de estos países, siempre que, en los dos casos, estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros¹⁰. Con independencia de la nacionalidad del trabajador, para que sean de aplicación estas normas supranacionales, debe cumplirse el denominado requisito de transnacionalidad, esto es, solo se aplicarán estas normas cuando se encuentren involucrados, al menos, los sistemas nacionales de Seguridad Social de dos Estados miembros¹¹.

Como ya se ha anticipado, una de las principales funciones de estas normas es determinar el sistema nacional de Seguridad Social donde una determinada persona debe afiliarse y, en su caso, cotizar (relación de afiliación-cotización). A esta compleja tarea se dedica el Título II del Reglamento (CE) n. 883/2004 (arts. 11-16), cuyas reglas forman un sistema completo y uniforme de normas de conflicto tendente a solventar los conflictos de leyes, tanto positivos como negativos, que puedan originarse por el ejercicio del derecho a la libre circulación en el ámbito comunitario¹².

¹⁰ Además, mediante el Reglamento (UE) n. 1231/2010, se amplió el ámbito subjetivo de aplicación de estas normas de coordinación también a determinados nacionales de terceros países. Así, también es posible la aplicación de estas normas a los nacionales de terceros países que acrediten su situación administrativa regular en un Estado miembro (residencia legal). Cfr. AA.VV., *Normativa de la UE e internacional de coordinación*, en AA.VV., *Memento Práctico. Contrato de Trabajo 2020-2021*, Lefebvre, 2020, marginal 6859.

¹¹ *Ibidem*, marginal 6851.

¹² Por todas, asunto *Massonet*, cit., y STJUE 12 junio 1986, asunto 302/84, *A.A. Ten Holder c. Dirección de la Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*. Acerca del debate de la verdadera

El objetivo final de estas reglas es garantizar que siempre haya una legislación competente, y solo una, a estos efectos (principio de unicidad de ley aplicable).

El Título II del Reglamento (CE) n. 883/2004 proclama una regla general para los trabajadores (tanto por cuenta ajena como por cuenta propia), una serie de reglas particulares, una regla subsidiaria del sistema y, finalmente, una cláusula de escape de todas las reglas anteriores.

En primer lugar, el art. 11.3.a del Reglamento (CE) n. 883/2004 establece, como regla general, la competencia de la legislación del Estado miembro donde se ejerza la actividad (*lex loci laboris*). En atención a la jurisprudencia europea, este lugar de ejercicio coincide con el lugar concreto en el que la persona realiza los actos relacionados con su actividad¹³.

En segundo lugar, sin perjuicio de esta regla general, el Título II del Reglamento (CE) n. 883/2004 incluye una serie de reglas que matizan o excepcionan la competencia de la *lex loci laboris* para determinadas situaciones particulares (considerando 18 del Reglamento (CE) n. 883/2004), destinadas a evitar obstáculos al ejercicio del derecho a la libre circulación¹⁴. Los colectivos a los que se les dedican estas normas particulares son los siguientes: funcionarios (art. 11.3.b); personas llamadas o vueltas a llamar al servicio militar o civil (art. 11.3.d); trabajadores del mar (art. 11.4); miembros de tripulación de vuelo o de cabina (art. 11.5); trabajadores desplazados temporalmente (art. 12); trabajadores que prestan sus servicios en dos o más Estados miembros normalmente (art. 13); y agentes contractuales de la Unión Europea (art. 15).

En tercer lugar, el art. 11.3.e determina la competencia de la legislación del Estado miembro de residencia a falta de otra regla aplicable (*lex loci domicilii*), erigiéndose así, como la regla subsidiaria del sistema¹⁵.

En último lugar, el art. 16 del Reglamento (CE) n. 883/2004 incorpora una cláusula de escape que permite excepcionar las reglas anteriormente señaladas (arts. 11-15), por acuerdo de «dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades». El motivo de la incorporación de esta

existencia de conflicto de leyes en materia de Seguridad Social, véase Á. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*, Tirant lo Blanch, 2022 (en prensa), y doctrina ahí citada.

¹³ STJUE 27 septiembre 2012, asunto C-137/11, *Partena ASBL c. Les Tartes de Chaumont-Gistoux SA*, punto 57.

¹⁴ Por todas, STJUE 17 mayo 1984, asunto 101/83, *Raad van Arbeid contra P.B. Brusse*, punto 16; STJUE 4 octubre 2012, asunto C-115/11, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe sp. z o.o. c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych*, punto 31.

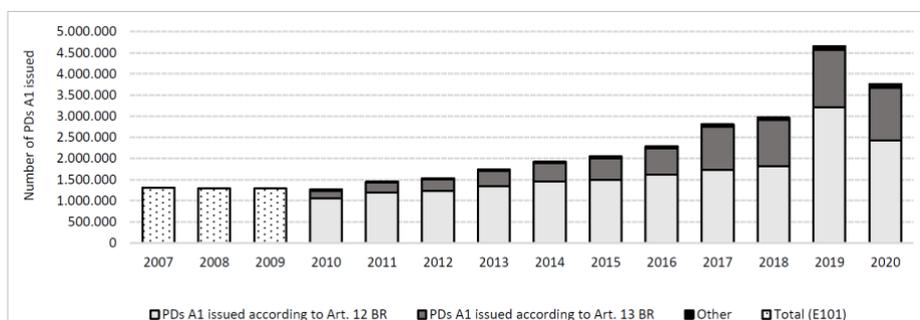
¹⁵ STJUE 8 mayo 2019, asunto C-631/17, *SF c. Inspecteur van de Belastingdienst*.

regla de cierre se debe a la elevada rigidez que presenta el sistema de normas de conflicto previsto en el Título II, sistema cuya aplicación sin matizaciones, en determinados casos singulares, podría perjudicar a los migrantes que trata de proteger.

3. La proliferación del trabajo en varios Estados miembros

En los últimos años, los documentos portátiles A1¹⁶ emitidos sobre la base del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004 han aumentado de manera considerable. Este incremento se ha producido, sobre todo, a partir del año 2017, llegando a duplicar su cuantía en pocos años. El principal “culpable” de este incremento ha sido un único país: Polonia¹⁷. No obstante, los A1 emitidos *ex art.* 12, Reglamento (CE) n. 883/2004 (desplazamientos temporales de trabajadores), siguen siendo ampliamente superiores (2,4 millones frente a 1,24 millones, respectivamente, en 2020)¹⁸. Así lo recoge el informe sobre estos documentos que se emite anualmente, el último, relativo al año 2020¹⁹.

Gráfico 1 – Evolución del número de PDs A1 emitidos, por tipo (2007-2020)



Fuente: F. DE WISPELAERE, L. DE SMEDT, J. PACOLET, [Posting of workers. Report on A1 Portable Documents issued in 2020](#), European Commission, 2022, p. 12 (datos procedentes del Cuestionario de documentos PD A1 de 2021 y años anteriores).

Pese a ello, los efectos de la pandemia en el número de A1 emitidos ha sido

¹⁶ Documentos que señalan la ley aplicable en materia de Seguridad Social.

¹⁷ Casi 400.000 en 2020 (un 32,2% del total), lo que ha supuesto un incremento del 3% respecto del año 2019.

¹⁸ El Estado miembro a la cabeza de la emisión de estos certificados es Alemania (1.3 millones).

¹⁹ F. DE WISPELAERE, L. DE SMEDT, J. PACOLET, [Posting of workers. Report on A1 Portable Documents issued in 2020](#), European Commission, 2022.

ampliamente mayor en el caso de los desplazamientos de trabajadores. Así, mientras que los PD A1 *ex art. 12* se han reducido en un 24%, los PD A1 *ex art. 13* solo lo han hecho en un 9%. Una explicación de esta menor reducción puede encontrarse en los sectores clave en los que se emiten: mientras que varios sectores relevantes en materia de desplazamientos de trabajadores se paralizaron por completo debido a las restricciones sanitarias²⁰, el transporte de mercancías por carretera ha sido un sector que ha continuado sus actividades, siendo el que más recurre a los PD A1 sobre la base del art. 13. Asimismo, también es interesante apuntar que, a pesar de esta reducción producida en 2020, los A1 emitidos en este año siguen superando en número a los del año 2018 y anteriores.

En cualquier caso, el volumen de trabajo de las personas cubiertas por el art. 13 (en equivalentes a tiempo completo) es muy superior al volumen de trabajo de las personas cubiertas por el art. 12 (debido al límite temporal de 24 meses que opera en estos últimos casos)²¹; concretamente, en el año 2020, un equivalente de 0,5% frente a un 0,2% del total de empleados en la UE²².

3.1. Causas y consecuencias de este fenómeno

3.1.1. La jurisprudencia reciente del TJUE

El mayor recurso a las reglas de conflicto del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004, mucho más flexibles que la del art. 12 (no tiene límite temporal, entre otras cuestiones), ha sido visto con recelo por parte de las instituciones europeas. Y con motivo. Un ejemplo ilustrativo del porqué de esta desconfianza puede verse en las sentencias del TJUE dictadas en torno al modo de proceder de la empresa Format.

Format es un subcontratista de obras que ejerce sus actividades en determinados Estados miembros. Su *modus operandi* 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 a realizar. Esta empresa no ejercía actividad significativa en Polonia, por lo que imposibilitaba la aplicación de la regla prevista para los desplazamientos temporales de trabajadores del

²⁰ Los sectores más relevantes para los desplazamientos de trabajadores en 2020 han sido la industria y la construcción.

²¹ La duración media fue de unos 100 días por A1 expedido en virtud del art. 12, alcanzando la duración media de casi 300 días por A1 emitido al amparo del art. 13.

²² F. DE WISPELAERE, L. DE SMEDT, J. PACOLET, *op cit.*, p. 14.

art. 12 del Reglamento (CE) n. 883/2004²³.

Ante esta situación, Format alegó la aplicación de la regla del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004, prevista para la prestación de servicios en varios Estados miembros. La importancia de esta alegación es fundamental. De entender aplicable la regla general *lex loci laboris*, por no ser de aplicación ninguna regla especial, la ley aplicable en materia de Seguridad Social a los trabajadores de Format sería la legislación francesa. Sin embargo, aplicando lo dispuesto en el art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004, la competencia la tendría la legislación de Seguridad Social polaca.

Desde el punto de vista empresarial, este cambio de ley aplicable puede suponer una diferencia en los costes sociales muy relevante. Concretamente, estudios realizados en este particular señalan que los costes en materia de Seguridad Social a cargo de la empresa pueden alcanzar el 32,6% de la retribución total de la persona contratada en Francia, mientras que esta cifra cae hasta el 18,4% en el caso de Polonia²⁴. En definitiva, la aplicación de la regla general o la especial del art. 13 deviene un asunto de suma relevancia económica para el empleador.

Esta cuestión acabó ante el TJUE en dos ocasiones para esclarecer esta situación: la primera, en 2012, en el citado asunto *Format* y la última, en 2021, en el asunto *Format II*²⁵.

En el primer asunto, el Sr. Kita prestó servicios para Format en el marco de sucesivos contratos de trabajo. En cada uno de ellos se especificaba

²³ La regla especial del desplazamiento de trabajadores permite la prestación de servicios en un Estado miembro con el coste social de otro, pues la legislación aplicable a la relación de afiliación-cotización continuará siendo, temporalmente, la del Estado miembro de envío y no del de destino. Recordemos que los requisitos para que pueda aplicarse esta regla son cinco: 1) debe existir una relación directa (de subordinación y dependencia) entre el trabajador enviado y la empresa empleadora de envío durante todo el tiempo que dure el desplazamiento (requisito orgánico); 2) el empleador del trabajador enviado debe ejercer normalmente sus actividades en el Estado miembro de envío; este requisito se entiende cumplido cuando la empresa realice normalmente actividades sustanciales, distintas de la mera gestión interna, en el territorio del Estado miembro de establecimiento (requisito organizativo); 3) la duración previsible del trabajo para cuya realización se envía al trabajador al Estado de destino no debe exceder de veinticuatro meses (duración máxima); 4) el trabajador enviado debe estar sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa que lo emplea esté establecida inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo (aseguramiento previo); 5) el trabajador en cuestión no puede ser enviado en sustitución de otra persona previamente enviada (prohibición de sustitución).

²⁴ Datos de 2018. Cfr. Ó. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *Desplazamiento de trabajadores en la UE: análisis de la situación actual y combinación metodológica para el estudio prospectivo de la Directiva (UE) 2018/957*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2019, p. 81.

²⁵ STJUE 20 mayo 2021, asunto C-879/19, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe c. Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie*.

como lugar de trabajo el territorio de varios Estados miembros. Sin embargo, en la práctica, el trabajador únicamente trabajó, durante cada uno de esos contratos, en el territorio de uno de esos Estados (primero Francia y luego Finlandia). Cuando finalizaba el trabajo en el Estado en cuestión, la empresa concedía un permiso no retribuido al trabajador y, posteriormente, se resolvía anticipadamente el contrato de común acuerdo.

Sobre la base de estos hechos, el TJUE descartó que pudiera considerarse al Sr. Kita como un trabajador que ejercía normalmente una actividad en el territorio de dos o más Estados miembros. Y ello a pesar del contenido literal de los contratos de trabajo. Sobre esta cuestión, el Tribunal de Luxemburgo aprovechó la ocasión para matizar que, si bien es cierto que la descripción de la naturaleza del trabajo que conste en los documentos contractuales tiene gran relevancia a la hora de determinar la ley de Seguridad Social aplicable, si se desprende de factores relevantes distintos de estos documentos que la situación del trabajador es, de hecho, distinta a la que se describe documentalmente, la obligación de aplicar correctamente los Reglamentos de coordinación, debe llevar a la institución competente a basar sus conclusiones en la situación real.

En el segundo asunto, en cambio, el trabajador interesado prestó sus servicios, de manera alterna, primero en Francia (durante 13 meses), posteriormente en Reino Unido (durante dos meses), y, finalmente, de nuevo en Francia (durante dos años, aproximadamente). En esta ocasión, Format volvió a solicitar la aplicación de la legislación de Seguridad Social polaca sobre la base de las reglas previstas en el art. 14.2 del Reglamento (CEE) n. 1408/71 (actual art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004). Sin embargo, las autoridades polacas denegaron su petición, dando comienzo a un litigio que llegó de nuevo ante el TJUE.

La respuesta, en este otro caso, no se podía basar en los mismos fundamentos que el anterior, pues estamos ante una verdadera prestación de servicios que se realiza en más de un Estado. Sin embargo, la pregunta a la que respondió el Tribunal europeo esta vez es si esa prestación de servicios de dos meses en Reino Unido (cuando todavía formaba parte de la UE), es suficiente para entender aplicable la regla especial del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004.

La conclusión a la que llega el Tribunal es negativa, dado que el trabajador en cuestión «efectuó la casi totalidad de su actividad por cuenta ajena en el territorio de un único Estado miembro» (en este caso, Francia), por lo que el ejercicio de una actividad por cuenta ajena en el territorio de un solo Estado miembro constituye el régimen normal del interesado. En efecto, casi el 95% del total de la actividad del empleado se realizó en el mismo Estado (Francia), realizando solo el 5% en Reino Unido.

Como puede deducirse de lo visto hasta el momento, cuando se prestan servicios en alternancia en diferentes Estados miembros, determinar correctamente si procede la aplicación de la *lex loci laboris* o alguna regla especial (concretamente, la del desplazamiento temporal, art. 12, o la del trabajo en varios Estados, art. 13), puede llegar a ser un verdadero quebradero de cabeza, problema que la doctrina científica ya venía apuntando²⁶.

No obstante, la sentencia del TJUE no se limitó a señalar lo anterior, sino que dio un paso más. Así, el Tribunal estableció una especie de límite temporal para la aplicación de la regla del art. 13, con la finalidad de interpretar de manera coherente el régimen previsto en este precepto con el establecido en la regla general *lex loci laboris* y en la regla especial de los desplazamientos temporales. De manera específica, el Tribunal de Luxemburgo indicó que «debe considerarse que una persona que ejerce, durante períodos sucesivos de trabajo, una actividad por cuenta ajena en diferentes Estados miembros, ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros [...] siempre que la duración de los períodos ininterrumpidos de trabajo efectuados en cada uno de esos Estados miembros no exceda de doce meses», pues solo esa interpretación puede evitar la elusión de la regla general²⁷.

Con este límite jurisprudencial, parece que el TJUE ha buscado limitar el recurso a la regla del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004 cuando, por el incumplimiento del requisito temporal, no podría aplicarse la regla especial del art. 12 de esta norma, y, por tanto, resultaría aplicable la *lex loci laboris*. Así pues, en atención a este pronunciamiento, para poder aplicar la regla del art. 14.2.b del Reglamento (CEE) n. 1408/71, constituye un requisito necesario que el trabajador cambie de Estado miembro de empleo, como mínimo, cada 12 meses²⁸.

²⁶ J.-P. LHERNOULD, *Les règlements coordonnant les systèmes nationaux de sécurité sociale : nouvelles lignes de force et points de rupture. À propos de la proposition de la Commission du 13 décembre 2016*, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2018, n. 1, versión electrónica, p. 9.

²⁷ Esta conclusión fue defendida por el Abogado General Mazák y la Comisión Europea en el marco del asunto *Format*, cit.

²⁸ Sobre este límite temporal cifrado en 12 meses, debe señalarse que este coincide con el periodo indicado en el Reglamento (CEE) n. 1408/71 para el desplazamiento temporal de trabajadores (sin perjuicio de la posibilidad de pactar una prórroga). Sin embargo, el actual Reglamento (CE) n. 883/2004 amplió esta duración previsible máxima de los 12 a los 24 meses, ampliación que deberá tenerse en cuenta para aplicar esta doctrina en el marco de los nuevos Reglamentos de coordinación. Cfr. L. DRIGUEZ, *Exercice d'une activité salariée dans plusieurs États membres. Note CJUE, 20 mai 2021, aff. C-879/19, FORMAT*, en *Europe*, 2021, n. 7, versión electrónica.

3.1.2. La propuesta de reforma de los Reglamentos de coordinación

Como ya se ha avanzado en la introducción, en diciembre de 2016, la Comisión Europea presentó una propuesta de actualización de los Reglamentos europeos de coordinación, dando inicio con ella al procedimiento legislativo ordinario regulado en el art. 294 TFUE.

Por el momento, esta propuesta no ha sido formalmente aceptada ni rechazada, pero se han producido importantes modificaciones en el texto inicial a lo largo de todo el periodo de tramitación. El 19 de marzo de 2019, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, alcanzaron un Acuerdo Provisional parcial sobre esta propuesta²⁹. Posteriormente, el 17 de diciembre de 2021, se llegó a un nuevo Acuerdo Provisional, incorporando los asuntos que quedaron pendientes en el primero de ellos³⁰. Sin embargo, este segundo Acuerdo Provisional fue rechazado por el Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea (COREPER I)³¹, en su reunión de 22 de diciembre de 2021.

Sin perjuicio de que, por el momento, no se haya llegado a ningún acuerdo definitivo, es interesante destacar la importancia que las instituciones europeas han dado al auge de la utilización del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004. Sin ir más lejos, la Comisión Europea, en su propuesta inicial, ya señaló que «Para garantizar una aplicación eficaz y eficiente de las normas de coordinación, es necesario aclarar las normas para determinar la legislación aplicable a los trabajadores que ejercen su actividad económica en dos o más Estados miembros, a fin de lograr una mayor asimilación con las condiciones aplicables a las personas desplazadas o enviadas para ejercer una actividad económica en un único Estado miembro» (considerando 16 de la propuesta de Reglamento)³².

²⁹ [Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation \(EC\) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation \(EC\) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation \(EC\) No 883/2004](#), 25 marzo 2019, 7698/19 ADD 1 REV 1.

³⁰ [Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation \(EC\) No 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation \(EC\) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation \(EC\) No 883/2004](#), 17 diciembre 2021, 15068/21 ADD 1 (Acuerdo Provisional 2021).

³¹ El COREPER I prepara el trabajo de seis formaciones del Consejo, entre ellas, la relativa a Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores.

³² La doctrina también ha venido reclamando esta necesaria alineación de regulaciones. Por todos, D. CARRASCOSA BERMEJO, *Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas*, en [Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social](#).

Conviene recordar en este momento que, a diferencia de los numerosos requisitos que se exigen por los Reglamentos y la jurisprudencia europea para la aplicación de la regla prevista para los desplazamientos temporales de trabajadores, la aplicación de la regla del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004 es mucho más flexible. Así, el requisito principal que se exige en este segundo caso es que la persona en cuestión ejerza “normalmente” una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros.

Sobre el concepto de “normalmente” a estos efectos, el art. 14.5 del Reglamento (CE) n. 987/2009 lo define como «la persona que ejerza, de manera simultánea o alterna, para la misma empresa o empleador o para varias empresas o empleadores, una o varias actividades diferentes, en dos o más Estados miembros». En cuanto a la alternancia de prestaciones de servicios en diferentes Estados, la *Guía práctica* de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social³³ ha especificado que, a efectos de determinar si estamos ante un supuesto del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004, debe tenerse en cuenta la duración prevista de los periodos de actividad (aunque la frecuencia de la alternancia carece de importancia, es necesario que exista cierta regularidad en la actividad), pero también las características del trabajo en cuestión³⁴.

Además, las actividades marginales desarrolladas por el trabajador no deben tenerse en cuenta a efectos de la aplicación del art. 13 (art. 14.5-ter, Reglamento (CE) n. 987/2009). En este sentido, debe entenderse por “actividad marginal”, en atención a la *Guía práctica* de la Comisión Administrativa, aquellas actividades que, aunque permanentes, son insignificantes desde la perspectiva del tiempo y del rendimiento económico. Como indicadores a valorar para determinar esta calificación, se propone: 1) considerar actividades marginales aquellas que representen menos del 5% del tiempo de trabajo ordinario del trabajador y/o menos del 5% de su remuneración total; 2) tener en cuenta la naturaleza de las actividades (así, serán actividades marginales aquellas que sean actividades de apoyo, que no pueden ejercerse de manera independiente o que se

[2019, n. 142](#), p. 64.

³³ COMISIÓN ADMINISTRATIVA DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL, *Guía práctica Sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*, Comisión Europea, 2013.

³⁴ «Si una persona trabaja en diferentes Estados miembros sin que se observe una regularidad, su situación quedaría cubierta por el artículo 13 del Reglamento en la medida en que el trabajo en Estados miembros diferentes sea una parte intrínseca de la pauta de trabajo y la duración o naturaleza del intervalo entre periodos de ocupación no altere la pauta de trabajo de un modo tal que no pueda considerarse que la persona trabaja “normalmente” en dos o más Estados miembros» (COMISIÓN ADMINISTRATIVA DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL, *op. cit.*, p. 28).

realicen desde el hogar o en beneficio de la actividad principal)³⁵.

Por último, debe tenerse en cuenta que el concepto de sede o domicilio de la empresa reviste especial relevancia en estos casos, por ser uno de los puntos de conexión de la regla de conflicto. Este concepto se define en el art. 14.5-*bis* del Reglamento (CE) n. 987/2009 como aquella sede o domicilio en el que se adopten las decisiones fundamentales de la empresa y en el que se ejerzan las funciones de su administración central. Con esta definición se trata de combatir las empresas «con domicilio de conveniencia», es decir, evitar situaciones «en las que la Seguridad Social de los empleados está vinculada a una empresa puramente administrativa a la que no se han transferido atribuciones decisorias efectivas»³⁶.

De este modo, el régimen tan estricto previsto para la aplicación de la regla del art. 12 del Reglamento (CE) n. 883/2004, parece haber incentivado el recurso a la regla del art. 13, mucho más flexible y con duración indefinida. Precisamente por ello, los Acuerdos Provisionales alcanzados en 2019 y 2021 han pretendido modificar el art. 14.10 del Reglamento (CE) n. 987/2009 para limitar la aplicación de la legislación designada como competente sobre la base del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004 a un periodo máximo de 24 meses, teniendo en cuenta la situación prevista para los siguientes doce meses naturales. Finalizado este plazo, la situación debería ser reevaluada a la luz de la situación de la persona trabajadora.

Igualmente, se pretende modificar el procedimiento previsto en el art. 16 del Reglamento (CE) n. 987/2009 para estos casos. En primer lugar, se pretende posibilitar al empleador del trabajador que inicie este procedimiento aportando la información necesaria por cuenta de este último. En segundo lugar, se distinguen dos escenarios en función de si la institución del Estado de residencia designa la competencia de su propia ley o de la ley de otro Estado miembro. Solo en este último caso, se califica dicha designación como provisional, dando inicio al plazo de dos meses para que el resto de las instituciones implicadas puedan cuestionar dicha determinación. Por el contrario, cuando el Estado miembro de residencia del trabajador considere competente su propia legislación, parece que esta podría emitir un certificado A1, con los mismos efectos vinculantes que los previstos para los desplazamientos de trabajadores. A este respecto, no puede obviarse el hecho de que los certificados PD A1 han sido y continúan siendo foco de innumerables problemas, precisamente, por su carácter vinculante, incluso en casos de fraude acreditado³⁷.

³⁵ *Ibidem*, pp. 28-29.

³⁶ *Ibidem*, p. 37.

³⁷ Sobre este carácter vinculante y sus limitaciones jurisprudenciales, pueden consultarse

Por último, otro de los cambios relevantes en esta materia, si bien con alcance más general, es la pretendida modificación del concepto de sede o domicilio de la empresa o empleador. Este cambio de definición, sin embargo, ha sido uno de los puntos más debatidos, que no llegó a concluirse en el Acuerdo de 2019, sino en el de 2021. En este sentido, se pretenden añadir dos párrafos al art. 14.5-*bis* del Reglamento (CE) n. 987/2009, del siguiente tenor:

Para determinar la ubicación de la sede o domicilio, se tendrán en cuenta una serie de factores, tales como el volumen de negocios, el número de servicios prestados por sus empleados y/o ingresos, los lugares donde se celebren las juntas generales, y el carácter habitual de la actividad ejercida. La determinación se realizará en el marco de una evaluación global, dando la debida importancia a cada uno de los criterios mencionados anteriormente. La Comisión Administrativa establecerá las disposiciones detalladas para la determinación³⁸.

En cualquier caso, aunque se llegaran a aprobar estas modificaciones, el régimen del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004, seguiría ofreciendo mayor flexibilidad que el del desplazamiento temporal de trabajadores previsto en el art. 12.

4. El teletrabajo como nueva forma de prestación transnacional de servicios

El segundo desafío al que se enfrenta la coordinación europea en el año 2022, desde el punto de vista de la ley aplicable a la relación de afiliación, es la posible consolidación del teletrabajo como nueva forma de prestación transnacional de servicios.

STJUE 27 abril 2017, asunto C-620/15, *A-Rosa Flussschiff GmbH c. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Alsace (Urssaf) y Sozialversicherungsanstalt des Kantons Graubünden*; STJUE 6 febrero 2018, asunto C-359/16, *Procedimiento penal entablado contra Altun y otros*; STJUE 6 septiembre 2018, asunto C-527/16, *Salzburger Gebietskrankenkasse y Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz c. Alpenrind GmbH y otros*; STJUE 2 abril 2020, asuntos acumulados C-370/17 y C-37/18, *Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile (CRPNPAC) y Vueling Airlines SA c. Vueling Airlines SA y Jean-Luc Poignant*; STJUE 14 mayo 2020, asunto C-17/19, *Procedimiento penal entablado contra Bouygues travaux publics y otros*.

³⁸ Traducción propia. Finalmente, en el [Acuerdo Provisional 2021](#) se ha eliminado la referencia al criterio referente al «tiempo de trabajo realizado en cada Estado miembro donde la actividad se desarrolla», criterio ampliamente debatido entre las instituciones europeas.

El término “teletrabajo” no cuenta con una definición uniforme a nivel global³⁹. No obstante, la definición más utilizada en la doctrina *iustlaboralista* es aquella que define el teletrabajo como una forma de organización y/o ejecución del trabajo que supone la prestación habitual de servicios a distancia (fuera de los locales empresariales) mediante el uso intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación⁴⁰ (en esta misma línea se pronuncia el art. 2 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo).

Al hacer referencia a una “nueva forma” de prestación de servicios, no se trata de señalar el origen reciente del teletrabajo. Nada más lejos de la realidad. El teletrabajo tiene sus orígenes en los años setenta, en Estados Unidos, como consecuencia de la primera gran crisis del petróleo⁴¹. Sin embargo, el teletrabajo actual poco tiene que ver con esa primera versión. Hoy en día, la evolución de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC) ha disparado las posibilidades de teletrabajar, no solo en más sectores que antes, sino también de manera más viable y accesible⁴². Pese a ello, no fue hasta el estallido de la crisis sanitaria provocada por la Covid-19 cuando el teletrabajo se extendió de manera generalizada⁴³. Aunque los números alcanzados durante la pandemia no son

³⁹ R. GALLARDO MOYA, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador*, IBIDEM, 1998, p. 55. Sobre los orígenes del teletrabajo y la variedad de definiciones, véase, ampliamente, E.M. SIERRA BENÍTEZ, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011, pp. 29-34.

⁴⁰ En este sentido, por todos, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Teletrabajo*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2000, p. 770; J. THIBAUT ARANDA, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, Consejo Económico y Social, 2001, p. 32; C. GALA DURÁN, *Teletrabajo y sistema de Seguridad Social*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001, n. 2, p. 1191.

⁴¹ R. CARRASCO PÉREZ, J.M. SALINAS LEANDRO, *Teletrabajo*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, 1994, pp. 13 y 27.

⁴² FUNDACIÓN MÁSFAMILIA (coord.), *El libro blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto*, 2012, p. 28; E.M. SIERRA BENÍTEZ, *Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas*, en E. ROALES PANIAGUA (dir.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)*, Laborum, 2014, p. 27.

⁴³ En España, durante el confinamiento producido en primavera-verano de 2020, el 58,5% de las empresas que se mantuvieron activas lo hicieron recurriendo al teletrabajo. Finalizada esta etapa, el 40,8% de las empresas aseguraron que continuarían facilitando el teletrabajo a sus trabajadores, el 42,1% que lo haría en atención a las necesidades empresariales y el restante 17,4% que lo facilitará siempre que el trabajador así lo quiera. Por su parte, el 83% de los profesionales manifestaron su preferencia por esta forma de trabajar, siendo la media de teletrabajo deseada el 72,5% de la jornada laboral. Datos facilitados por INFOEMPLO, ADECCO GROUP, *Informe Infoempleo Adecco 2019. Oferta y Demanda de Empleo en España*, 2020, pp. 49-52.

esperables tras el fin de la misma, sí se espera un incremento del uso del teletrabajo con carácter generalizado en el entorno europeo⁴⁴.

Una de las modalidades de teletrabajo que más desafíos ha planteado desde el plano normativo ha sido el denominado “teletrabajo transnacional”. Esta modalidad presenta la peculiaridad de contar con, al menos, un elemento de extranjería⁴⁵. Ello hace que entremos en el ámbito de las relaciones laborales internacionales, destacando la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social, objeto del presente artículo⁴⁶.

Este teletrabajo se puede presentar de dos maneras, dando lugar a diferentes problemas prácticos. Por un lado, el teletrabajo transnacional puede ser puro, lo que ocurrirá cuando el teletrabajador preste la totalidad de sus servicios mediante esta forma de trabajo, sin acudir físicamente a la sede empresarial. Así pues, este teletrabajo será exclusivo y permanente⁴⁷.

Dentro de esta primera categoría cabe destacar a unos teletrabajadores particulares: los nómadas digitales. Estos trabajadores se caracterizan por no tener un lugar de trabajo habitual al prestar sus servicios en países diferentes, produciéndose cambios continuos de residencia⁴⁸.

Por otro lado, el teletrabajo también podría ser alterno, cuando se combine la prestación de servicios a través del teletrabajo con la prestación de servicios en la sede empresarial de manera periódica. Esta es la modalidad más extendida en la actualidad, concretamente, el teletrabajo de uno a tres días por semana⁴⁹.

Una situación de teletrabajo transnacional alterno estaría incluida dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación sin lugar a dudas, pues existiría claramente el elemento transnacional expuesto en el segundo epígrafe de este artículo. Más dudas presenta, en cambio, el teletrabajo puro, al no existir movilidad física. Sin embargo, en mi opinión, ello no sería

⁴⁴ D. AHRENDT ET. AL., *Living, working and COVID-19*, Eurofound Research Report, 2020.

⁴⁵ R. SELLAS I BENVINGUT, *Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, cit., p. 1127.

⁴⁶ Un estudio en profundidad de la determinación de la ley de Seguridad Social aplicable, pero también de la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable al contrato de trabajo en casos de teletrabajo, en Á. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Tirant lo Blanch, 2022.

⁴⁷ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 773.

⁴⁸ A. GARICANO, J. DE ARMIÑO RODRÍGUEZ, *Retos legales del teletrabajo internacional*, en *Documentación Laboral*, 2021, n. 124, pp. 102 y 107.

⁴⁹ D. VERANO TACORONTE, H. SUÁREZ FALCÓN, S. SOSA CABRERA, *El teletrabajo y la mejora de la movilidad en las ciudades*, en *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, 2014, n. 1, pp. 41-46 (43).

obstáculo para la aplicación de estas normas pues, como se ha apuntado, el requisito de transnacionalidad hace referencia a la necesidad de que se encuentren involucrados, al menos, los sistemas nacionales de Seguridad Social de dos Estados miembros⁵⁰. Ello ocurrirá, por ejemplo, si el empleador estuviera situado en un Estado miembro diferente al Estado miembro desde el que se teletrabaja.

4.1. La determinación de la ley aplicable al teletrabajo

Tras una lectura de las diferentes reglas de conflicto incorporadas en los Reglamentos de coordinación, puede concluirse la inexistencia de una regla específica para el teletrabajo transnacional. Por ello, esta situación debería encuadrarse en alguna de las reglas actualmente contenidas en el Título II del Reglamento (CE) n. 883/2004. No obstante, debe hacerse una importante diferencia en función de si el teletrabajo constituye una realidad temporal o permanente en la prestación de servicios⁵¹.

4.1.1 El supuesto de teletrabajo permanente

Como punto de partida, se ha cuestionado si en los casos de teletrabajo transnacional nos encontramos ante una prestación de servicios en un único Estado miembro o si, por el contrario, podría entenderse realizado en varios al mismo tiempo⁵². Ello adquiere especial importancia dado que las reglas a aplicar en uno u otro caso serían diferentes (la regla general del art. 11.3.a en el primer caso y las reglas del art. 13 en el segundo), con resultados de protección también distintos.

En el primer escenario, es decir, en caso de entender que la prestación del teletrabajador se realiza en un solo Estado, la ley aplicable sería la del lugar de prestación de esos servicios por aplicación de la regla general del art. 11.3.a del Reglamento (CE) n. 883/2004. Esta primera opción parece la más razonable para los casos de teletrabajo puro.

⁵⁰ Refuerzan esta tesis STJUE 29 junio 1994, asunto C-60/93, R.L. *Aldewereld c. Staatssecretaris van Financiën*; STJUE 7 junio 2012, asunto C-106/11, M.J. *Bakker c. Minister van Financiën*; STJUE 19 marzo 2015, asunto C-266/13, L. *Kik c. Staatssecretaris van Financiën*; asunto SF, cit.

⁵¹ Sobre esta importante distinción, *cf.* J.-P. LHERNOULD, *Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier*, en *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2021, n. 7, versión electrónica.

⁵² J.-P. LHERNOULD, *Conflits de lois en matière de sécurité sociale: la lex loci laboris en question*, en *Droit Social*, 2015, n. 5, p. 459.

En el segundo escenario, esto es, cuando se considere que el teletrabajador está prestando sus servicios en dos o más Estados miembros, las reglas de aplicación podrían ser las previstas en el art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004. Este precepto indica que, en caso de prestación de servicios en varios Estados miembros, será aplicable la legislación del Estado miembro de residencia si se ejerce una parte sustancial de la actividad en el mismo (§ 1.a). En caso contrario, será aplicable la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador (§ 1.b.i).

A estos efectos, debe entenderse que se realiza una “parte sustancial” en el Estado de residencia del trabajador si se realiza en él una parte cuantitativamente importante del conjunto de sus actividades, sin que esa parte deba alcanzar, necesariamente, la mayoría, pero sí, al menos, el 25% del total (art. 14.8, Reglamento (CE) n. 987/2009). En el caso de actividades asalariadas, se señalan como criterios orientativos para realizar esta cuantificación el tiempo de trabajo o la remuneración percibida por el trabajador. Además, se precisa la necesidad de tener en cuenta la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes a la hora de determinar este extremo (art. 14.10, Reglamento (CE) n. 987/2009).

Esta segunda opción parece la más razonable para los casos de teletrabajo alterno, siempre que represente una parte importante de la prestación de servicios, sin tener la consideración de “actividad marginal”. Igualmente, podría resultar de aplicación también para los citados nómadas digitales⁵³. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la posibilidad de alterar la competencia de la ley designada por estas reglas por la vía de los acuerdos del art. 16 del Reglamento (CE) n. 883/2004.

En definitiva, en los casos de teletrabajo transnacional, lo más habitual es que el teletrabajador desarrolle la totalidad o una parte importante de su trabajo en el Estado donde se encuentre su residencia. Por tanto, la ley aplicable sería la *lex loci domicilii*. Sin embargo, cuando el teletrabajo transnacional se desarrolle durante una parte mínima de la jornada o de manera muy ocasional, sería de aplicación la ley del Estado donde se encuentra el establecimiento del empleador.

Ante este panorama de numerosas incertidumbres alrededor del fenómeno del teletrabajo transnacional, es evidente el papel fundamental que recae en los órganos jurisdiccionales a la hora de interpretar y adaptar las normas existentes⁵⁴; al menos hasta que se modifique la regulación actual o se dicte alguna resolución administrativa para esclarecer esta cuestión. La primera

⁵³ No obstante, deberían analizarse las circunstancias concurrentes en el caso concreto, sobre todo, tras el asunto *Format II* comentado.

⁵⁴ S. SONTAG KOENIG, *Le télétravail transfrontalier: un défi pour le droit social*, en *Petites Affiches*, 2016, n. 21, versión electrónica, p. 4.

opción está descartada por el momento; de hecho, no se ha realizado ninguna referencia en la tramitación de la actual propuesta de reforma. En cambio, sí parece que existe cierto consenso para oficializar una respuesta administrativa común antes del verano de 2022⁵⁵.

Mientras que se aclara esta problemática, lo cierto es que muchos empleadores pueden encontrarse en situaciones muy complicadas cuando alguno/s de sus trabajadores les solicite teletrabajar desde el extranjero. Las implicaciones que esta decisión tiene a nivel empresarial van más allá de los efectos en el aseguramiento, pues no pueden obviarse las importantes consecuencias que puede suponer también desde el plano fiscal (lugar de residencia fiscal del trabajador, creación o no de un establecimiento permanente en el Estado de teletrabajo, etc.) y de ley aplicable al contrato de trabajo (por ejemplo, en materia de prevención de riesgos laborales).

Por ello, no sería de extrañar que se intentaran rechazar estas peticiones de algún modo, por ejemplo, mediante la prohibición de teletrabajar en el extranjero más del 25% de la jornada de trabajo (para evitar el cambio de ley de Seguridad Social aplicable); la obligación de organizar el trabajo de tal manera que se asegure el mantenimiento de la ley aplicable del Estado de establecimiento del empleador; o la prohibición de teletrabajo en el extranjero impuesta en convenio colectivo de empresa⁵⁶. Ahora bien, ¿serían estas actuaciones conformes con el Derecho de la UE? Parece una cuestión muy discutible, entre otros, a la luz del derecho fundamental a la libre circulación y residencia en el seno de la Unión⁵⁷. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que esta situación puede generar unos sobrecostes desmesurados para el empleador de estos teletrabajadores transnacionales, sobre todo, cuando son pocos los ubicados en un mismo Estado⁵⁸.

⁵⁵ J.-P. LHERNOULD, *Cross-border telework and Covid-19*, ponencia en el MoveS seminar Portugal, [Free Movement of Workers in Portugal: Obstacles and challenges brought by the COVID-19 pandemic](#), Lisboa, 29 marzo 2022.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, vigente en España, no hace mención alguna a la posibilidad de teletrabajo transnacional.

⁵⁸ Sobre toda esta otra problemática en torno al teletrabajo transnacional, pueden consultarse dos interesantes trabajos: M. WEEREPAS, P. MERTENS, M. UNFRIED, [Cross-Border Impact Assessment 2021. Dossier 2: Impact analysis of the future of working from home for cross-border workers after COVID-19](#), ITEM, 2021; A. GARICANO, J. DE ARMIÑO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 99-120.

4.1.2 El supuesto de teletrabajo temporal: las particularidades derivadas de la Covid-19

La situación es muy diferente cuando la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo tenga, exclusivamente, un carácter temporal.

La primera diferencia apuntaría a la exclusión de la aplicabilidad de las reglas previstas para la prestación de servicios en dos o más Estados miembros. Esta exclusión sería consecuencia directa de la no categorización de esta prestación como realizada “normalmente” en varios Estados miembros, tal y como exige el art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004⁵⁹. A estos efectos, conviene señalar el contenido del art. 14.10 del Reglamento (CE) n. 987/2009, donde se indica la necesidad de tener en cuenta la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes a la hora de determinar la legislación aplicable en atención a las reglas del art. 13.

Descartada la aplicación del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004, quedarían sobre la mesa dos opciones: 1) la aplicación de la regla general de la *lex loci laboris*; 2) el posible recurso a la regla prevista para el desplazamiento temporal de trabajadores.

Esta segunda posibilidad ya ha sido utilizada por algunas empresas para evitar el cambio de ley aplicable como consecuencia del teletrabajo⁶⁰. No obstante, más allá de su utilización práctica, ¿estamos ante un verdadero desplazamiento de trabajadores *ex* art. 12, Reglamento (CE) n. 883/2004? La respuesta parece decantarse en un sentido negativo.

En los casos de teletrabajo puro, el principal motivo para descartar la aplicación de esta regla es la inexistencia de un verdadero movimiento transnacional de trabajadores, pues no se realiza ningún traslado físico⁶¹. Pero, además, existen otros motivos para esta exclusión, cualquiera que sea la modalidad de teletrabajo.

En primer lugar, el precepto reglamentario señala como requisito que sea el empleador quien envíe al trabajador «para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro». En el teletrabajo, la voluntad predominante del cambio en el lugar de trabajo es la del trabajador (o por imposición legal, como en el caso de la Covid-19), no la del empresario, quien suele limitarse a aceptar los deseos del trabajador en este aspecto⁶².

⁵⁹ J.-P. LHERNOULD, *Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier*, cit., p. 5.

⁶⁰ H. GUYOT, *Nouvelles pratiques des distances, nouveaux risques?*, en *La Semaine Juridique Sociale*, 2015, n. 15, marginal 1133.

⁶¹ D. CARRASCOSA BERMEJO, *op. cit.*, p. 51.

⁶² G. STRBAN (coord.), *Analytical report 2018. Social security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: Interrelation, challenges and prospects*, European Commission, 2020, p. 44.

En segundo lugar, también plantea problemas el requisito temporal respecto de su vertiente de previsibilidad de la duración de la actividad a desarrollar en el Estado de destino. En el teletrabajo, no se ejecuta una prestación de servicios ni existe ningún destinatario del servicio en destino⁶³, por lo que el trabajo realizado en este otro Estado no tiene una limitación temporal como tal (coincide con la duración de su trabajo habitual).

En definitiva, no parece acertada la aplicación de la regla del art. 12 al teletrabajo temporal, dejando como única alternativa válida actualmente la *lex loci laboris* (a salvo del recurso a los acuerdos del art. 16 del Reglamento (CE) n. 883/2004).

El teletrabajo ejercido exclusivamente por motivo de la pandemia sanitaria provocada por la Covid-19, debido a su carácter temporal y obligatorio, fue expresamente excluido de la calificación de desplazamiento temporal por la Comisión Europea y, asimismo, se señaló la no afectación de esta anomalía a la situación previa de aseguramiento⁶⁴. Para aquellos casos en los que esta neutralización no fuera posible, se alentaba a los trabajadores a que solicitaran a sus empleadores la presentación de una solicitud a la autoridad competente del Estado miembro cuya legislación desearan que se siguiera aplicando, sobre la base del art. 16 del Reglamento (CE) n. 883/2004.

En junio de 2020, la Comisión Administrativa adoptó una nota donde recomendaba que los cambios en los patrones de trabajo causados por las restricciones de movimiento debidas a la Covid-19 no afectaran a la determinación de la competencia legislativa en materia de Seguridad Social. El pasado 17 de junio de 2021, la Comisión Administrativa prorrogó estas directrices hasta el 31 de diciembre de 2021⁶⁵.

Siguiendo esta línea, muchos Estados miembros han adoptado acuerdos internacionales o resoluciones nacionales con el objetivo de neutralizar el impacto de estas situaciones de teletrabajo provocadas por imposición legal⁶⁶. Estas actuaciones han sido recopiladas en un estudio reciente elaborado por la European Labour Authority (ELA), de indudable relevancia práctica⁶⁷. Según este estudio, trece Estados miembros han adoptado medidas para neutralizar los efectos derivados de la obligación de

⁶³ J.-P. LHERNOULD, *Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier*, cit., pp. 5-6.

⁶⁴ EUROPEAN COMMISSION, *COVID-19. Information for frontier workers and posted workers*, 2020.

⁶⁵ ELA, *Impact of teleworking during the COVID-19 pandemic on the applicable social security. July 2021*, 2021, p. 2.

⁶⁶ Sobre la dudosa fuerza jurídica vinculante de estas disposiciones nacionales, no imponibles frente a instituciones extranjeras, *cf.* J.-P. LHERNOULD, *Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier*, cit., p. 6.

⁶⁷ ELA, *op. cit.*

teletrabajar en el Estado miembro de residencia a efectos de Seguridad Social, incluso aunque ello supusiera que se desarrolle una actividad sustancial en el territorio de este Estado. Estos países son: Alemania, Bélgica, Chequia, Dinamarca, Eslovaquia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, y Suecia. Como puede verse, España no es uno de estos Estados. En el caso español, la forma de lidiar con el aumento de teletrabajadores que residían dentro de nuestras fronteras fue a través del recurso a los acuerdos del art. 16 del Reglamento (CE) n. 883/2004 (también lo hicieron así otros países como Eslovenia, Lituania, Polonia y Rumanía).

5. Reflexiones finales

Durante los últimos años, el Brexit ha acaparado gran parte de la atención de las instituciones europeas. No podía ser de otro modo, pues era la primera vez que un suceso como este acontecía en el seno de la consolidada Unión Europea.

Una vez disipadas las principales dudas sobre el régimen aplicable entre Reino Unido y la Unión Europea desde el uno de enero de 2021, momento de plenos efectos del Brexit, la atención europea se ha ido enfocando en otras cuestiones. Una de ellas, como no podía ser de otro modo, ha sido la crisis sanitaria mundial provocada por la Covid-19, y los efectos que esta ha tenido en muchos ámbitos, también el laboral. No obstante, también se ha mantenido el interés en otras cuestiones ajenas a la pandemia.

En primer lugar, y como ejemplo de este tipo de cuestiones con relevancia previa a la crisis provocada por la Covid-19, se encuentra el auge de la prestación de servicios en dos o más Estados miembros.

Las reglas de conflicto recogidas en el Reglamento (CE) n. 883/2004 para estas situaciones son mucho más flexibles que las establecidas para el desplazamiento temporal de trabajadores. Entre otras cosas, no se exige una verdadera implantación del empleador en el Estado de origen como sí hace el art. 12 del Reglamento (CE) n. 883/2004, y tampoco se limita temporalmente a 24 meses de duración el trabajo a realizar en destino. Todo ello ha sido visto por algunas empresas como la forma perfecta de modificar la ley aplicable en materia de Seguridad Social, con la sola introducción de un tercer Estado miembro en la ecuación.

Para evitar esta “huida” hacia el régimen más flexible del art. 13 del Reglamento (CE) n. 883/2004, la propuesta de reforma pretende asimilar en mayor medida este al previsto para el desplazamiento temporal de trabajadores, sobre todo, en cuanto a su duración temporal y el

procedimiento a seguir. En cualquier caso, como se ha apuntado por parte de doctrina científica cualificada en esta materia, estos cambios, aunque reduzcan las diferencias, no dejan de hacer más favorable el régimen del art. 13 respecto del previsto en el art. 12 del Reglamento (CE) n. 883/2004.

A la espera de resolución de este procedimiento legislativo (abierto durante más de cinco años y sin que se pueda prever el desenlace final), el TJUE ha dado un paso al frente. El Tribunal europeo ha establecido un límite temporal para la aplicación de la regla del art. 13, con la finalidad de interpretar esta de manera coherente con la regla general *lex loci laboris* y la regla especial para los desplazamientos temporales. De este modo, un trabajador solo puede incluirse dentro del ámbito de aplicación de la prestación de servicios en varios Estados cuando la duración de los períodos ininterrumpidos de trabajo efectuados en cada uno de los Estados miembros no exceda del tiempo previsto para el desplazamiento temporal de trabajadores (12 meses en el marco de los anteriores Reglamentos de coordinación, 24 meses en el marco de los actuales).

En segundo lugar, una de las consecuencias laborales derivadas de la Covid-19 ha sido la proliferación del teletrabajo, forma de organización para la que los Estados miembros no estaban preparados.

Esta falta de preparación se puso rápidamente de manifiesto con la instauración del teletrabajo obligatorio derivado de los sucesivos confinamientos. Ello llevó a la aprobación de diversas normas nacionales para tratar de regular esta situación. Sin embargo, poco se reguló sobre la situación de los teletrabajadores transfronterizos, que se encontraban en una especie de limbo jurídico. Ante esta situación, se adoptaron normas nacionales e, incluso, algunas internacionales, para evitar que el teletrabajo causado por la Covid-19 afectara, entre otras cuestiones, al aseguramiento de los trabajadores. Más allá de la necesidad de dotar de cierta seguridad jurídica a esta situación, lo cierto es que la forma en la que se adoptaron estas soluciones (notas de la Comisión Europea, Guías de la Comisión Administrativa y acuerdos nacionales y algunos internacionales) podría plantear problemas desde una perspectiva de su fuerza vinculante en caso de discrepancias.

Pese a su cuestionable técnica jurídica, no puede negarse que se ha aportado claridad al régimen de Seguridad Social aplicable. No puede decirse lo mismo de la situación post pandemia. Hasta el momento, no existe acuerdo o nota que aclare el régimen aplicable en estos supuestos, ni se pretende incorporar referencia alguna en la propuesta de reforma de los Reglamentos de coordinación. No obstante, parece que existe cierto consenso para oficializar una respuesta administrativa común antes del verano de 2022 en el seno de la Unión.

Sobre este particular, huelga decir que todo indica que el teletrabajo transnacional no será la regla general en la prestación de servicios en el corto o medio plazo. Sin embargo, sí es claro que va a ganar peso, existiendo un conjunto importante de trabajadores que se encuentren en esta situación de modo indefinido, a los que se les debe ofrecer una solución con todas las garantías. También merecen esta respuesta sus empleadores, quienes se enfrentan a importantes lagunas cuya resolución en uno u otro sentido puede tener un impacto esencial desde el punto de vista coste-beneficio.

En este sentido, en el caso de España, esta necesidad será aún mayor si se llega a aprobar el Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, que todavía se encuentra en fase de enmiendas al articulado. Entre otras cuestiones, esta ley pretende captar a los teletrabajadores internacionales altamente cualificados (con especial referencia a los nómadas digitales), ofreciéndoles beneficios fiscales y un régimen migratorio más sencillo.

En conclusión, los dos principales desafíos analizados están todavía pendientes de una solución definitiva, pero las instituciones europeas se encuentran trabajando para dar una respuesta. Estaremos atentos a los próximos avances que se produzcan, y esperemos que no tarden años en llegar los consensos necesarios.

6. Bibliografía

AA.VV. (2020), *Normativa de la UE e internacional de coordinación*, en AA.VV., *Memento Práctico. Contrato de Trabajo 2020-2021*, Lefebvre

AHRENDT D., CABRITA J., CLERICI E., HURLEY J., LEONČIKAS T., MASCHERINI M., RISO S., SÁNDOR E. (2020), *Living, working and COVID-19*, Eurofound Research Report

CARRASCO PÉREZ R., SALINAS LEANDRO J.M. (1994), *Teletrabajo*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente

CARRASCOSA BERMEJO D. (2019), *Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas*, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n. 142, pp. 37-70

COMISIÓN ADMINISTRATIVA DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL (2013), *Guía práctica Sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*, Comisión Europea

CONTRERAS HERNÁNDEZ Ó. (2019), *Desplazamiento de trabajadores en la UE: análisis de la situación actual y combinación metodológica para el estudio prospectivo de la Directiva (UE) 2018/957*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha

- DE WISPELAERE F., DE SMEDT L., PACOLET J. (2022), [Posting of workers. Report on A1 Portable Documents issued in 2020](#), European Commission
- DRIGUEZ L. (2021), *Exercice d'une activité salariée dans plusieurs États membres*. Note CJUE, 20 mai 2021, aff. C-879/19, FORMAT, en *Europe*, n. 7, versión electrónica
- ELA (2021), [Impact of teleworking during the COVID-19 pandemic on the applicable social security. July 2021](#)
- ESCUDERO RODRÍGUEZ R. (2000), *Teletrabajo*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Ministerio de Trabajo e Inmigración
- EUROPEAN COMMISSION (2020), [COVID-19. Information for frontier workers and posted workers](#)
- FRIES-TERSCH E., JONES M., SIÖLAND L. (2021), [Annual Report on Intra-EU Labour Mobility 2020](#), European Commission
- FUNDACIÓN MÁSFAMILIA (coord.), [El libro blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto](#), 2012
- GALA DURÁN C. (2001), *Teletrabajo y sistema de Seguridad Social*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 2, pp. 1189-1214
- GALLARDO MOYA R. (1998), *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador*, IBIDEM
- GARCÍA DE COTÁZAR Y NEBREDA C. (2018), *El brexit en el ámbito de la coordinación de regímenes de Seguridad Social*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 49, pp. 1-31
- GARCÍA DE COTÁZAR Y NEBREDA C. (2015), [“Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae Cameron dixit”](#), en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 3, pp. 35-58
- GARCÍA RODRÍGUEZ I. (1991), *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
- GARICANO A., DE ARMIÑO RODRÍGUEZ J. (2021), *Retos legales del teletrabajo internacional*, en *Documentación Laboral*, n. 124, pp. 99-120
- GUYOT H. (2015), *Nouvelles pratiques des distances, nouveaux risques?*, en *La Semaine Juridique Sociale*, n. 15, pp. 20-24
- INFOEMPLO, ADECCO GROUP (2020), [Informe Infoempleo Adecco 2019. Oferta y Demanda de Empleo en España](#)

- LHERNOULD J.-P. (2022), *Cross-border telework and Covid-19*, ponencia en el MoveS seminar Portugal, [Free Movement of Workers in Portugal: Obstacles and challenges brought by the COVID-19 pandemic](#), Lisboa, 29 marzo
- LHERNOULD J.-P. (2021), *Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier*, en *Revue de Jurisprudence Sociale*, n. 7, versión electrónica, pp. 1-13
- LHERNOULD J.-P. (2018), *Les règlements coordonnant les systèmes nationaux de sécurité sociale : nouvelles lignes de force et points de rupture. À propos de la proposition de la Commission du 13 décembre 2016*, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n. 1, versión electrónica, pp. 1-12
- LHERNOULD J.-P. (2015), *Conflits de lois en matière de sécurité sociale: la lex loci laboris en question*, en *Droit Social*, n. 5, pp. 457-464
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ Á. (2022), *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Tirant lo Blanch
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ Á. (2022), *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*, Tirant lo Blanch (en prensa)
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ Á. (2021), [Los efectos del Brexit en la coordinación en materia de Seguridad Social: del régimen privilegiado del Acuerdo de Retirada a la coordinación limitada del Acuerdo de Comercio y Cooperación](#), en *E-Revista Internacional de la Protección Social*, n. 2, pp. 79-100
- SELLAS I BENVINGUT R. (2000), *Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Ministerio de Trabajo e Inmigración
- SIERRA BENÍTEZ E.M. (2014), *Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas*, en E. ROALES PANIAGUA (dir.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)*, Laborum
- SIERRA BENÍTEZ E.M. (2011), *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía
- SONTAG KOENIG S. (2016), *Le télétravail transfrontalier : un défi pour le droit social*, en *Petites Affiches*, n. 21, versión electrónica, p. 1-5
- STRBAN G. (coord.) (2020), [Analytical report 2018. Social security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: Interrelation, challenges and prospects](#), European Commission
- THIBAUT ARANDA J. (2001), *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, Consejo Económico y Social

VERANO TACORONTE D., SUÁREZ FALCÓN H., SOSA CABRERA S. (2014), *[El teletrabajo y la mejora de la movilidad en las ciudades](#)*, en *[Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa](#)*, n. 1, pp. 41-46

WEEREPAS M., MERTENS P., UNFRIED M. (2021), *[Cross-Border Impact Assessment 2021. Dossier 2: Impact analysis of the future of working from home for cross-border workers after COVID-19](#)*, ITEM

Normativa Europea

[Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation \(EC\) No 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation \(EC\) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation \(EC\) No 883/2004](#), 17 diciembre 2021, 15068/21 ADD 1

[Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation \(EC\) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation \(EC\) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation \(EC\) No 883/2004](#), 25 marzo 2019, 7698/19 ADD 1 REV 1

Trabajadores migrantes. La prevención de los nuevos riesgos laborales en los desplazamientos internacionales*

Javier FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ**

RESUMEN: El lugar de trabajo puede cambiar a lo largo de la vigencia del contrato, entre otras razones porque el trabajador tiene una cierta movilidad espacial, pudiendo su prestación exigir hacer uso de la misma en mayor o menor intensidad. El desplazamiento al extranjero es un instrumento de organización y de producción cada vez más utilizado por empresas que buscan una mayor internacionalización y que son en muchos casos tendencialmente globales. El auge de los movimientos migratorios laborales a escala europea también se proyecta sobre el ámbito de la Prevención de Riesgos Laborales. Los trabajadores que se desplazan se ven expuestos a los riesgos habituales generados por su actividad, pudiendo estos incrementarse por el desplazamiento en virtud de determinadas circunstancias, pues las obligaciones preventivas se pueden ver diluidas o matizadas en los supuestos en los cuales se decide movilizar a un trabajador a otro país.

Palabras clave: Desplazamientos transnacionales, seguridad, salud, prevención, riesgos.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Trabajadores desplazados y Prevención de Riesgos Laborales. 3. Las obligaciones impuestas en la normativa comunitaria. 4. El cumplimiento de las obligaciones preventivas durante el desplazamiento por la empresa de origen y de destino. La “exportación” de las obligaciones. 5. Las responsabilidades del empresario. 6. Bibliografía.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación Investum/21/LE/0001, *La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, financiado por la Consejería de Empleo e Industria de la Junta de Castilla y León.

** Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León (España).

Migrant Workers. Preventing New Occupational Risks in International Assignments

ABSTRACT: The place of work may change during the term of the contract, among other reasons because the employee has a certain degree of spatial mobility, and his performance may require him to make use of it to a greater or lesser extent. Relocation abroad is an organizational and production tool increasingly used by companies seeking greater internationalization and which are in many cases tendentially global. The boom in migratory labour movements on a European scale also affects the field of Occupational Risk Prevention. Workers who move are exposed to the usual risks generated by their activity, and these may be increased by the displacement under certain circumstances, since preventive obligations may be diluted or qualified in cases in which it is decided to move a worker to another country.

Key Words: International assignments, security, health, prevention, risks.

1. Introducción

Los múltiples cambios experimentados en el entorno empresarial han revelado cómo las tradicionales estructuras organizativas resultan insuficientes para enfrentarse a los problemas, amenazas y oportunidades de la competitividad en los nuevos marcos de integración económica. Así, polivalencia, transformación y discontinuidad del empleo, novedad y heterogeneidad de las cualificaciones y alteración o ruptura de las anteriores carreras profesionales jerárquicas lineales se dan hoy cita en el aseguramiento de los trabajadores a una cualificación profesional, en tanto la flexibilidad funcional y la superación de las categorías profesionales constituyen instrumentos que permiten obtener la máxima eficacia o rentabilidad del trabajador, al que puede imponerse la realización de diferentes funciones de acuerdo con las necesidades organizativas de la producción.

El trabajo genera una especial relación entre el empleado y el espacio físico en el cual debe desarrollar su actividad productiva, al punto de convertir el lugar, en la mayor parte de los supuestos, en una condición esencial del contrato de trabajo, pudiendo merecer igual consideración sus modificaciones, en función de la entidad de los cambios y de los perjuicios ocasionados al operario. El lugar de trabajo puede cambiar a lo largo de la vigencia del contrato, entre otras razones porque el trabajador tiene una cierta movilidad espacial, pudiendo su prestación exigir hacer uso de la misma en mayor o menor intensidad.

Las decisiones sobre movilidad no aparecen, aparentemente, entre los aspectos más sensibles de la relación de trabajo, los cuales normalmente se identifican con la duración del contrato, con las vicisitudes que pudieran afectar a su vigencia y continuidad o, en general, con los procedimientos y formas de extinción; sin embargo, las alteraciones en la prestación de trabajo se constituyen en acontecimientos de singular trascendencia no solo para la conformación del contrato sino también para su misma estabilidad, habida cuenta de que afectan a cuestiones tan fundamentales como, entre otras, la clase de tareas que pueda o deba realizar un trabajador y el lugar en que tales actividades sean ubicadas.

Los avances tecnológicos y científicos operados en los últimos tiempos han tenido una notable repercusión sobre las relaciones laborales, proporcionando nuevos elementos y abriendo nuevas posibilidades y vías que han ayudado considerablemente facilitar su correcto y más seguro desarrollo. Sin embargo, también se han generado nuevos problemas y riesgos a los cuales el ordenamiento jurídico y otras ramas del conocimiento están llamados a poner solución.

Desde el momento en que el trabajador deberá pasar gran parte de su tiempo en el lugar de trabajo, la presencia de un ambiente seguro y saludable será una cuestión de la mayor importancia. No resulta posible obviar el hecho de que el trabajo constituye un factor de riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores. Se erige en una actividad peligrosa en tanto en cuanto se trata un proceso de transformación de bienes y servicios que exige una interacción humana en un entorno que, ya sea directa o indirectamente, puede influir en el estado físico y en la salud. Es, por tanto, un factor de creación de daños potenciales y de riesgos que pueden plasmarse en el hecho de que el trabajador sufra un determinado daño – enfermedades, patologías o lesiones – derivado de su actividad productiva¹. El análisis de las implicaciones que cuestiones como la inmigración y la globalización tienen en el campo de las relaciones laborales resulta una tarea compleja en virtud de la cantidad de variables, problemas y situaciones específicas que pueden llegar a plantearse, siendo uno de sus efectos más particulares la multiplicación de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores. Los grandes movimientos de personas se erigen actualmente, y lo seguirán haciendo, al margen de las motivaciones que los impulsen, uno de los elementos clave que ya caracterizaron el final de siglo pasado y el inicio y sin duda el resto del actual siglo XXI².

Las razones de tal movilidad hay que buscarlas fundamentalmente en cuestiones de índole económica, en la medida en que el desplazamiento al extranjero es un instrumento de organización y de producción cada vez más utilizado por empresas que buscan una mayor internacionalización y que son en muchos casos tendencialmente globales.

Los avances en el campo de la tecnología y el transporte han sido uno de los factores de este aumento exponencial de situaciones de expatriación laboral y han permitido el avance imparable del fenómeno globalizador. Las nuevas tecnologías ligadas a esas comunicaciones le han dado una nueva dimensión que ha permitido superar limitaciones de carácter técnico y material haciendo posible un mayor desarrollo del intercambio económico. El capital, los bienes y los servicios disfrutan del derecho y la libertad de moverse a nivel internacional en búsqueda de mejores condiciones, mientras que las personas que los acompañan no pueden disponer de la misma, en tanto no existe un derecho y una libertad de entrada y salida de los diferentes Estados³, de forma tal que el orden social de la globalización

¹ J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Prevención de Riesgos Laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, 2019, p. 30.

² F. CAMAS RODA, *Trabajo decente e inmigrantes en España. Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y el objetivo internacional de un trabajo decente*, Huygens, 2016, p. 13.

³ S. GEORGE, *¿Globalización de los derechos?*, en M.J. GIBNEY (ed.), *La globalización de los derechos*

en relación con las personas resulta nulo⁴.

Este fenómeno adquiere lógicamente un reflejo muy notable en el sistema de relaciones laborales que lleva, de la mano de las libertades de establecimiento y prestación de servicios, a la presencia de tejidos industriales transnacionales capaces de presionar a la integración económica y cambiar el sentido tradicional de los movimientos migratorios y los principios de actuación de los Estados a este respecto. En todo caso, la globalización y los desequilibrios que ha generado, a pesar de haber incidido muy intensamente en la dinámica de las migraciones, jurídicamente no ha producido realmente una mundialización de los mercados de trabajo, que básicamente continúan siendo nacionales, excepción hecha del establecimiento de la libre circulación de trabajadores como ocurre en el caso de la Unión Europea respecto a sus ciudadanos⁵.

Las fronteras físicas y geográficas, antaño difíciles obstáculos, en la actualidad se difuminan en muchos sentidos, el capital se mueve con casi total libertad entre distintos territorios y es lógicamente seguido por las actividades comerciales empresariales. Desde un punto de vista económico empresarial este movimiento globalizador se traduce, en cuanto al Derecho Social hace e interesa, fundamentalmente en dos fenómenos: la formación de empresas o grupos multinacionales y el traslado de las empresas o de partes de su producción a otros países (o, incluso, la constitución de la empresa o de sus centros en esas zonas).

Esta deslocalización y fragmentación de la actividad productiva parte del aprovechamiento de la multiplicidad de derechos locales (nacionales) de contenido diverso. Esta pluralidad facilita al empresario la posibilidad de ampararse en imposiciones sociales, laborales, de Seguridad Social y fiscales que le supongan costes más bajos con el simple traslado o instalación de su actividad (en todo o en parte) en otro ámbito geográfico⁶.

En este sentido, en el territorio de la Unión Europea se produce una evidente falta de europeización o comunitarización de las condiciones de trabajo que se ve materializada en la existencia de una multiplicidad de ordenamientos jurídicos estatales con niveles de protección social muy

humanos, Crítica, 2004, p. 32 ss.

⁴ Así, J.L. MONEREO PÉREZ, L.A. TRIGUERO MARTÍNEZ, *Modelos jurídico políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada*, en *Justicia Laboral*, 2011, n. 47, p. 17.

⁵ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, La Ley, 2010, p. 35.

⁶ En este sentido, F. DURÁN LÓPEZ, *Globalización y relaciones de trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1998, n. 92, p. 869.

diferentes⁷, circunstancia que «ha generado situaciones de *dumping* social que son aprovechadas por las empresas situadas en Estados con una legislación sociolaboral más permisiva para colocarse en una posición competitiva más fuerte y emprender una estrategia de expansión industrial, en claro detrimento de las conquistas sociales alcanzadas en los Estados económicamente más desarrollados... Los estándares sociales de protección son percibidos como un obstáculo en lugar de como condiciones necesarias que velan por la protección de los trabajadores y por alcanzar un clima de competencia leal entre empresas competidoras. En otras palabras, el orden económico se impone y las libertades comunitarias quedan intactas. Quizá sea éste el comienzo de un proceso de progresiva mercantilización de los derechos sociales»⁸.

La globalización, de un lado, genera empleo y beneficios económicos en zonas en las cuales generalmente no lo hay, pero, de otro, obliga a numerosas personas a desplazarse para conservar su trabajo, destruyendo, a un tiempo, empleo⁹. En virtud de tal, despierta reacciones diversas y opuestas, quien la ve con entusiasmo por el crecimiento económico y la difusión y generalización del bienestar que puede crear y quien la rechaza al considerar que significa un incremento de desigualdades a escala mundial, pues la intensificación de la competencia mundial puede ejercer suficiente presión como para que se produzcan mermas de los salarios y de las normas sociales y de trabajo en todo el planeta, además de la reducción del papel garantista del Estado. Circunstancias a las que habrá que añadir el que, paradójicamente, el aumento de las dislocaciones sociales originadas con ocasión de la competitividad internacional se combina con la reducción del papel del Estado, que se evidencia en los recortes de gasto público, en el menor apoyo a las medidas redistributivas y en la general liberalización de los mercados y de las políticas económicas¹⁰.

Las deslocalizaciones forzadas configuran un alto precio que millones deben de pagar y soportar por los cambios y evolución en el modelo económico de desarrollo que hace que los principales recursos se concentren en manos de una pequeña minoría, acentuando las diferencias

⁷ J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores. Los retos del Derecho del Trabajo frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*, Reus, 2018, p. 18.

⁸ M. CASADO ABARQUERO, *Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores*, en *Justicia Laboral*, 2009, n. 40, p. 11 ss.

⁹ Así, F. DURÁN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 870.

¹⁰ M. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, OIT, *derechos humanos y libertad sindical*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1999, n. 1, p. 5.

y actuando como una potente arma de exclusión socioeconómica¹¹. En todo caso, como algún Autor ha señalado «el antídoto debe encontrarse en el veneno», la solución a los males de la globalización debe buscarse en la propia globalización, «y no luchando contra ella»¹². Resulta fundamental, en este sentido, trabajar en «el aprovechamiento de sus ventajas – la creación de empleo en las zonas menos favorecidas, la revitalización de sectores geográficos, la apertura de mercados, etc. – y en el diseño de instrumentos que conjuren sus maldades, esto es: el dumping social, la rebaja de derechos sociales, etc., eso sí, siendo conscientes de que un antídoto útil no conoce alternativas individuales para países, empresas o personas»¹³. No cabe olvidar que se trata de un proceso global que requiere, en consecuencia, soluciones igualmente globales¹⁴.

Siempre ha existido, desde el inicio de nuestra historia, intercambios comerciales y movimientos migratorios, de manera que la tendencia a la globalización «es uno de los rasgos de la evolución de la humanidad»¹⁵. No obstante, resulta obvio que las migraciones del presente son muy diferentes de las de épocas anteriores¹⁶. Los profundos cambios ocurridos en el escenario mundial en las últimas décadas cuestionan muchos de los viejos paradigmas sobre los que se había sustentado la regulación de estos procesos. Así, el fenómeno de la globalización ha marcado una reestructuración de las relaciones económicas internacionales, «en las que mientras el sector financiero funciona efectivamente como una unidad en tiempo real, la libre circulación de personas es todavía un aspecto inacabado»; la deslocalización de las grandes empresas que trasladan su producción a países en los cuales carguen con menos costes ha dado

¹¹ Se ha llegado a estimar que el número de personas que pierden su empleo por el desarrollo ronda los 15 millones por año, pudiendo alcanzar los 645 millones en el año 2015. Así, A. DOS SANTOS SOARES, *Migrantes forzados. Contextos y desafíos de “Responsabilidad de Proteger” en el siglo XXI*, Universidad Pontificia de Comillas, 2015, p. 275.

¹² «No hay que tener la idea de una fortaleza sitiada» (G. LYON-CAEN, *Los derechos sociales: génesis y utilidad de una noción*, ponencia presentada en el Seminario internacional *Globalización y derechos sociales*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1998, p. 2).

¹³ P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Proyecto Docente*, Universidad de Oviedo, 2005, p. 227.

¹⁴ Por ello resulta preciso un reforzamiento del movimiento sindical mundial, y sobre todo un esfuerzo riguroso por parte de las organizaciones internacionales. *Vid.* C.A. CARBALLO MENA, *Diálogo social y tripartismo en Venezuela*, en F. DURÁN LÓPEZ (coord.), *Diálogo Social y su Institucionalización en España e Iberoamérica*, Consejo Económico y Social, 1998, p. 157 ss.

¹⁵ F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general*, en J. GARCÍA MURCIA (coord.), *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo, Universidad de Oviedo, 2006, p. 23.

¹⁶ Una perspectiva de la materia en J. DOMÍNGUEZ MÚJICA, D. GODENAU, *Las migraciones internacionales en el Siglo XXI*, en M.I. RAMOS QUINTANA (coord.), *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, Bomarzo, 2011, p. 59 ss.

también paso al desplazamiento de mano de obra hacia donde se encuentra el capital y, en fin, la revolución tecnológica sin duda ha facilitado los desplazamientos.

Y, en cuanto a España se refiere, tampoco cabe afirmar que las migraciones «constituyan una manifestación novedosa, aunque sí la dirección que han tomado. Su nivel de desarrollo y el crecimiento económico de los últimos años determina que ya no sea un país de emigrantes ni tampoco sólo de tránsito o de paso de inmigrantes, sino un destino atractivo y preferente en Europa para muchos extranjeros que se ven empujados a emigrar por las desigualdades latentes con otras regiones»¹⁷.

La globalización financiera está contribuyendo al aumento de la desigualdad a un nivel internacional y mundial, al tiempo que ha favorecido, gracias a la desregulación de los mercados, la creciente importancia que han adquirido los paraísos fiscales, que al fin y al cabo terminan siendo refugio para el dinero negro o el procedente de la delincuencia (como tráfico de armas, drogas y terrorismo). Estas lacras, que no dejan de constituir la cara oculta de la economía, «quedan protegidas y salvaguardadas por la creencia de los fundamentalistas del mercado en las ventajas que se desprenden del funcionamiento de la libre circulación de capitales, y de la desregulación»¹⁸. Igualmente, hay que destacar que, aunque la sociedad continuamente experimenta grandes y sorprendentes avances en aras de la mejora general de la calidad de vida, se está ante un mundo marcado por un aumento exponencial de la desigualdad donde la movilidad frecuentemente se convierte en un poderoso y peligroso factor de estratificación, una vez que, como se ha destacado, el capital, las nuevas élites económicas surgidas y las políticas globales se erigen como factores capaces de atravesar fronteras a su voluntad, mientras que otros deben permanecer en sus territorios o desplazarse por pura necesidad, de forma tal que la riqueza se convierte en algo global, y la pobreza y la miseria en algo local¹⁹.

Cabe destacar el hecho de que resulte necesario ahora diferenciar una nueva realidad, a tenor de la cual el desplazamiento implica un cambio temporal del lugar de trabajo del empleado y es una movilidad en el empleo y no una movilidad por el empleo, sin obviar cómo, en cualquier caso, el Estado no puede (ni debe) ceder nunca al “chantaje” en el empleo que en ocasiones

¹⁷ A.V. SEMPERE NAVARRO, Y. CANO GALÁN, P. CHARRO BAENA, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Políticas sociolaborales*, Tecnos, 2005, p. 265.

¹⁸ C. BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, *Los efectos negativos de la globalización y propuestas alternativas*, en M. BARAÑANO CID (dir.), *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 141.

¹⁹ S. CASTLES, *La política internacional de la migración forzada*, en *Migración y Desarrollo*, 2003, n. 1, p. 8 ss.

plantean los empresarios en el nuevo contexto globalizador, rebajando sin más los derechos sociales conseguidos, lo que sería enormemente perjudicial para el Estado de bienestar²⁰.

Dados los costes implícitos en el propio desplazamiento, en anteriores décadas su operatividad parecería quedar circunscrita únicamente a trabajos cualificados o especializados, como deportistas, artistas o altos directivos, entre otros. El paso del tiempo y la evolución que ha conllevado en la esfera laboral, sin embargo, ha venido a cambiar esta tendencia, siendo posible apreciar una transformación evidente, y, dada la clara y apreciable diferencia de los costes de trabajo entre distintos países, resulta menester reconocer actualmente el firme impulso a los desplazamientos de trabajadores no cualificados con la finalidad de aprovechar sus niveles salariales inferiores a los del Estado de acogida²¹.

En el contexto de mundialización reseñado resulta fácil apreciar cómo las empresas, cada vez con mayor frecuencia, prestan sus servicios en territorios de Estados distintos a aquellos en los cuales se encuentran establecidos o situados sus establecimientos principales. En paralelo, la movilidad de los trabajadores (y de forma significativamente evidente en el caso de los grupos de empresas) deriva de ese apuntado interés en extender el ámbito de actuación más allá de las fronteras en las que en un determinado momento la desarrollara.

Los movimientos transnacionales de mano de obra parten así de una premisa indeclinable: las libertades de establecimiento y prestación de servicios reconocidas al empresario, a entender con carácter general como apertura de mercados para desarrollar actividades productivas sin cortapisas, sin barreras al comercio y a la movilidad de los factores de producción. Cuando tal concurre, y a la movilidad de las sociedades acompaña la de trabajadores por un tiempo necesariamente limitado al territorio del país de destino, será fácil comprobar la presencia de un triple fenómeno: en primer lugar, la competitividad como principio económico básico a partir del cual las empresas de fuera de un Estado pueden ofertar mejores precios en la prestación de servicios que las radicadas en el país, aprovechando las diferencias existentes en los costes laborales; en segundo término, la movilidad trasnacional responde habitualmente a una exteriorización del empleo (“*outsourcing*” o “descentralización productiva”), en este caso de dimensión internacional; en fin, el desplazamiento no deja de ser más que la prueba fehaciente de la “deslocalización” del empleo y de

²⁰ G. LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 2.

²¹ M. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, *El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1999, n. 2, pp. 78-79.

la empresa.

Esta posibilidad – siempre abierta – se ofrece en todo el planeta y en Europa, sobre todo, a partir de la caída del Muro de Berlín en 1989. Simultáneamente, y de manera transparente a escala mundial, se abandonan criterios simplistas de estabilidad y se empiezan a tomar en consideración un conjunto de parámetros entre los cuales figura en un lugar muy destacado la seguridad para el capital y sus intereses. Resulta evidente, en definitiva, a través de lo expuesto, cómo la prioridad buscada es claramente económica y no social, aun cuando esta segunda se vea favorecida gracias y en virtud de los avances de la primera.

2. Trabajadores desplazados y Prevención de Riesgos Laborales

La disciplina preventiva forma parte del contrato de trabajo desde el punto de vista de los riesgos que genera el hecho de desarrollar una prestación de servicios, peligros que requieren de una protección específica, centrada y orientada básicamente a eliminar, evitar o reducir en el mayor grado de los posible no sólo esos riesgos, sino también las consecuencias que su materialización pueda llegar a tener, objetivo presente en las legislaciones de la mayor parte de los Estados, que establecen, regulan e imponen obligaciones, límites y responsabilidades atendiendo a las acciones (o inacción) de las partes en virtud de unos determinados estándares de seguridad que varían ostensiblemente de unos territorios a otros.

Todo ello entendiendo que el concepto de norma preventiva ha tendido (y tiende) a expandirse en la medida que aumentan los niveles de protección, comprendiendo no sólo aspectos puramente laborales, sino también otros diferentes contemplados en la propia normativa como pueden ser la seguridad en el producto o el medio ambiente de trabajo²².

Tras los primeros pasos dados por el reconocimiento en el ámbito de las Naciones Unidas o en el del Consejo de Europa y la destacada labor de la OIT a través de la elaboración de numerosos Convenios y Recomendaciones, la Unión Europea ha mostrado tradicionalmente una evidente preocupación por la seguridad y salud laboral que ha ido viéndose incrementada con el paso del tiempo, plasmándose en una política comunitaria en la materia, incluida dentro de la más genérica política social. Ahora bien, a pesar de ello, no cabe olvidar que la Unión Europea no deja de continuar ceñida en lo fundamental, y pese a su evolución, a objetivos

²² Así, A. MATEOS BEATO, R. MARTÍN JIMÉNEZ, *Conceptos y temas prácticos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2010, p. 1276 ss.

de carácter económico centrados en la creación de un mercado único, permaneciendo las cuestiones sociales en un segundo plano y, en esencia, subordinadas a aquellos fines, aunque beneficiándose directa o indirectamente de los mismos en su desarrollo.

En torno a la Seguridad y Salud en el Trabajo existió desde el primer momento una intención común de los distintos Estados miembros para resguardarla de la competencia mercantil que no se daba en otros aspectos del trabajo subordinado²³, circunstancia que se manifestó en la continua aprobación de Directivas específicas sobre la materia, Programas de Acción en seguridad, higiene y salud en el lugar de trabajo y, finalmente, en la aparición de la Directiva Marco 89/391.

Ahora bien, para la Unión la prevención resulta relevante dada su incidencia en la competencia, presupuesto sobre el que se asienta la construcción del mercado común, motivo por el cual ha buscado un acercamiento de la normativa de los distintos Estados miembros, intentando crear una legislación equilibrada en todos ellos. Esto se plasma en la misma Directiva Marco, que justifica su propia existencia en el hecho de que la convivencia de las variopintas normativas preventivas de cada país podría conducir a niveles de protección de la seguridad y la salud dispares, a distintos costes de producción, y por ende, a diferentes precios. En este sentido, la política preventiva comunitaria, al igual que la nacional, se sirve de medios normativos y actuaciones administrativas, pero ha otorgado el protagonismo a los primeros²⁴.

Se advierte en ello una progresiva evolución «desde objetivos normativos específicos hacia objetivos no legislativos sino de gobernanza y buena administración que se manifiestan agudamente en el [período] de 2002-2006 ante la constatación de los escasos resultados prácticos, vistos en número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en la necesidad de hacer frente a los nuevos riesgos profesionales (psicosociales, nanotecnologías, dependencia del alcohol y drogas) y a los profundos cambios habidos en el mundo laboral con la incorporación masiva de la mujer y con las modalidades atípicas de contratación»²⁵.

En este marco, y pese a su generalidad, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) se erige como la norma básica en la materia y columna vertebral del Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo. Sin embargo, el conjunto o bloque normativo sobre seguridad y salud en el trabajo resulta

²³ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español (I y II)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1991, n. 1.

²⁴ B. AGRA VIFORCOS, *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Eolas, 2018, p. 38.

²⁵ A. OJEDA AVILÉS, *Derecho transnacional del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 201.

a día de hoy amplísimo, quedando integrado, además, por sus numerosísimas disposiciones de desarrollo, que profundizan y matizan diferentes aspectos de la prevención en el marco de la relación de trabajo, ya sea de manera general o atendiendo a sectores y actividades específicas. En efecto, en una materia con tan extensa casuística como esta, la Ley solo se puede detener en regular las cuestiones de mayor relieve, dejando los detalles al desarrollo normativo del Gobierno en una materia de tradicional y de extraordinaria importancia, tanto en extensión (buena prueba de ello lo constituye el número de normas y materias sobre las cuales ha recaído) como en profundidad e intensidad.

Sin embargo, cabe destacar como, en contraste con los numerosos elementos que en materia laboral y de desplazamientos transnacionales de trabajadores se ha regulado, las cuestiones de Prevención de Riesgos Laborales en situaciones de movilidad geográfica internacional no disfrutaban del tratamiento expreso, diferenciado y específico que se presenta como manifiestamente necesario.

En cualquier caso, la empresa de origen aparece compelida tanto por la normativa como por sus propios intereses de gestión a prestar atención a tal cuestión, erigiéndose como una cuestión necesaria proporcionar anticipadamente al trabajador la información necesaria y suficiente en torno a la cuestión preventiva en el lugar de destino, debiendo llevar a cabo una adecuada evaluación de los riesgos a que se va a enfrentar y que serán objeto de tal información.

3. Las obligaciones impuestas en la normativa comunitaria

El art. 3.1.e de la Directiva 96/71/CE, aplicable a los trabajadores desplazados en una prestación de servicios transnacional obliga a los Estados miembros a velar, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación, por que las empresas que realizan el desplazamiento garanticen, entre otras, las condiciones de trabajo y empleo y de seguridad e higiene en el trabajo, destacando, por su parte, el art. 4.7 LPRL que se entenderá por condición de trabajo «cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador», lo que abarca, indudablemente, el desplazamiento transnacional para prestar servicios en otro país.

En este sentido, las modificaciones operadas en el texto de la norma por la nueva Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, introduce en la letra *b* del art. 1 novedades al señalar que esta garantizará la protección de los trabajadores desplazados durante

su desplazamiento en lo que se refiere a la libre prestación de servicios, para lo cual establecerá disposiciones obligatorias sobre las condiciones de trabajo y protección de la salud y la seguridad de los trabajadores que habrán de respetarse²⁶.

En este sentido, el objetivo básico que la Directiva pretende alcanzar aparece constituido por garantizar la protección de los trabajadores desplazados durante tal período, en lo que se refiere a la libre prestación de servicios, estableciendo disposiciones obligatorias sobre las condiciones de trabajo y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores que deben respetarse. Atendiendo a la redacción de la norma, la expresión “que deben respetarse” parece abrir la puerta a que puedan establecerse listados sobre los aspectos a proteger específicamente o restricciones frente a derechos o condiciones de trabajo que puedan quedar al margen de dicho amparo, lo que otorgaría a esta nueva previsión un carácter de protección parcial o selectiva en virtud de la elección de los medios a través de los cuales se establezcan o canalicen esas condiciones a respetar. En cualquier caso, «y dado lo peculiar de la situación y todas las previsiones, habrá aspectos, como la Prevención de Riesgos Laborales, que evidentemente verán matizada su aplicación en virtud del desplazamiento»²⁷.

En España, el Título VI del RD-Ley 7/2021, de 27 de abril, contiene las modificaciones derivadas de la transposición de la mencionada Directiva, adaptando diferentes normas como la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; la Ley 14/1994, de 1º de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal; la Ley 5/2000, de 4 de agosto, sobre

²⁶ «Sin menospreciar la importancia que posee el hecho de incluir en el primer artículo de la norma un previsión de tales características, la legislación no puede ahora esperar a cumplir tal declaración de intenciones, en tanto de eso se trata la precisión realizada, habida cuenta de que, por el momento, se limita a una declaración programática que tendrá que verse convenientemente desarrollada, pues se especifica que en materia preventiva y con objeto de que se respeten por las empresas, se fijarán “disposiciones obligatorias”. En cualquier caso, no deja de ser curiosa la expresión y terminología usada, ya que algo obligatorio debe forzosamente respetarse si no se quiere incurrir en incumplimientos legales que deberían tener sus oportunas – y también reguladas – consecuencias, ¿o acaso se crearán disposiciones cuyo cumplimiento no sea necesario?, en cuyo caso carecería de sentido tal regulación de voluntario acatamiento, pues de poco serviría a la hora de alcanzar el objetivo pretendido» (J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores. Los retos del Derecho del Trabajo frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*, cit., pp. 215-216).

²⁷ J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Aproximación a las novedades de la Directiva 2018/957, de 28 de junio de 2018, que modifica directiva 96/71/ce, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, en CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (coord.), *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2019, vol. II, p. 370.

Infracciones y Sanciones en el Orden Social; la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Sin embargo, y a pesar de tales previsiones, el propio hecho de la movilidad internacional y las previsiones de aplicación normativa en estos casos, elevan notablemente la dificultad de identificar el bloque normativo en materia preventiva que una empresa debe atender a la hora de llevar a cabo un desplazamiento de este tipo²⁸.

Se hace referencia a trabajadores cuya prestación de servicios se desarrolla en favor de empresas radicadas en España y cuyos contratos, en consecuencia, se rigen por la legislación española, aun cuando durante un tiempo más o menos prolongado son desplazados a otros territorios sin que la ley aplicable se vea alterada.

Las disposiciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo del país de destino parece, en principio, que deberán situarse entre las normas a respetar por la empresa que desplaza a su empleado, en tanto en cuanto en esta materia se procedió, como se ha visto, a realizar una armonización de las diferentes legislaciones de los estados miembros, de forma tal que existe una protección estándar mínima en el ámbito preventivo que acerca las distintas normativas y las hacen en buena medida muy similares en sus bases, aun cuando cabe señalar que evidentemente no todos los países adaptaron de manera idéntica ni con el mismo alcance regulador la directiva marco, o no vigilan con la misma intensidad su aplicación, produciéndose diferencias que provocan la antes mencionada dificultad en muchos momentos a la hora de determinar el cuerpo regulador de aplicación.

De acuerdo con la normativa, en consecuencia, deberá realizarse una comparación de las disposiciones de ámbito preventivo tanto del estado de origen como del de destino con el objetivo de garantizar la mayor protección posible para el trabajador. El problema aparece marcado por el hecho de que garantizar las condiciones más favorables cuando un trabajador se integra en la estructura organizativa de una empresa diferente a la del estado de origen no resulta tarea ni mucho menos sencilla²⁹, más teniendo en cuenta que esa normativa extranjera no será de aplicación si resulta menos favorable que la legislación española.

En el supuesto de que el desplazamiento se produjera fuera del territorio de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, la empresa también deberá cumplir las exigencias en materia de Prevención de Riesgos en el

²⁸ Así, F. CAMAS RODA, M. MARTÍNEZ ASO, *El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, en *Revista de Derecho Social*, 2009, n. 45, p. 111.

²⁹ B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Desplazamientos y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Aranzadi, 2018, p. 88.

país de destino, lo que implica, en cualquier caso, que será a aquélla a quien corresponda en cada caso identificar las concretas obligaciones exigibles tanto antes de la movilidad como durante la estancia del trabajador en su nuevo puesto.

En definitiva, las normas preventivas del territorio receptor serán, o podrán ser, distintas de aquellas que hasta ahora se venían aplicando al trabajador, de manera que, de entrada, la expatriación del operario no puede suponer por sí misma la degradación o el menoscabo de los estándares mínimos de salud y seguridad aplicables a la relación laboral, circunstancia que supone una de las principales singularidades en un ámbito ya de por sí plagado de dificultades aplicativas, habida cuenta de que mantener en otro país el nivel de seguridad que un trabajador viene disfrutando en el nuestro supone admitir la posibilidad de exportar a un tercer Estado la normativa de prevención de riesgos española, enfrentándose así al hecho de que tales normas se rijan por la ley aplicable del territorio donde se prestan servicios y viceversa, aceptando que en nuestro territorio se inaplique la propia norma y se respete y sea exigible la del contrato en vigor, generando de tal manera «núcleos de inmunidad no contemplados en nuestra legislación preventiva», la cual, por otra parte, no se acerca a regular en momento alguno la cuestión cada vez más habitual de la expatriación de trabajadores³⁰.

Cabe establecer como premisa de partida que la Prevención de Riesgos Laborales será materia sujeta al territorio concreto, el *ius soli*, en tanto en cuanto cada estado impondrá una serie de derechos, deberes y obligaciones y exigirá las responsabilidades que considere oportunas en virtud y por razón de un determinado orden público laboral³¹.

Al igual que la normativa laboral es propia y particular de cada Estado miembro, la preventiva, con todo lo señalado, en principio no será exportable ni le podrá ser exigida su tutela a las autoridades de otros países. Sin embargo, tal regla general dependerá de numerosos factores a tener en cuenta y valorar adecuadamente como la ley aplicable al contrato, la duración del desplazamiento, los pactos individuales o colectivos³², sin olvidar en ningún caso el estándar de seguridad del lugar de destino en comparación con el nuestro si se considera, de inicio, que la ley aplicable al

³⁰ En tal sentido, R. MARTÍN JIMÉNEZ, *Prevención de riesgos laborales y trabajadores expatriados*, en A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA (dir.), *La expatriación de trabajadores*, Aranzadi, 2012, pp. 695-696.

³¹ R. SERRANO OLIVARES, *La movilidad geográfica transnacional*, La Ley, 2000, p. 182.

³² Sobre la materia, ampliamente, J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del Derecho extranjero*, Eolas, 2015, p. 59 ss.

contrato del trabajador movilizado es la nacional.

En este sentido, y al hilo de estas cuestiones, no ha faltado quien señala la dificultad de identificar «¿qué relación existe entre la Prevención de Riesgos Laborales y los trabajadores expatriados? Desde luego, la relación no es evidente (no, al menos a primera vista) porque se trata de dos materias inconexas si se piensa en el marcado carácter territorial (nacional, comunitario) de la Prevención de Riesgos Laborales y en la desvinculación del territorio que todo proceso de expatriación conlleva»³³.

La práctica demuestra que la prioridad habitual tanto de empresas como trabajadores se centran básicamente en las cuestiones retributivas y fiscales y, por otra parte, las relativas a temas de seguros de asistencia en viaje, protección sanitaria en el lugar de destino o en materia de Seguridad Social, al objeto de que el afectado no vea perjudicadas sus cotizaciones³⁴, siendo escasas las ocasiones en las cuales se incorporan cláusulas preventivas a pesar de que el interés en este aspecto debería resultar muy elevado.

Por ello, los representantes de los trabajadores no deben mantenerse ajenos al fenómeno de la expatriación de un trabajador o trabajadores, pues al cumplimiento de sus obligaciones, se ha de sumar el hecho de que pueden intervenir de forma muy directa a través de la negociación en numerosas cuestiones en esta materia, entre las que se encontrarían las condiciones de seguridad y salud del desplazado, que tienen que resultar de máximo interés tanto para la empresa como para el trabajador en aras, de una parte, del normal desarrollo de la actividad productiva en las mejores condiciones de seguridad y, de otra, de manera más práctica, por las responsabilidades que pudieran generarse como consecuencia de incumplimientos en esta materia³⁵.

4. El cumplimiento de las obligaciones preventivas durante el desplazamiento por la empresa de origen y de destino. La “exportación” de las obligaciones

La disciplina de Prevención de Riesgos Laborales impone fundamentalmente a la empresa una serie de obligaciones de obligatorio cumplimiento que se pueden ver diluidas o matizadas en los supuestos en los cuales se decide movilizar a un trabajador a otro país. La protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la Prevención de Riesgos

³³ Así, R. MARTÍN JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 695.

³⁴ Sobre esta materia, A. SANGUINO, M. SANZ, *La gestión de la salud, una cuestión internacional*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 2008, n. 54, p. 40 ss.

³⁵ En torno a esta cuestión, R. MARTÍN JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 699.

Laborales se articula básicamente en torno a dos conceptos³⁶, de un lado, la definición de una política de prevención de riesgos laborales a desarrollar por las administraciones públicas, de otro, el reconocimiento de un derecho del trabajador a una protección adecuada y eficaz, lo que genera una obligación empresarial de naturaleza contractual, con una elevada delimitación y concreción³⁷ en la norma, en tanto ésta no aparece limitada a formulaciones de carácter genérico. La Ley, por tanto, opta técnicamente por construir el contenido del derecho de los trabajadores a partir del correlativo deber del empresario³⁸.

El art. 14 LPRL establece el deber genérico de protección eficaz que recae sobre la unidad productiva, que se integrará básicamente por la información relativa a los riesgos, la consulta y participación, la formación en materia preventiva, la paralización de actividades en caso de riesgo grave e inminente y la vigilancia de la salud.

A su vez, el segundo apartado del precepto fija la obligación para el empresario de adoptar cuantas medidas resulten necesarias para la prevención y protección de sus trabajadores, convirtiéndose en garante último de su seguridad y salud, deberes que se van desarrollando posteriormente a lo largo del articulado de la Ley. A tal efecto desarrollará la prevención mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud, con las especialidades que recoge la ley en materia de plan de prevención de riesgos (art. 16 LPRL), evaluación de riesgos (art. 16), información, consulta y participación (art. 18), formación de los trabajadores (art. 19), actuación en casos de emergencia y de riesgos grave e inminente (art. 20), vigilancia de la salud (art. 22), y mediante la constitución de una organización y los medios necesarios (Capítulo IV), debiendo desplegar una acción de permanente seguimiento de la actividad preventiva.

Aun cuando no aparezcan directamente especificados en el art. 14 LPRL, existen otras medidas a añadir a éstas que la norma regula como las relativas a los equipos de trabajo y de protección (art. 17), coordinación de actividades empresariales (art. 24), trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25), trabajadoras embarazadas y protección de la maternidad (art. 26), menores (art. 27) y trabajadores temporales (art. 28).

³⁶ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre*, en *Actualidad Laboral*, 1996, n. 1, p. 206.

³⁷ T. SALA FRANCO, F. ARNAU NAVARRO, *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, 1996, p. 77 ss.

³⁸ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *La protección del trabajador frente a los riesgos laborales*, en *Derecho y Salud*, 1996, n. 1, p. 29.

Constituye, por tanto, una deuda de seguridad³⁹ que el empresario contrae con sus empleados por el simple hecho «de que éstos presten servicios bajo su ámbito de organización»⁴⁰.

La exportación de estas obligaciones debe ser analizada supuesto por supuesto, teniendo en cuenta que el medio adecuado para proceder a dicha exportación puede ser cualquiera de los habituales, esto es, el propio contrato de trabajo a través de un acuerdo individual con el trabajador, el convenio colectivo o, incluso, la existencia de un denominado “paquete de exportación”, sea éste negociado o no con los trabajadores⁴¹, pudiendo considerar razonable que, al margen de la especial situación a la cual se enfrentan las partes en esta materia, en el marco de la expatriación se respeten una serie de derechos básicos y pueda fijarse el modo de garantizarlos y concretarse la manera de protegerlos.

a) Así, las obligaciones relativas a la organización y gestión de la prevención en la empresa siguen, lógicamente, debiendo cumplirse a nivel general, pero quedarán en buena medida desplazadas frente a ese trabajador expatriado, habida cuenta de que durante el tiempo de duración de la movilidad estará integrado en la estructura organizativa de la entidad receptora, que será quien deba velar por el cumplimiento de tales deberes⁴² teniendo en cuenta la nueva presencia de un trabajador con características especiales como consecuencia de su origen, aunque luego esta cuestión pueda no tener influencia alguna. De tal forma, tiene lugar junto al del empleado una especie de desplazamiento de las obligaciones preventivas en este campo. Ahora bien, no resulta posible obviar el hecho de que en la planificación preventiva de la empresa en cualquiera de sus niveles, ya sea en la evaluación o en el propio plan, se prevea expresamente la posibilidad de que se presente tal circunstancia y las acciones y medidas que puedan implementarse ante los posibles desplazamientos transnacionales de sus trabajadores. De hecho, resultaría de todo punto necesario que este aspecto apareciera previsto y detallado cuando la empresa desplace a trabajadores a otros territorios, debiendo en caso contrario actualizarse la evaluación de riesgos antes de desplazar al trabajador teniendo en cuenta, al menos, los

³⁹ Al respecto, M. ALONSO OLEA, *El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia*, en *Civitas*, 1981, n. 5, p. 95 ss., J. APARICIO TOVAR, *Las obligaciones del empresario de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo*, *ibidem*, 1991, n. 49, p. 705 ss., o X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Análisis jurisprudencial del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad*, en AA.VV., *La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos. VII congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS, 1996, p. 2.

⁴⁰ STSJ Castilla y León/Burgos 11 abril 1994 (AS 1361).

⁴¹ R. MARTÍN JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 705-707.

⁴² F. CAMAS RODA, M. MARTÍNEZ ASO, *op. cit.*, p. 114.

posibles riesgos derivados del viaje de ida y vuelta⁴³ así como las posibles condiciones del país del destino⁴⁴, pues el fenómeno de la expatriación no puede entenderse en un sentido reduccionista, limitado simplemente al tiempo durante el cual el trabajador se encuentra movilizado, sino que ha de comprender la fase previa a la salida y la de retorno, en las cuales la prevención de riesgos no puede ser ignorada⁴⁵. No se puede obviar la doctrina del Tribunal Supremo en tal materia, de acuerdo con la cual se considera que la misión integra dos elementos, como son el desplazamiento para cumplir con la misma y la realización del trabajo en el cual consiste, por lo que, respecto a la protección hace, la correspondiente al desplazamiento presenta cierta similitud con la del accidente *in itinere* y ha de ser protegido a efectos del accidente de trabajo de manera similar y la propia durante la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión ha de seguir el régimen normal de la Ley General de Seguridad Social respecto al accidente y la enfermedad profesional, debiendo el resto del tiempo tener una «conexión necesaria con el trabajo»⁴⁶.

b) En cuanto a las disposiciones que garantizan la consulta y participación de los trabajadores en materia preventiva habría que señalar algo parecido a lo anterior, pues, en cuanto desplazado, el trabajador quedará temporalmente integrado en la estructura organizativa de la empresa foránea, por lo que «no parece que quepa exigirle al empresario que desplace obligaciones específicas»⁴⁷, si bien, cabría señalar que se habrá de tener en cuenta la posición del trabajador en la empresa, ya que si realiza algún tipo de función en materia preventiva, resulta lógico colegir que, dependiendo del tiempo de desplazamiento y de si el trabajador conserva su situación o es sustituido por otro en tales funciones, se conservarían algunos deberes, especialmente en materia de información. No cabe olvidar que estos trabajadores ven equiparadas sus garantías a las de los representantes legales para proteger su actividad ante posibles actuaciones maliciosas con objeto de entorpecerla, y el recurso a la movilidad geográfica podría ser una de ellas. Respecto al resto de obligaciones y derechos habría que matizar igualmente su forma de cumplimiento, pues el hecho de que la Directiva

⁴³ No cabe olvidar que la empresa es responsable en este aspecto durante todo el desarrollo del desplazamiento, STS 4 mayo 1998 (RJ 4091).

⁴⁴ Al respecto, STS 23 junio 2015 (RJ 5533), que consideró como accidente de trabajo el hecho de que un trabajador contrajera neumonía en un desplazamiento a Tailandia debido a las condiciones climatológicas del destino.

⁴⁵ R. MARTÍN JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 697.

⁴⁶ STS 6 marzo 2007 (RJ 1867), STS 8 octubre 2009 (RJ 5666), STS 16 septiembre 2013 (RJ 7306) o STS 24 febrero 2014 (RJ 2771).

⁴⁷ B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *op. cit.*, p. 88.

marco haya establecido unas bases comunes que implican que exista una protección mínima igual, y la norma europea y las de transposición obligan al empresario a garantizar una protección eficaz al trabajador, por lo que sí deberá cumplir y abordar una serie de medidas y cuestiones al respecto. Estas obligaciones se destacan especialmente en supuestos de desplazamientos internacionales en cuanto a información y formación, vigilancia de la salud y coordinación de actividades hace.

c) En este sentido, cabe destacar como el desplazamiento, en cualquier caso, no comienza en el momento de llegada al país de destino, sino que con carácter previo es necesario informar al trabajador de los riesgos laborales del nuevo lugar de trabajo⁴⁸ a todos los niveles, ya sean por agentes físico, químicos o riesgos psicosociales, debiendo proporcionarse información más amplia en torno a las costumbres sociales y laborales e instituciones del país de destino, con la intención de procurar una preparación psicológica adecuada y la mejor aclimatación posible desde el primer momento⁴⁹. El deber de información está pensado para proporcionar al empleado un correcto conocimiento de su medio, de las circunstancias bajo las cuales se desarrolla su prestación laboral, de los riesgos a los que se expone en tal marco y, por supuesto, de su gravedad⁵⁰, siendo siempre básico, en consecuencia, su cumplimiento, más aún en los casos de expatriación en los cuales el trabajador normalmente se va a encontrar en un medio ajeno a él y sus conocimientos. En este sentido, será clave «la combinación de recursos internos, medios de comunicación, sitios webs intergubernamentales y contratistas privados» para desarrollar dicha evaluación e información. Es más, tal circunstancia «puede servir de paso previo a la hora de seleccionar al trabajador que va a someterse a dicho episodio»⁵¹. Para ello resulta conveniente, además de toda la información que se le pueda transmitir, elaborar un informe al respecto con todos los aspectos necesarios que se entregará por escrito informando de cualquier cuestión de interés como condiciones sanitarias del país, situación de seguridad ciudadana del mismo, seguridad vial, fenómenos atmosféricos, costumbres sociales y laborales, etc.

⁴⁸ J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Riesgos profesionales y movilidad del trabajador*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ (dirs.), *La Prevención de Riesgos Laborales y las nuevas formas de organización del trabajo. II Jornadas Universitarias Castellano y Leonesas sobre Prevención de Riesgos Laborales*, Eolas, 2011, p. 183 ss.

⁴⁹ P. RIVAS VALLEJO, *Factores de riesgo laboral derivados de la emigración*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 2009, n. 63, p. 18 ss.

⁵⁰ STS 20 enero 1992 (RJ 192).

⁵¹ En este sentido, A.M. MOLINA MARTÍN, *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, Aranzadi, 2010, p. 338.

d) Igualmente, impartir con carácter previo la formación necesaria para el trabajador con objeto de obtener la cualificación necesaria, si ello fuera preciso, en todo lo relativo a los posibles nuevos riesgos a los que deba hacer frente en el desarrollo de trabajo durante el período que dure el desplazamiento, será obligación del empresario⁵², desarrollando una formación específica sobre los riesgos concretos del puesto de trabajo del país de destino⁵³, debiendo continuar, además, cumpliendo con sus deberes en materia de actualización de dicha formación si se le cambiara de funciones. Esta subespecie de formación aparece recogida normativamente como una obligación atribuida directamente al empresario, siendo capaz de generar un derecho-deber del trabajador de aceptar los procesos de perfeccionamiento y de atenerse a los conocimientos adquiridos en el desarrollo de su prestación laboral⁵⁴. La obligación de quien dirige la actividad productiva abarca varios aspectos, a plasmar, específicamente, en el momento de la contratación del trabajador; en la actualización de la formación siempre que se produzca un cambio en las funciones del trabajador en uso del *ius variandi* empresarial o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo que puedan ocasionar riesgos para el propio trabajador, sus compañeros o terceros; y centrándola específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, que además debe ser constantemente adaptada a la evolución de los riesgos o a la aparición de nuevos riesgos. En fin, y cuando tal sea necesario, la formación debe individualizarse para contemplar situaciones concretas y personales⁵⁵. Como se puede apreciar, tales circunstancias se presentan indudablemente en una situación de movilidad transnacional. Ello incluirá, en íntima conexión con la obligación de vigilancia de la salud, preparar al trabajador también para el posible choque cultural que pueda surgir en virtud no sólo del lugar al cual se movilice, sino de sus propias características personales, pues se trata de un riesgo psicosocial susceptible de generar diferentes síntomas y patologías como ansiedad, desorientación, nostalgia, depresión o estrés.

⁵² En este sentido, la STSJ Galicia 18 marzo 2008 (JUR 207303) condenó a la empresa que desplazaba al trabajador al pago del recargo de las prestaciones al no haber recibido formación e información y sufrir el operario un accidente de trabajo en el país de destino.

⁵³ Sobre la materia, J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Formación e información sobre riesgos profesionales: una tipología judicial*, en *Aranzadi Social*, 2012, n. 6, p. 115 ss.

⁵⁴ STSJ Castilla y León/Valladolid 2 julio 2001 (JUR 267851), STSJ 24 marzo 2003 (JUR 273819) y STSJ 20 enero 2004 (AS 645) o STSJ Castilla y León/Burgos 10 abril 2001 (AS 2118).

⁵⁵ En tal sentido, M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Información y formación de los trabajadores*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *La seguridad y salud en el trabajo a través de los convenios colectivos de Castilla y León*, Universidad de León, 2006, pp. 119-120.

e) En cuanto a la vigilancia de la salud hace, las normas, requisitos y protocolos deben cumplirse antes del desplazamiento de la misma forma, habida cuenta de que la movilidad puede implicar viajar a zonas con riesgos epidemiológicos, enfermedades contagiosas o endémicas, apartadas, catastróficas, insalubres, requerir de vacunaciones (debiendo ofrecérselas, siendo obligatorias en muchos territorios, no ya sólo por imposición laboral⁵⁶, sino de las autoridades sanitarias), por lo que la información debe ser lo amplia posible y adecuada a la realidad que el empleado se va a encontrar⁵⁷, debiendo verificarse el estado de salud con carácter previo a ese desplazamiento y comprobar la compatibilidad de aquél y las nuevas condiciones laborales, ofreciéndole una revisión médica antes del cambio temporal de destino, especialmente si en éste existe riesgo de enfermedad profesional, en cuyo caso será obligatoria, y documentando por escrito la posible negativa del trabajador en los supuestos en que la normativa le impide obligarle a someterse a la misma en virtud del principio de voluntariedad en este ámbito⁵⁸. En fin, por supuesto, este deber se materializa también en la obligación de garantizar la vigilancia periódica del estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo⁵⁹ tal y como establece el art. 22.1 LPRL⁶⁰. La norma obliga a que los reconocimientos médicos iniciales tengan una continuidad en el tiempo con objeto de que la protección ante determinados riesgos para la salud de la persona no se quede anclada en un único examen previo a la contratación, pues el concreto riesgo al que aparezca expuesto en el desempeño de sus funciones, en principio, persistirá en el tiempo, y, ante situaciones como la expatriación la empresa debe poner en marcha los mecanismos necesarios para afrontar los posibles nuevos riesgos para la salud del trabajador afectado.

f) La obligación de coordinación de actividades empresariales merece también especial consideración en los supuestos de desplazamiento transnacional, en tanto pueden aparecer implicadas varias entidades productivas, de entrada la de origen y la de destino, que podría pertenecer a un grupo de empresas, ser una contrata, una subcontrata o una empresa usuaria, de forma tal que, sin duda, el empresario española deberá establecer

⁵⁶ Sirva como ejemplo la STSJ Cataluña 12 marzo 2012 (AS 945), que condena a la indemnización por daños y perjuicios a una empresa que destinó a la India a un empleado que contrajo el dengue al considerar que no se previó el riesgo de contagio.

⁵⁷ Al respecto, J. SANZ, *Expatriados. Apuntes sobre su gestión en un Servicio de Medicina del Trabajo*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 2004, n. 9, p. 54 ss.

⁵⁸ Sobre la materia, J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *La vigilancia de la salud de los trabajadores*, Eolas, 2009, p. 133 ss.

⁵⁹ S.I. PEDROSA ALQUÉZAR, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Consejo Económico y Social, 2005, p. 5 ss.

⁶⁰ En tal sentido, STSJ Madrid 14 enero 2005 (JUR 84184).

medidas de coordinación con la empresa a la cual el trabajador se moviliza, estableciendo las oportunas medidas al respecto⁶¹, surgiendo la duda en cuáles pueden ser esas medidas y hasta dónde deben llegar en virtud de la legislación del país de acogida. La coordinación de actividades en la Ley se erige como un precepto complejo cuyo contenido va más allá de lo que su enunciado parece señalar, afectando a diversas situaciones además de la propia coordinación, debiendo, por otra parte, y a pesar de la inexistencia de una correlación expresa entre los distintos apartados, aplicarse y estudiarse de modo conjunto, pues su cumplimiento tiene como fin último alcanzar la máxima seguridad para los trabajadores de las empresas concurrentes, habida cuenta de que los riesgos producidos afectarán a todos y no sólo a los empleados del empresario que pudiera ocasionarlos⁶². Este precepto fundamenta las bases en materia de coordinación⁶³ en tres aspectos: el deber de cooperar; el deber de informar e instruir del empresario titular; y el deber de vigilancia del empresario principal. La normativa española obliga a actividades tan sencillas como simples reuniones informativas y llega a cuestiones más complejas como el establecimiento de recursos preventivos o la designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas. El problema se plantea cuando se cuestiona si podrá exigirse la designación de una persona encargada en el país de destino, en caso de que no exista ya una, para intentar garantizar una protección equivalente, de manera que habrá de atenderse de nuevo también a la legislación del estado en cuestión para valorar si sus contenidos resultan suficientes para cumplir las exigencias de nuestra norma⁶⁴ o, incluso, si las superan al imponer compromisos más intensos.

g) Sin olvidar obligaciones como las documentales, la integración de la

⁶¹ B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *op. cit.*, p. 89.

⁶² J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Coordinación de actividades preventivas y responsabilidades del empresario*, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (coord.), *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, 2018, p. 3, o J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Aplicación práctica de la coordinación de actividades empresariales en materia preventiva*, CEOE, 2016, p. 7 ss.

⁶³ P. PALACIOS VALENCIA, J.L. MORILLO LÓPEZ, *La coordinación de actividades (entre empresas) en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y su problemática*, en *La Mutua*, 2009, n. 21, p. 98.

⁶⁴ R. SERRANO OLIVARES, *Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. SERRANO OLIVARES, S. DEL REY GUANTER (coords.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales: comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, Consejo Económico y Social, 2002, p. 80 ss.

actividad preventiva, la información sobre los daños a la salud, la paralización de actividades, la evaluación de los puestos de trabajo, dar las debidas instrucciones, etc., que no tienen porqué desaparecer, cabe señalar que respecto éstas habrá de estarse en buena medida a las normas del país de destino, siempre y cuando no supongan un deterioro o una minoración de las condiciones de seguridad en el desempeño de sus funciones del trabajador desplazado, siendo en este sentido de vital importancia la obligación de coordinación de actividades ya destacada anteriormente.

h) Señalar, en último término, que la empresa tiene una serie de obligaciones específicas relativas a trabajadores especialmente sensibles y, aunque no se reconoce a los desplazados como tales expresamente, el concepto no es cerrado y no ha de vincularse necesariamente a factores subjetivos de la persona, sino que también puede estar orientada a la no discriminación o diferencia de trato respecto al resto, por lo que, aunque pudiera parecer exagerada tal posibilidad, no parece existir impedimento alguno a su consideración como tales, siendo sensibles a los nuevos riesgos generados y derivados por su nueva ubicación laboral en otro estado, especialmente en cuanto a los riesgos psicosociales hace.

5. Las responsabilidades del empresario

Recordar, en cualquier caso, que el hecho de que las obligaciones en prevención de riesgos se cumplan de una forma diferente o se puedan trasladar en buena medida a la empresa receptora, no impide que el empresario siga siendo, de acuerdo con nuestra normativa, el garante último de la seguridad y salud de sus empleados, lo que significa que de ninguna manera obtiene carta blanca con la movilidad para exonerarse de las exigencias que la ley le impone ni, por supuesto, de cumplir las exigencias que en el lugar de destino marque la pertinente normativa de aplicación, para lo que deberá dotar a sus empleados de todos los recursos necesarios, pudiendo, si lo considera oportuno, contratar los servicios de empresas especializadas que le puedan asesorar en la materia, tal y como nuestra ley establece⁶⁵.

En los casos en los cuales la empresa no haya cumplido con las normas indicadas, su responsabilidad se podrá manifestar de forma muy similar en unos casos, o exactamente igual en otros, que si no hubiera existido el

⁶⁵ J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores. Los retos del Derecho del Trabajo frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*, cit., p. 228.

desplazamiento, pues ella es la garante última de la seguridad y salud de sus empleados, por lo que cabe la posibilidad de responder tal y como nuestra normativa establece a nivel administrativo, civil, penal y de seguridad social (siempre y cuando el trabajador siga cotizando en territorio español).

Se trata de una cuestión de gran importancia, habida cuenta de que se debe evitar que la empresa pueda esquivar sus responsabilidades, al verse sus obligaciones matizadas o diluidas en el desplazamiento, aunque no resulta fácil resolver el problema con criterios de alcance general para todos los supuestos, sino que habrá que analizar el caso concreto en cada una de las ocasiones y tener en cuenta todas las condiciones jurídicas y laborales y las características que se dan en cada desplazamiento, pues las autoridades del país de destino también podrían depurar eventuales responsabilidades penales o administrativas, atendiendo a la ley aplicable para el caso de las de carácter patrimonial.

Los supuesto ilícitos si se ha incumplido la normativa deben superar el filtro de su exigibilidad en términos de obligación jurídica⁶⁶, pues al no haber en ocasiones, tal y como se ha señalado, el mismo nivel de exigibilidad, pudiera ocurrir que la empresa no estuviera obligada a cumplir con alguna o algunas obligaciones exigidas por nuestra legislación en tanto en cuanto no lo fueran en el país de destino y ello no llegara a menoscabar sus derecho a la protección adecuada en este ámbito, por lo que, se insiste, habrá que analizar cada caso de manera individual, y siempre atendiendo a las reglas sobre prescripción y caducidad que podrían presentarse al existir más dificultades de control al desarrollarse la prestación de servicios en territorio extranjero.

En cualquier caso, siempre habrá de tenerse en cuenta en tales supuestos que, de acuerdo con la Directiva 2014/67/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, el país de destino desarrollará las oportunas inspecciones a efectos de verificar que las empresas que desplazan trabajadores a otros estados cumplen con sus obligaciones preventivas (art. 10.1), así como el Estado miembro de la entidad emisora «continuará encargándose del seguimiento, control y adopción de las medidas de supervisión o garantía de cumplimiento necesarias con respecto a los trabajadores desplazados a otros Estado miembro, de acuerdo con el Derecho, las prácticas y los procedimientos administrativos nacionales» (art. 7.2). Es decir, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española también tendrá la capacidad para verificar si la empresa respeta las obligaciones preventivas exigibles en España respecto a ese trabajador movilizado en

⁶⁶ R. MARTÍN JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 697.

cuanto a evaluación de riesgos, información, formación, vigilancia de la salud, etc.

6. Bibliografía

- AGRA VIFORCOS B. (2018), *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Eolas
- ALONSO OLEA M. (1981), *El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia*, en *Civitas*, n. 5, pp. 95-102
- APARICIO TOVAR J. (1991), *Las obligaciones del empresario de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo*, en *Civitas*, n. 49, pp. 705-748
- BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ C. (2002), *Los efectos negativos de la globalización y propuestas alternativas*, en M. BARAÑANO CID (dir.), *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Consejo General del Poder Judicial
- CAMAS RODA F. (2016), *Trabajo decente e inmigrantes en España. Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y el objetivo internacional de un trabajo decente*, Huygens
- CAMAS RODA F., MARTÍNEZ ASO M. (2009), *El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, en *Revista de Derecho Social*, n. 45, pp. 105-132
- CARBALLO MENA C.A. (1998), *Diálogo social y tripartismo en Venezuela*, en F. DURÁN LÓPEZ (coord.), *Diálogo Social y su Institucionalización en España e Iberoamérica*, Consejo Económico y Social
- CARRIL VÁZQUEZ X.M. (1996), *Análisis jurisprudencial del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad*, en AA.VV., *La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos. VII congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS
- CASADO ABARQUERO M. (2009), *Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores*, en *Justicia Laboral*, n. 40, pp. 11-30
- CASTLES S. (2003), *La política internacional de la migración forzada*, en *Migración y Desarrollo*, n. 1, pp. 1-28
- DOMÍNGUEZ MÚJICA J., GODENAU D. (2011), *Las migraciones internacionales en el Siglo XXI*, en M.I. RAMOS QUINTANA (coord.), *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea*, Bomarzo
- DOS SANTOS SOARES A. (2015), *Migrantes forzosos. Contextos y desafíos de "Responsabilidad de Proteger" en el siglo XXI*, Universidad Pontificia de Comillas
- DURÁN LÓPEZ F. (1998), *Globalización y relaciones de trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 92, pp. 869-888

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ J. (2019), *Aproximación a las novedades de la Directiva 2018/957, de 28 de junio de 2018, que modifica directiva 96/71/ce, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, en CENTRO DE ESTUDIOS JUDICIARIOS (coord.), *Prontuário de Direito do Trabalho*, vol. II

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ J. (2019), *Prevención de Riesgos Laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ J. (2018), *Coordinación de actividades preventivas y responsabilidades del empresario*, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (coord.), *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ J. (2018), *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores. Los retos del Derecho del Trabajo frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional*, Reus

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ J. (2016), *Aplicación práctica de la coordinación de actividades empresariales en materia preventiva*, CEOE

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ J. (2015), *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del Derecho extranjero*, Eolas

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ J. (2012), *Formación e información sobre riesgos profesionales: una tipología judicial*, en *Aranzadi Social*, n. 6, pp. 115-134

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ J. (2011), *Riesgos profesionales y movilidad del trabajador*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ (dirs.), *La Prevención de Riesgos Laborales y las nuevas formas de organización del trabajo. II Jornadas Universitarias Castellano y Leonesas sobre Prevención de Riesgos Laborales*, Eolas

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ J. (2009), *La vigilancia de la salud de los trabajadores*, Eolas

GEORGE S. (2004), *¿Globalización de los derechos?*, en M.J. GIBNEY (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Crítica

LYON-CAEN G. (1998), *Los derechos sociales: génesis y utilidad de una noción*, ponencia presentada en el Seminario internacional *Globalización y derechos sociales*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires

MARTÍN JIMÉNEZ R. (2012), *Prevención de riesgos laborales y trabajadores expatriados*, en A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA (dir.), *La expatriación de trabajadores*, Aranzadi

MARTÍNEZ BARROSO M.R. (2006), *Información y formación de los trabajadores*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *La seguridad y salud en el trabajo a través de los convenios colectivos de Castilla y León*, Universidad de León

- MATEOS BEATO A., MARTÍN JIMÉNEZ R. (2010), *Conceptos y temas prácticos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. (2005), *Proyecto Docente*, Universidad de Oviedo
- MOLINA MARTÍN A.M. (2010), *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, Aranzadi
- MONEREO PÉREZ J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ L.A. (2011), *Modelos jurídico políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada*, en *Justicia Laboral*, n. 47, pp. 13-56
- OJEDA AVILÉS A. (2013), *Derecho transnacional del trabajo*, Tirant lo Blanch
- PALACIOS VALENCIA P., MORILLO LÓPEZ J.L. (2009), *La coordinación de actividades (entre empresas) en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y su problemática*, en *La Mutua*, n. 21, pp. 97-115
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C. (1996), *El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre*, en *Actualidad Laboral*, n. 1, pp. 199-211
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C. (1996), [La protección del trabajador frente a los riesgos laborales](#), en [Derecho y Salud](#), n. 1, pp. 27-40
- PEDROSA ALQUÉZAR S.I. (2005), *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Consejo Económico y Social
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F. (1991), *La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español (I y II)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 1
- RIVAS VALLEJO P. (2009), *Factores de riesgo laboral derivados de la emigración*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 63, pp. 18-27
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B. (2018), *Desplazamientos y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Aranzadi
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M. (2010), *Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, La Ley
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (1999), *El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1999, n. 2, pp. 78-85
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (1999), *OIT, derechos humanos y libertad sindical*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 1, pp. 3-10
- SALA FRANCO T., ARNAU NAVARRO F. (1996), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch

SANGUINO A., SANZ M. (2008), *La gestión de la salud, una cuestión internacional*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 54, pp. 40-43

SANZ J. (2004), *Expatriados. Apuntes sobre su gestión en un Servicio de Medicina del Trabajo*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 9, pp. 54-55

SEMPERE NAVARRO A.V., CANO GALÁN Y., CHARRO BAENA P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI C. (2005), *Políticas sociolaborales*, Tecnos

SERRANO OLIVARES R. (2002), *Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. SERRANO OLIVARES, S. DEL REY GUANTER (coords.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales: comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*, Consejo Económico y Social

SERRANO OLIVARES R. (2000), *La movilidad geográfica transnacional*, La Ley

SUÁREZ GONZÁLEZ F. (2006), *La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general*, en J. GARCÍA MURCIA (coord.), *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Consejería de Industria y Empleo, Universidad de Oviedo

Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE*

Dolores CARRASCOSA BERMEJO**

RESUMEN: El teletrabajo internacional plantea dudas sobre la legislación nacional aplicable de Seguridad Social, pues no existe una norma de conflicto *ad hoc* y la regla general, la *lex loci laboris*, queda distorsionada con el trabajo virtual. El artículo explora las distintas opciones en el marco normativo vigente respecto del teletrabajo internacional puro, híbrido o realizado por voluntad del trabajador durante un cierto período de tiempo (*teleworkation* o *south working*), aludiéndose también al teletrabajo internacional pandémico vinculado al Covid-19. Entre las soluciones futuras, la A. aboga por una reinterpretación actualizada de la *lex loci laboris* que conduciría a aplicar la ley del lugar donde se ubica la empresa y no la del lugar donde el teletrabajador teclea su portátil. Conexión que debería ser sometida a ciertas cautelas para evitar el *dumping* social, exigiendo a la empresa la realización de una actividad sustancial en el Estado de establecimiento.

Palabras clave: Teletrabajo internacional, reglamentos de coordinación UE, normas de conflicto, *lex loci laboris*, ley de seguridad social aplicable, teletrabajo híbrido, *teleworkation*, *south working*, teletrabajo pandémico, Covid-19, fuerza mayor, trabajadores fronterizos, desplazamiento, regla multi-Estado, nómadas digitales.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El teletrabajo. 3. Marco normativo actual: principios y objetivos. 4. Teletrabajo puro. 5. Teletrabajo híbrido. 6. *Teleworkation* o *south working* internacional. 7. Teletrabajo pandémico. 8. Algunas conclusiones y propuestas para el teletrabajo post pandémico. 9. Bibliografía.

* Este artículo es fruto de la participación de su A. en el proyecto europeo [POSTING.STAT](#) financiado por la Comisión Europea (VS/2020/0499) y coordinado por Jozef Pacolet y Frederic de Wispelaere.

** Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pontificia Comillas y Universidad Complutense de Madrid (España).

International Telework and Applicable Social Security Legislation: State of Play and Perspectives in the EU Coordination Regulations

ABSTRACT: International telework raises questions about the applicable national social security legislation, as there is no *ad hoc* conflict rule and the general rule, the *lex loci laboris*, is distorted regarding virtual work. The article explores the different options in the current regulatory framework for international teleworking full-time, hybrid or in the interest of the employee (teleworkation or south working), also referring to pandemic international telework due to Covid-19. Among future solutions, the A. pleads for an updated reinterpretation of the *lex loci laboris* which would lead to the application of the law of the place where the company is located and not that of the place where the teleworkers type in their laptop. This interpretation should be subject to certain requirements to prevent possible drawbacks linked with social dumping, among others, the company should carry out substantial activity in the Member State of establishment.

Key Words: International telework, EU coordination regulations, conflict rules, *lex loci laboris*, applicable social security law, hybrid telework, teleworkation, south working, pandemic telework, Covid-19, force majeure, frontier workers, posting, multi-State rule, digital nomads.

1. Introducción

Este artículo aborda un tema complejo que genera bastante *incertidumbre*, el teletrabajo internacional y la legislación de Seguridad Social aplicable conforme a los Reglamentos comunitarios de coordinación: el de base, [Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), complementado por el de desarrollo, [Reglamento \(CE\) n. 987/2009](#)¹.

Mi intención es analizar qué *interpretación* se puede realizar de las soluciones de las *normas* de conflictos incluidas en los *vigentes Reglamentos* que, como se pondrá de manifiesto, no son del todo satisfactorias. También me referiré a las medidas adoptadas durante la *pandemia*, que nos lleva acompañando más de dos años. Por último, mostraré cuales pueden ser las *soluciones futuras* que podrían aplicarse identificando sus ventajas y sus inconvenientes.

Conviene advertir ya, desde el principio, que la *modificación de los vigentes Reglamentos* iniciada en 2016 está siendo terriblemente complicada, su aprobación no parece inminente, aunque se sigue negociando. El *último acercamiento* fallido se produjo en diciembre de 2021 y en su texto² no se observa ninguna modificación sobre el teletrabajo. Por su parte, la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social³, ha decidido crear un grupo de trabajo sobre el impacto del teletrabajo en la legislación aplicable. Es el momento de pensar libremente y aportar al debate el enfoque que se considere más útil en la solución de los problemas detectados.

2. El teletrabajo

El teletrabajo en ciertos sectores creció exponencialmente durante la pandemia, también en la EU⁴, planteando simultáneamente importantes

¹ Resulta quizá más útil manejar la versión consolidada de ambos Reglamentos, aunque no sean documentos oficiales, ya que recogen sus numerosas modificaciones.

² [Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation \(EC\) No 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation \(EC\) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation \(EC\) No 883/2004](#), 17 diciembre 2021, 15068/21 ADD 1.

³ La Comisión Administrativa está integrada por un representante del Gobierno de cada uno de los Estados miembros, asistido, cuando sea necesario, por consejeros técnicos. Está vinculada a la Comisión Europea, que siempre participa, con carácter consultivo en las sesiones, con un representante, *vid.* [Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), art. 71.1.

⁴ En la EU donde más se incrementó fue en los Estados nórdicos y Benelux. *Vid.* M. SOSTERO ET AL., [Labour market change. Telegworkability and the COVID-19 crisis: a new digital](#)

dudas sobre la legislación de seguridad social aplicable en situaciones transnacionales⁵. Sin embargo, a pesar de que estas cifras apabullantes, asociadas a los confinamientos iniciales, hacían más acuciante la necesidad de respuestas, hay que admitir que *no se trata de un problema nuevo*. Siempre existió de forma marginal el trabajo en remoto o a distancia, además, hace décadas que se realizan encargos virtuales remitidos vía correo electrónico y quizás, algo más recientemente, contamos con el *teletrabajo interactivo*⁶. Este último permite la conexión con el servidor de la empresa y, en definitiva, gracias a la digitalización, trabajar telemáticamente, desde cualquier lugar del mundo, como si se estuviéramos en la propia oficina. Situación que puede generar incertidumbre sobre la ley de Seguridad Social aplicable⁷, al no encontrarse una norma de conflicto *ad hoc* para este supuesto de trabajo virtual en las *normas de coordinación internacional*, tampoco en los propios Reglamentos de coordinación comunitarios, a pesar de que tiene peculiaridades evidentes respecto del trabajo físico tradicional. También en el ámbito de la UE se echa en falta la existencia de *instrumentos interpretativos consensuados* que, aunque no sean jurídicamente vinculantes, podrían ayudar a aplicar las normas vigentes al teletrabajo. Sin embargo, el teletrabajo no se menciona en la *Guía práctica* de la Comisión Administrativa⁸; ni en ninguna Decisión interpretativa de esta misma institución sobre el trabajo virtual.

Cuando la parte más dura de la pandemia remitió y cesaron los confinamientos, comenzaron las *situaciones híbridas* (trabajo presencial y teletrabajo desde casa algunos días a la semana) que se han convertido en la tónica general. Los empleados, habiendo demostrado que la realización de su trabajo era posible vía teletrabajo, quieren mantener esta forma de trabajo⁹. El teletrabajo parece bueno para el planeta, pues reduce los desplazamientos y la contaminación, puede ser un arma para salvar de la desaparición a zonas despobladas. Incluso puede favorecer la conciliación

divide?, Eurofound Working Paper, 2020, WPEF20020.

⁵ Vid. ELA, [Impact of teleworking during the COVID-19 pandemic on the applicable social security. July 2021](#), 2021.

⁶ También denominado teletrabajo on-line. Una clasificación clásica de los diferentes tipos de trabajo a distancia y teletrabajo en A.M. ROMERO BURILLO, *La regulación laboral y de seguridad social del teletrabajo transfronterizo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2000, n. 205, pp. 91-92.

⁷ Como se podrá ver en la bibliografía y en las notas al pie, los estudiosos de la materia ya habían reflexionado sobre esta cuestión años antes de la pandemia.

⁸ COMISIÓN ADMINISTRATIVA DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL, [Guía práctica Sobre la legislación aplicable en la Unión Europea \(UE\), el Espacio Económico Europeo \(EEE\) y Suíza](#), Comisión Europea, 2013.

⁹ Vid. M. SOSTERO ET AL., *op. cit.*, p. 25.

de la vida laboral y familiar, siempre que vaya acompañado de un horario flexible. Sin embargo, algunos empresarios muestran *resistencia al teletrabajo*, podría pensarse que el mantenimiento de los trabajadores en casa no favorece el consumo ni la recuperación económica; existiendo, además, consenso en que el teletrabajo es difícil de controlar y gestionar, pues sin duda, exige un *cambio de perspectiva*, del presentismo al trabajo por objetivos y el respeto de derechos fundamentales como el de la intimidad¹⁰.

Junto al teletrabajo desde casa o *teletrabajo doméstico*, seguramente el modelo predominante, también encontramos el fenómeno de los denominados *nómadas digitales*. Como se puede leer en una web de reciente creación, su mantra es “*live everywhere work anywhere*”¹¹. Aunque todavía faltan datos, se considera que este colectivo está formado por jóvenes teletrabajadores cualificados, que trabajan por cuenta propia o a quienes sus empresas les permiten realizar su trabajo on-line, como una forma de retener su talento¹². En este caso, claramente, la movilidad responde a un interés de los empleados. Por ejemplo, un empleado sueco puede preferir teletrabajar desde las Islas Canarias, donde hay hoteles habilitados para ello¹³, y luego trasladarse a una isla griega, sin prestar ningún servicio en ninguno de esos Estados de estancia temporal. Como gastan dinero, algunos Estados miembros, entre ellos España¹⁴, están compitiendo por atraerlos a sus territorios mejorando su norma migratoria e incluso creando visados *ad hoc* para los nacionales de terceros Estados. Este fenómeno, sobre todo cuando es de corta duración, también se ha denominado *workation* o, quizás mejor, *teleworkation* que estaría referido, por ejemplo, al caso de un trabajador que vive en Bélgica y trabaja para una empresa belga y que desea teletrabajar durante 3 semanas desde su casa en Barcelona. En Italia se ha denominado también *south working* expresión referida a profesionales que, a través del teletrabajo, pueden mantener sus excelentes condiciones laborales propias

¹⁰ Mencionando algunas de estas ventajas en un reciente estudio omnicompreensivo sobre el teletrabajo que incluye un capítulo sobre su problemática internacional *vid.* E. MARTÍNEZ TORREGROSA, M.J. RAMO HERRANDO, *El trabajo a distancia transnacional. Problemas derivados*, en I. ALZAGA RUIZ, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, F.J. HIERRO HIERRO (dirs.), *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Aranzadi, 2021, p. 940.

¹¹ *Vid.* EXTENDED STAY AMERICA, [Digital Nomads: Live everywhere. Work anywhere](https://www.extendedstayamerica.com), en www.extendedstayamerica.com, 6 octubre 2021.

¹² *Vid.* S. BURGUEÑO (coord.), *Libro Blanco sobre Teletrabajo Internacional*, FEEX, Asociación Española de Movilidad Internacional, 2021, p. 88 ss.

¹³ *Vid.* HOSTELTUR, [Canarias refuerza su estrategia para atraer a teletrabajadores](https://www.hosteltur.com), en www.hosteltur.com, 30 abril 2022.

¹⁴ Ver en el caso de España el Cap. V-bis sobre *Teletrabajadores de carácter internacional* del [Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes](#) (arts. 75-76) que, una vez cuente con el ok de la UE, se prevé que entre en vigor el año que viene.

del norte del país, pero desempeñándolo desde el sur de Italia u otros destinos con mejor clima y un nivel de vida menos elevado¹⁵.

Todo este movimiento internacional de teletrabajadores a Estados diferentes de aquel donde se encuentra la sede de la empleadora plantea cuestiones sobre la *legislación de seguridad social aplicable*. Antes contestar algunas preguntas, conviene analizar los principales objetivos y principios que rigen las normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación comunitarios.

Básicamente, como se verá, mi apuesta es una reinterpretación de la *lex loci laboris* respecto del teletrabajo interactivo que conduciría a aplicar la ley del lugar donde se ubica la empresa. Conexión que, aunque precisa ser sometida a ciertas cautelas y precisiones para evitar el *dumping* social, como se verá, tiene indiscutibles ventajas. Esta solución neutraliza los efectos distorsionadores del trabajo virtual en el marco de una normativa territorialista, pensada para el trabajo físico, ya detectados durante la pandemia.

3. Marco normativo actual: principios y objetivos

La Seguridad Social, como es bien sabido, es un *Derecho público territorialista*, basado en la idea, no siempre cierta, de que los beneficiarios trabajan y residen con su familia en su territorio. Por consiguiente, una Administración nacional de Seguridad Social no puede aplicar una *ley de Seguridad Social extranjera*, solo la propia. Lo mismo sucede frente a los tribunales, no cabe la recepción del Derecho extranjero en el Foro y un órgano jurisdiccional no puede en ningún caso obligar a una Administración extranjera a asegurar a un trabajador en su sistema o a reconocerle una determinada prestación¹⁶. Mientras se mantenga la existencia de los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social, parece obvio que, la solución al problema de la determinación de la legislación de Seguridad Social aplicable no puede ser estrictamente nacional. Es preciso que se consensue entre los Estados miembros una norma de conflicto, en el marco de un sistema de coordinación internacional.

En el marco del Espacio Económico Europeo¹⁷ rigen los Reglamentos de

¹⁵ I. SAVIO, *El 'south working' se pone de moda: ¿puede el teletrabajo salvar el sur de Italia?*, en www.elconfidencial.com, 20 marzo 2021.

¹⁶ Vid. D. CARRASCOSA BERMEJO, *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social, 2004.

¹⁷ Los Reglamentos de coordinación se aplican en los 27 Estados miembros, también en Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza. Respecto de la situación en materia de movilidad

coordinación de la Seguridad Social¹⁸. En el título II del Reglamento de base¹⁹ existe un conjunto de normas de conflicto²⁰ para determinar la ley nacional aplicable²¹. Su *objetivo primordial*, como el de los propios Reglamentos²², es proteger la libre circulación de los trabajadores, impidiendo la falta de aseguramiento o cobertura (conflicto negativo) y la aplicación simultánea de dos o más legislaciones nacionales (conflicto de normas positivo). En este último caso, se aplica el denominado *principio de unicidad* de la ley aplicable y se preserva su *efecto exclusivo*, lo que significa que sólo hay una ley de seguridad social aplicable y solo esa se puede aplicar²³. Como he mencionado, el objetivo es evitar la doble cotización y crear seguridad jurídica. Las normas de conflicto de la UE son *vinculantes* para los

y coordinación de la seguridad social con Reino Unido tras el Brexit *vid.* D. CARRASCOSA BERMEJO, *Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit*, en *ERA Forum*, 2021, vol. 22, n. 3; C. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, *La Unión Europea y el Reino Unido. Brexit. La regulación laboral y de Seguridad Social a partir del 31 de diciembre 2020. «Condenados a entenderse»*, en *Actum Social*, 2021, n. 168 (versión digital), y Á. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *Los efectos del Brexit en la coordinación en materia de Seguridad Social: del régimen privilegiado del Acuerdo de Retirada a la coordinación limitada del Acuerdo de Comercio y Cooperación*, en *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 2021, n. 2.

¹⁸ Una visión completa de estas complejas normas en AA.VV., *Trabajadores Migrantes*, en AA.VV., *Memento Práctico. Seguridad Social 2022*, Lefebvre, 2022; D. CARRASCOSA BERMEJO, *Coordinación de los sistemas de Seguridad Social*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Lefebvre, 2019; Considerando la jurisprudencia española ver D. CARRASCOSA BERMEJO, *Seguridad Social de los trabajadores migrantes*, en J. GARCÍA MURCIA, M.A. CASTRO ARGÜELLES (dirs.), *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Reus, 2021. Ver también C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (dir.), *Los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Laborum, 2021.

¹⁹ [Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), arts. 11-15.

²⁰ El tribunal alude también al término conflicto de leyes (STJUE 24 marzo 1994, asunto C-71/93, *Guido Van Poucke c. Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen y Algemene Sociale Kas voor Zelfstandigen*) aunque no exista como tal, desde un punto de vista técnico jurídico, pues, como se verá, no cabe la recepción del derecho extranjero en el Foro, tampoco por una Administración foránea.

²¹ Los objetivos y principios de estas normas de conflicto no han variado desde sus orígenes *vid.* D. CARRASCOSA BERMEJO, *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, cit. Para los pequeños ajustes que se han realizado en los reglamentos vigentes, con referencias a la jurisprudencia más actual y a la doctrina científica *vid.* D. CARRASCOSA BERMEJO, *Coordinación de los sistemas de Seguridad Social*, cit. Ver también la tesis de Á. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*, Tirant lo Blanch, 2022 (en prensa).

²² Considerando 1, [Reglamento \(CE\) n. 883/2004 \(acto jurídico inicial\)](#).

²³ *Vid.* STJUE 5 mayo 1977, asunto 102-76, *H.O.A.G.M. Perenboom c. Inspecteur der directe belastingen te Nijmegen*; asunto *Van Poucke*, cit.; STJUE 29 junio 1994, asunto C-60/93, *R.L. Aldewereld c. Staatssecretaris van Financiën*.

empresarios y los trabajadores, lo que impide que elijan o negocien la ley nacional de Seguridad Social aplicable²⁴. Motivo por el que tampoco se podría plantear una solución negociada, sobre esta cuestión, de forma individual o colectiva. Por ejemplo, de la mano de un nuevo Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo como el suscrito en 2002 por los interlocutores sociales comunitarios y que tan solo se refería, como es lógico, a cuestiones laborales. Son mundos distintos, la norma nacional laboral aplicable genera consecuencias inmediatas para el trabajador, la norma aplicable de seguridad social marca la cotización presente, pero también puede generar derechos a muy largo plazo, décadas después, cuando el trabajador decide jubilarse.

Las normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación también son *indirectas*, en el sentido de que no imponen los requisitos de aseguramiento a un sistema. Los mismos han de ser fijados por la legislación competente. Sin embargo, tal legislación nacional no puede socavar la *eficacia de la norma de conflicto comunitaria*, supeditando el aseguramiento a requisitos discriminatorios²⁵. Por ejemplo, impidiendo el aseguramiento de un trabajador fronterizo por no residir en el Estado de empleo. En el marco de esa normativa nacional aplicable es también donde se ha de decidir el encuadramiento del trabajador bien en el Régimen General, para trabajadores por cuenta ajena, o en un Régimen de trabajadores por cuenta propia²⁶. En cualquier caso hay que tener presente que en el marco de un mero sistema de coordinación, que preserva las importantes diferencias entre los sistemas nacionales de Seguridad Social, el Derecho de la UE no garantiza que la movilidad sea completamente neutra en materia de Seguridad Social para los migrantes pudiendo generarse situaciones tanto ventajosas, como desventajosas²⁷.

La conexión priorizada en los Reglamentos de coordinación, al igual que en la mayoría de las normas de coordinación internacional, es la aplicación de la *lex loci laboris*, es decir, la ley del lugar de trabajo (art. 11.3.a del Reglamento de base) Esta conexión se estableció, desde los primeros Reglamentos de coordinación a finales de los años 50²⁸, pensando exclusivamente en el

²⁴ *Vid.*, entre otras, STJUE 24 abril 1980, asunto 110/79, [Una Cooman c. Insurance Officer](#).

²⁵ *Vid.*, entre otras, STJUE 4 octubre 1991, asunto C-196/90, [Fonds voor Arbeidsongenvallen c. Madeleine De Paep](#).

²⁶ *Vid.*, entre otras, STJUE 27 septiembre 2012, asunto C-137/11, [Partena ASBL c. Les Tartes de Chaumont-Gistoux SA](#).

²⁷ *Vid.* STJUE 19 marzo 2002, asuntos acumulados C-393/99 y C-394/99, [Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants \(Inasti\) c. Claude Hervein y Hervillier SA \(C-393/99\) y Guy Lorthiois y Comtexbel SA \(C-394/99\)](#), punto 51 ss.

²⁸ Reglamentos n. 3 y n. 4 aprobados en 1958.

trabajo presencial en el centro de trabajo de la empresa. De hecho, coincidían ambos lugares en un 99% de las ocasiones. La elección de esta conexión parecía, en cualquier caso, muy acertada, pues promovía la igualdad de trato entre todos los trabajadores de una misma empresa, y evitaba el *dumping social*²⁹. Como es sabido, cualquier excepción a esta regla general, a la *lex loci laboris*, debe estar justificada y se ha de interpretar de forma restrictiva³⁰. Entre estas normas especiales de conflicto que tratan de dar *estabilidad a la carrera de seguro* del trabajador y evitan el cambio constante de la ley aplicable destacaré, por ser relevantes en el ámbito del teletrabajo, las dos siguientes³¹:

1. por un lado, la norma de *desplazamiento* contenida en el art. 12 del Reglamento de base³² que básicamente permite mantener la plena³³ aplicación de la legislación del Estado miembro de origen, es decir, donde está establecida la empresa y tiene actividad sustancial, si el empleado es enviado temporalmente (previsiblemente un máximo 24 meses) a trabajar en su nombre, sin sustituir a otro trabajador desplazado previamente;
 2. por otro lado, la denominada *norma multi-Estado* contenida en el art. 13 del Reglamento de base referida a la persona que ejerza normalmente una actividad no marginal³⁴ por cuenta ajena en dos o más Estados miembros. Normativa que a veces también se aplica al desplazamiento.
- Por último, a modo de cierre, hay que tener en cuenta las dos siguientes

²⁹ No existe un concepto unívoco de *dumping* social, aquí se entiende como presión a la baja respecto de las condiciones de Seguridad Social. En efecto, la *lex loci laboris* impide que los costes sociales se reduzcan mediante la “importación” de trabajadores con cotizaciones inferiores.

³⁰ *Vid.* STJUE 6 septiembre 2018, asunto C-527/16, [Salzburger Gebietskrankenkasse y Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz c. Alpenrind GmbH y otros](#), punto 95.

³¹ Para un análisis exhaustivo y actualizado del marco normativo y aplicación práctica de los arts. 12 y 13 del Reglamento de base y su implementación en el Reglamento de desarrollo *vid.* D. CARRASCOSA BERMEJO, Ó. CONTRERAS HERNÁNDEZ, [Posted Workers from and to Spain. Fact and Figures](#), POSTING.STAT, 2022 (versión en español: [Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras](#)).

³² Su aplicación se explicita en el art. 14 del Reglamento de desarrollo, estableciéndose el procedimiento de expedición.

³³ La legislación de Seguridad Social no se puede aplicar parcialmente como sucede, en ocasiones, en el ámbito laboral precisamente por la aplicación de la directiva de desplazamiento temporal 96/71/CE junto a la *lex causae*, fijada por el Reglamento de Roma o el Convenio de Roma.

³⁴ [Reglamento \(CE\) n. 987/2009 \(acto jurídico inicial\)](#), art. 14.5.b. En la [Guía práctica](#) de la Comisión Administrativa, *cit.*, entiende por marginal una actividad inferior al 5% del tiempo o salario, sin que sea más que un indicio no jurídicamente vinculante. *Vid.* STJUE 13 septiembre 2017, asunto C-570/15, [X c. Staatssecretaris van Financiën](#), que consideró marginal y no normal una actividad del 6,5% del tiempo de trabajo en el Estado de residencia no recogida en el contrato de trabajo.

cuestiones:

1. por un lado, el propio Reglamento de base permite *excepcionar todas las normas* de conflicto vinculantes establecidas en su Título II³⁵ a través de acuerdos suscritos entre las autoridades competentes de 2 o más Estados miembros³⁶. Estos acuerdos, fundamentados en art. 16.1 del Reglamento de base, han de firmarse en interés de los trabajadores o de una categoría de ellos, como, por ejemplo, los propios teletrabajadores y, además, pueden tener eficacia retroactiva³⁷;
2. por otro lado, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando *no resulte aplicable ninguna norma de conflicto* aplicable a un supuesto se ha entendido como conexión de cierre la ley del lugar de residencia del trabajador o *lex domicilii* conforme al art. 11.3.e del Reglamento de base³⁸.

Como ya se ha señalado, no existe una norma *ad hoc* para el teletrabajo, pero eso no significa que no sea aplicable la norma general, *lex loci laboris*, según el principio: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (donde la ley no hace distinciones, nosotros tampoco habremos de hacerlas)³⁹. Con este punto de partida la *pregunta clave* a responder sería: *¿dónde está el lugar de trabajo en el supuesto de teletrabajo?*

4. Teletrabajo puro

En el marco de la *legislación vigente*, a la pregunta de dónde está la *lex loci laboris*, el Estado miembro de empleo de un teletrabajador puro, residente en Italia, desde donde teletrabaja para una empresa española, se le podrían dar las dos siguientes respuestas:

1. la *opción A* podría ser Italia el Estado donde este teletrabajador reside y desde donde se conecta y de hecho teclea su ordenador;
2. la *opción B* podría ser España donde se encuentra la empresa que le contrató y su servidor, desde donde se le dan instrucciones para realizar

³⁵ [Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), arts. 11-15.

³⁶ Los suscriben las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades.

³⁷ *Vid.* STJUE 29 junio 1995, asunto C-454/93, [Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening c. Joop van Gestel](#).

³⁸ Así se entendió en la STJUE 8 mayo 2019, asunto C-631/17, [SF c. Inspecteur van de Belastingdienst](#). Hasta este pronunciamiento se entendía que esa norma estaba destinada fundamentalmente a sujetos inactivos.

³⁹ *Vid.* G. STRBAN (coord.), [Analytical report 2018. Social security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: Interrelation, challenges and prospects](#), European Commission, 2020, p. 44 ss.

el trabajo, se le proporciona el ordenador portátil y se le abona el salario. Al parecer, conforme a la *interpretación mayoritaria*, la *opción A*, Italia, sería la aplicable. Aunque no existe jurisprudencia específica del Tribunal de Justicia sobre el teletrabajo, esta postura suele fundamentarse en el citado asunto *Partena*⁴⁰. Muy resumidamente, este caso está referido a la conformidad con el Derecho de la UE de una normativa belga que establecía, como presunción *iuris et de iure* (sin admitir prueba en contrario), que, si una empresa estaba registrada y pagaba el impuesto de sociedades en Bélgica, sus directivos deben estar asegurados como autónomos en Bélgica, independientemente de su lugar de residencia. En el caso concreto, el directivo vivía en Portugal, donde a veces trabajaba en otras cosas y a veces estaba desempleado. En esa relevante sentencia el tribunal consideró que la *localización de la actividad profesional* es el factor clave para determinar la legislación aplicable y es un *concepto de la UE*. Las definiciones nacionales no eran, por tanto, bienvenidas y la normativa belga, al imponer una interpretación fija de la *lex loci laboris*, sin ni siquiera admitir prueba en contrario, se calificó de desproporcionada y contraria al Derecho de la UE, aunque persiguiera un fin legítimo, como es la lucha contra el fraude⁴¹. De acuerdo con la sentencia *Partena*, como los Reglamentos de coordinación no definen el concepto de lugar de trabajo, corresponde al Tribunal de Justicia interpretarlo, considerando su *significado habitual* en el lenguaje cotidiano, el *contexto* y los *finés* de la norma⁴². El Tribunal consideró que el lugar de trabajo es el sitio donde la persona realiza las *acciones relacionadas* con esa actividad. Algo que se ha entendido como la *ubicación física* del trabajador, aunque el Tribunal de Justicia no lo dijo así exactamente y desde luego no en un caso de teletrabajo internacional. En relación con esta sentencia quedan muchas *cuestiones pendientes*: ¿sería la decisión judicial

⁴⁰ En el litigio en el procedimiento principal *Partena* (Administración de la seguridad social belga) reclamaba las cotizaciones al Sr. Rombouts, que según la mencionada Administración estaba sujeto al régimen belga de la seguridad social de los trabajadores autónomos, ya que era el director y propietario de la mitad de las acciones de una empresa belga que pagaba el impuesto de sociedades en Bélgica. Sin embargo, el Sr. Rombouts vivía y trabajaba por cuenta ajena en Portugal para otra empresa y, según el art. 13 del Reglamento de base, debía estar asegurado allí. El tribunal consideró que la norma suponía un impedimento general para que las personas puedan probar, ante el órgano jurisdiccional nacional, que el lugar de su actividad se encuentra realmente en otro Estado miembro en el que realizan, de hecho, las acciones relacionadas con esa actividad.

⁴¹ La norma belga pretendía luchar contra el fraude, en los casos en que la empresa eludía las obligaciones de seguridad social trasladando artificialmente a otro Estado Miembro la actividad de los directores de las empresas establecidas en Bélgica.

⁴² *Vid.* sentencia *Partena*, cit., punto 56, donde se cita, entre otras, la STJUE 10 marzo 2005, asunto C-336/03, *easyCar (UK) Ltd c. Office of Fair Trading*, punto 21.

la misma en el caso de un empleado que teletrabaja en lugar de un directivo propietario de una empresa tomando decisiones desde el Estado donde reside? Yo creo que no. Además, si en el trabajo a distancia, cualquier cambio de residencia supone una modificación de la legislación aplicable de Seguridad Social ¿podría esta consecuencia obstaculizar su libre circulación? A mí modo de ver la respuesta sería afirmativa. No tiene sentido que varíe la legislación nacional aplicable cada vez que el teletrabajador se desplace y teclee su portátil desde otro Estado miembro. Además ¿debe el empresario asumir mayores costes de cotización porque el teletrabajador decida residir en otro Estado miembro?

La *opción B*, España, se basaría en una *reinterpretación flexible*, menos física de la *lex loci laboris* respecto del trabajo virtual. Esta opción⁴³, tiene importantes ventajas, y, como también se apuntará, algunos inconvenientes conectados con el *dumping* social que parecen neutralizables. Respecto de las *ventajas*, la aplicación de la ley del lugar donde se ubica la empresa no solo garantizaría la *igualdad de trato* entre los empleados presenciales y los teletrabajadores en el marco de la empresa⁴⁴. Además, se trata de una *conexión predecible* que facilita la aplicación del principio de unicidad de ley aplicable y proporciona estabilidad al teletrabajador. Elementos que favorecen la *libre circulación* de los teletrabajadores, incluidos los nómadas digitales y de aquellos que pretenden disfrutar de los períodos de *teleworkation*. Por supuesto, facilita la determinación de la legislación aplicable por las Administraciones involucradas y la *gestión empresarial* del teletrabajo, pues la empresa no ha de cambiar el aseguramiento, ni cotizar, en un sistema de Seguridad Social diferente a donde está establecida, aunque el teletrabajador decida ejercer su derecho a la libre circulación y cambiar su residencia. En suma, la empresa, no ha de considerar una legislación foránea de Seguridad Social, se maneja con la norma local y conoce de antemano las cotizaciones a abonar, las posibles prestaciones a reclamar y si su trabajador debe estar encuadrado en un régimen de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia⁴⁵. Finalmente, esta conexión facilita la existencia de bienes

⁴³ Vid. D. CARRASCOSA BERMEJO, *Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas*, en [Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social](#), 2019, n. 142, p. 51. Ver otras posibles opciones interpretativas en J.-P. LHERNOULD, *Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier*, en *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2021, n. 7. Ver también la tesis de Á. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Tirant lo Blanch, 2022.

⁴⁴ Vid. Y. JORENS, J.-P. LHERNOULD (eds.), [Think Tank Report 2008. Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict](#), trESS, 2008, p. 5.

⁴⁵ En efecto, la legislación de Seguridad Social competente es la que determinaría, conforme a sus prescripciones, si el trabajador debe estar encuadrado como trabajador por

empresariales que pueden ser necesarios para hacer frente a pagos de Seguridad Social, como cotizaciones o responsabilidad empresarial respecto de las prestaciones.

Es cierto que, en este caso, no se aplicaría ese *significado primario* del lugar de trabajo al que aludía el Tribunal, pero parece posible argumentar que la *lex loci laboris* no es el lugar donde se realiza el teletrabajo, sino el lugar en el que la empresa para la que se trabaja tiene su sede, desde donde ejerce su poder de dirección y le dan instrucciones, se hace el seguimiento de su trabajo, se paga el salario, se proporcionan los medios y finalmente se recibe el resultado de su trabajo.

Se ha señalado que aplicar esta conexión, la del lugar donde se ubica la sede de la empleadora, precisaría de un cambio normativo y sería, en realidad, una nueva norma de conflicto con una conexión que aludiría a un *lugar de trabajo ficticio*⁴⁶. No sería la primera vez que esto ocurre, los Reglamentos en un intento de mantener estable la legislación de seguridad social de trabajadores con mucha movilidad vienen identificando una conexión fija para ellos: como la ley del pabellón, para trabajadores del mar⁴⁷, la de la base (*home base*) para los trabajadores aéreos⁴⁸, o la ley de la administración que ocupa y de la que depende un funcionario⁴⁹. Sin embargo, a mi modo de ver, creo que podría entenderse como una mera *reinterpretación actualizada de la conexión genérica* de la *lex loci laboris* respecto del trabajo virtual. Como ya se ha señalado, cuando el legislador de la UE estableció la regla general de la *lex loci laboris*, ambos lugares coincidían en el 99% de las ocasiones, por lo que la mera presencia física del teletrabajador tecleando su portátil en un determinado lugar no lo convierte necesariamente en el lugar de trabajo. De hecho, en el caso del trabajo presencial, la *lex loci laboris* significa tanto el lugar donde la persona trabaja como el lugar donde la empresa tiene sus oficinas.

También se podría argumentar que tal interpretación sería *contraria* a la sentencia *Partena*. Sin embargo, en mi opinión, como ya se ha señalado, esa sentencia no proporciona criterios fijos para la aplicación de la *lex loci laboris* en el caso de los teletrabajadores. Partiendo de los criterios que fija, el

cuenta ajena o autónomo, fija las cotizaciones. *Vid.* sentencia *Partena*, cit., punto 52.

⁴⁶ *Vid.* la estupenda y completísima conferencia de H. VERSCHUEREN, *Post-Covid posting of workers from a labour and social security point of view*, en MoveS Webinar [Posting of workers: latest developments and prospects in social security and labour law](#), 18 marzo 2022.

⁴⁷ [Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), art. 11.4.

⁴⁸ *Ibidem*, art. 11.5, y [Reglamento \(CE\) n. 883/2004 \(versión 2012\)](#), considerando 18-ter. Ver también el [Reglamento \(CE\) n. 987/2009 \(versión 2012\)](#), art. 14.5-*bis*, que se remite a la definición contenida en el Reglamento (CEE) n. 3922/1991, Anexo III.

⁴⁹ [Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), art. 11.3.c.

significado habitual en el lenguaje cotidiano, el contexto y los fines de la norma de conflicto, se puede argumentar que un teletrabajador en nuestra situación de partida podría considerar que trabaja virtualmente para una empresa española, sin aludir al hecho de que normalmente teclea desde Italia o cualquier otro lugar del mundo. Esta interpretación se puede considerar conforme al *contexto virtual* actual, deslocalizado. Además, preserva el objetivo de la norma de conflicto que no es otro que gozar de predictibilidad, generar estabilidad e igualdad de trato. A mayor abundamiento, conviene recordar, que la relación de Seguridad Social es *jurídica*, esto es, es definida por la normativa reguladora y no tiene siempre un sustrato físico como sucede con el propio trabajo. De hecho, el Tribunal de Justicia avala, desde hace décadas, la aplicación de los Reglamentos y una interpretación flexible de la *lex loci laboris*⁵⁰ para dirimir la cotización de trabajadores que, habiendo ejercido previamente su derecho a la libre circulación, realmente trabajan en un tercer Estado al que han sido desplazados por sus empleadores, aunque manteniendo una conexión suficientemente estrecha con ese Estado donde la empresa está establecida⁵¹.

En todo caso, de decantarnos por esta segunda opción, lo óptimo sería que esta interpretación de la *lex loci laboris* se plasmara en el propio Reglamento de base, art. 11.3.a, proporcionando una base jurídica más sólida, donde se deberían añadir algunas aclaraciones que evitaran posibles *inconvenientes*.

Principalmente, para aplicar la ley del lugar donde está ubicada la empresa considero que hay que tomar medidas para evitar el *dumping* social asociado al *forum shopping* y, especialmente, el fraude en forma de *empresas buzón* (*letterbox companies*). Para ello, considero crucial exigir con claridad que las empresas empleadoras cumplan el requisito previsto en la regla de desplazamiento: deben realizar normalmente actividades sustanciales en el Estado miembro en el que se encuentran establecidas, sin que se puedan

⁵⁰ *Ibidem*, art. 11.3.a.

⁵¹ *Vid.* sentencia *Aldewereld*, cit., relativa a un holandés que mantiene residencia en Países Bajos contratado por una empresa alemana donde cotiza para ser inmediatamente desplazado a Tailandia donde trabaja. Holanda no puede imponer el abono de cotizaciones al existir vínculos más fuertes con el lugar de aseguramiento, Alemania. *Vid.* D. CARRASCOSA BERMEJO, *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, cit., p. 42. Más recientemente y en un sentido similar la sentencia *Inspecteur van de Belastingdienst*, cit., punto 23, y la STJUE 25 noviembre 2021, asunto C-372/20, *QY contra Finanzamt Österreich*, esta última relativa a una cooperante alemana domiciliada en Alemania pero contratada por una empresa austriaca para desarrollar su trabajo en Uganda. En este caso, aunque el lugar de trabajo es Uganda se interpreta que la *lex loci laboris* es Austria atendiendo a la presencia física de la cooperante en la empresa durante un período de formación y a su regreso para una fase de reintegración.

tener en cuenta actividades de gestión interna⁵². Cumplido este requisito, no habría problema en aplicar esta conexión y que se expidiera por la Administración de Seguridad Social donde la empresa está establecida un documento portátil A1, que así lo acreditara. Esta exigencia de *empresas reales*⁵³ con *actividad sustancial*, a mi modo de ver impide que la empresa ubique su sede en el Estado con la Seguridad Social más barata si allí carece de actividad consistente. Este requisito, ya conocido por todas las Administraciones de Seguridad Social, no parece difícilmente controlable con la ayuda de las *inspecciones nacionales* que, sin duda, encontrarán más sencillo controlar la realidad de la empresa empleadora y su actividad, que la persecución de teletrabajadores, camuflados como turistas, en Canarias o Sicilia.

Por otro lado, también parece conveniente que los Reglamentos aclaren si estos teletrabajadores desde un Estado diferente a aquel en que se ubica su empresa deben tener un tratamiento especial en cuanto a la *cobertura de ciertas contingencias*. Por ejemplo, a mi modo de ver, parece razonable que se expidiera a su favor un formulario S1 que les permitiera acceder a una completa *cobertura sanitaria* en el Estado de residencia. Quizá deban ser tratados como un tipo especial de trabajador fronterizo, al que se le garantiza doble cobertura⁵⁴, aunque sólo necesitarían cobertura sanitaria en el Estado de empleo si son *teletrabajadores híbridos* que trabajan regularmente en las instalaciones de la empresa, como se verá, en el siguiente epígrafe.

Otra prestación controvertida, por el control del beneficiario que exige y su reducida exportación, sería el *desempleo*. Según las normas actuales,

⁵² *Vid.*, exigiendo este requisito, el [Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), art. 12.1, y [Reglamento \(CE\) n. 987/2009](#), art. 14.2, interpretando esta exigencia la STJUE 10 febrero 2000, asunto C-202/97, [Fitzwilliam Executive Search Ltd \(FES\) c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen](#), y clarificándolo en el caso de ETT la STJUE 3 junio 2021, asunto C-784/19, [“Team Power Europe” EOOD c. Direktor na Teritorialna direktsia na Natsionalna agentsia za prihodite – Varna](#).

⁵³ En este sentido se podría considerar también la definición contenida en el art. 14.5-*bis* del Reglamento de desarrollo que entiende como “sede o domicilio” de la empresa, a los efectos de la aplicación del título II del Reglamento de base, el lugar en el que se adopten las decisiones fundamentales de la empresa y en el que se ejerzan las funciones de su administración central. La jurisprudencia ha añadido otros criterios a considerar como el lugar de domicilio de los directivos principales, el de reunión de las juntas de accionistas, el lugar donde se lleva los documentos administrativos y contables o se desarrollan actividades financieras, especialmente de tipo bancario. *Vid.* EFTA Court 14 diciembre 2021, asunto E-1/21, [ISTM International Shipping & Trucking Management GmbH vs AHV-IV-FAK](#).

⁵⁴ Para un análisis más extenso sobre la cobertura sanitaria de los trabajadores fronterizos *vid.* G. STRBAN (ed.), [Analytical Report 2016. Access to healthcare in cross-border situations](#), European Commission, 2017, p. 61 ss.

pendientes de modificación, parece que siempre recibirán las prestaciones por desempleo total de acuerdo con la legislación del Estado de residencia, Italia, que mantendría el derecho a un reembolso limitado, respecto de España si allí se estuvieran abonando cotizaciones⁵⁵. Tal vez, *lege ferenda*, lo deseable es que tuvieran la opción de recibir las prestaciones de desempleo en el Estado miembro en el que decidan residir tras la pérdida del trabajo y ponerse a disposición de sus servicios de empleo, en nuestro ejemplo Italia o España.

5. Teletrabajo híbrido

A continuación, abordaré el teletrabajo híbrido, el que se entremezcla con trabajo presencial y que es el imperante en la actualidad. ¿Cuál sería la ley aplicable para un empleado que trabaja en la sede de la empresa, en España, dos días a la semana y teletrabaja el resto del tiempo desde su casa en Italia? Aparentemente, si seguimos en la lógica de la *opción A*, analizada en el apartado anterior, estaríamos ante una persona que trabaja en dos Estados miembros al mismo tiempo, por lo que se aplicaría la norma de conflicto multi-Estado establecida en el art. 13 del Reglamento de base. Debe tenerse en cuenta que las premisas para aplicarla es que el trabajo en varios Estados miembros sea *habitual* o *normal*, lo que significa que el empleado trabaja de forma regular dos veces a la semana en España y teletrabaja tres días a la semana desde Italia, durante un periodo no limitado a doce meses⁵⁶. Por otro lado, la actividad en ambos Estados no puede ser marginal, en principio más del 5% del tiempo de trabajo o salario conforme a la [Guía práctica](#) de la Comisión Administrativa. Estos porcentajes temporales no siempre son fáciles de demostrar, pero precisamente en el caso del teletrabajo, se podrían controlar las conexiones al servidor.

Aplicando esta *opción A* y el art. 13 del Reglamento de base, la Administración de Seguridad Social del Estado de residencia de este teletrabajador híbrido debería valorar las diferentes conexiones establecidas

⁵⁵ Aunque no fueran considerados trabajadores fronterizos, no parece que, en esta situación, sin movilidad física, puedan ejercer la opción de no regresar al Estado de residencia del que no han salido ([Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), art. 65.2.2). *Vid.* D. CARRASCOSA BERMEJO, *The concept of the frontier worker and unemployment protection under EU coordination Regulations*, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (dir.), *Good Practices in Social Law*, Aranzadi, 2015. Sobre la coordinación del desempleo *vid.* J.M. PAZÓ ARGIBAY, *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Cinca, 2021.

⁵⁶ *Vid.* STJUE 16 febrero 1995, asunto C-425/93, [Calle Grenzshop Andresen GmbH & Co. KG c. Allgemeine Ortskrankenkasse für den Kreis Schleswig-Flensburg](#).

en esa disposición y determinar la ley aplicable. Conforme a las mismas, nuestro trabajador debería estar asegurado en Italia, que es simultáneamente el Estado de residencia y el Estado con una *actividad laboral sustancial*. Concorre tal sustancialidad si dedica al menos el 25% del tiempo de trabajo o salario en una proyección de 12 meses⁵⁷. Si no hubiera actividad sustancial en el Estado de residencia, por ejemplo, un teletrabajo de solo un 10%, se aplicaría la ley del Estado donde está establecida la empresa, en nuestro caso, la ley española. Con el *pluriempleo* la cosa se complica un poco más⁵⁸. En caso de *pluriactividad*, prima siempre la legislación aplicable conforme a la actividad por cuenta ajena, frente a la desarrollada por cuenta propia⁵⁹. En el caso de desempeño normal de *trabajo por cuenta propia* en dos o más Estados miembros, se atiende al criterio ya mencionado de la actividad sustancial en el Estado de residencia (la regla del 25%) o, en su defecto, se aplicaría la ley del lugar donde se ubica el *centro de interés de sus actividades profesionales*⁶⁰.

En este contexto de teletrabajo híbrido se ha denunciado que algunos trabajadores transfronterizos pueden estar sufriendo una *discriminación indirecta por motivos de nacionalidad*. Parece que algunas empresas están permitiendo a los trabajadores locales teletrabajar 2 o 3 días a la semana, mientras que a los trabajadores transfronterizos (residentes en otro Estado) solo les permite teletrabajar un día como máximo. Este *trato desigual* responde al deseo empresarial de no superar el límite del 25%, pues en la lógica actual de la *opción A*, esto supondría un cambio de la ley de Seguridad Social aplicable a favor de la ley de residencia, la italiana. *Normativa foránea* que podría imponer cotizaciones más elevadas o que el empresario se haga cargo de ciertas prestaciones como la de incapacidad temporal en una medida superior⁶¹. ¿Está justificado este trato desigual en cuanto a las

⁵⁷ En el caso de trabajo por cuenta propia el umbral también es el 25% pero referido a volumen de negocios, tiempo de trabajo, número de servicios prestados o los ingresos ([Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), art. 13.1.a, y [Reglamento \(CE\) n. 987/2009](#), art. 14, §§ 8 y 10).

⁵⁸ En este caso de pluriempleo hay que atender precisamente al lugar donde se encuentran las sedes o domicilios de las empresas involucradas. Si todas tienen la sede en el mismo Estado, se aplica la legislación de ese Estado (art. 13.1.b, punto ii). Si se encuentran las sedes de estas empresas en dos Estados miembros y en uno de ellos reside el teletrabajador, se aplica la ley de la sede de la otra empresa donde no hay residencia (punto iii). Cuando el trabajador no reside en ninguno de los Estados donde están las diferentes sedes de las empresas, prima la ley de residencia del empleado (punto iv). Siempre la residencia, como cláusula de cierre, cuando el lugar de empleo no se puede determinar.

⁵⁹ [Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), art. 13.3.

⁶⁰ *Idem* y [Reglamento \(CE\) n. 987/2009](#), art. 14, §§ 9 y 10.

⁶¹ *Vid.* J.-P. LHERNOULD, *Highly mobile workers vs free movement rules, incl. general social security*

condiciones de trabajo? ¿Esconde una discriminación indirecta por razón de nacionalidad al incidir porcentualmente sobre más trabajadores migrantes que sedentarios? De acuerdo con la *opinión mayoritaria*⁶², la empresa va a tener difícil justificar su decisión, en el incremento de la carga administrativa, o burocrática asociada al cambio de norma de Seguridad Social o en el aumento de sus costes laborales. Esas *razones económicas* no suelen ser atendidas por el Tribunal de Justicia cuando analiza limitaciones a la libre circulación⁶³.

En España debe hacerse constar que los *acuerdos de teletrabajo* obligan a reflejar el lugar *elegido por el teletrabajador* para la realización del teletrabajo, normalmente su domicilio sin mencionarse que haya de ubicarse en España⁶⁴. Tal precisión seguramente trata de identificar el lugar exacto donde se ha de cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales. En la práctica, las empresas españolas no parece que realicen un control sobre el lugar desde el que se realiza la conexión, pudiendo estar el teletrabajador en cualquier sitio, siempre que cuente con acceso a internet.

Como *solución rápida* a este problema específico se ha planteado en el marco de la Comisión Administrativa la posibilidad de *aumentar*, solamente en el caso del teletrabajo, *el umbral de sustancialidad* que pasaría del 25% actual a un 40%. Ese incremento permitiría neutralizar el cambio de legislación en un supuesto de teletrabajo transnacional de 2 días a la semana. Opción que permitiría recuperar la igualdad de trato, si este fuera el teletrabajo autorizado a los empleados locales. Esta nueva regla, como se ha señalado, sería específica para los teletrabajadores, pues no se desea que afecte a los transportistas por carretera, destinatarios mayoritarios de la norma de conflicto del art. 13 del Reglamento de base.

Si por el contrario nos mantuviéramos en la lógica de la *solución B*, si pudiéramos considerar, mediante una reinterpretación de la *lex loci laboris* que el teletrabajo se desempeña en el lugar donde está establecida la empresa, entonces nuestro teletrabajador sería tratado como alguien que siempre trabaja desde España, aunque teclee y se conecte desde diferentes Estados miembros o desde Estambul. En este contexto, neutralizado el

and labour law aspects, en MoveS Webinar [Highly Mobile Workers in the EU](#), 26 noviembre 2021. Destacando la superior responsabilidad empresarial por prestaciones de incapacidad temporal en Países Bajos, H. VERSCHUEREN, *Post-Covid posting of workers from a labour and social security point of view*, cit.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Vid.*, entre otras, STJUE 21 septiembre 2000, asunto C-124/99, [Carl Boravitz c. Landesversicherungsanstalt Westfalen](#), y STJUE 28 abril 1998, asunto C-120/95, [Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés](#).

⁶⁴ *Vid.* art. 7.f, [Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia](#).

trabajo a distancia, no se aplicaría la norma multi-Estado, por lo que no habría que hacer el control de los porcentajes mencionados. En resumen, estaríamos en una situación similar a la que se expuso en el primer supuesto de teletrabajo puro en un Estado distinto de donde se ubica la empresa.

6. *Teleworkation o south working internacional*

En este caso se trataría de aclarar cuál es la ley de Seguridad Social aplicable a un empleado belga que *quiere teletrabajar* tres semanas desde su casa en Barcelona. Por supuesto, en este caso, de nuevo, nadie estaría interesado en un cambio de legislación aplicable, ni la empresa que ha de valorar si autoriza esta movilidad puntual, ni, por supuesto, el trabajador, pues ¿a quién le interesa interrumpir 3 semanas su carrera de cotización con aseguramiento a un sistema foráneo?

La primera idea básica es que en este caso *puntual* no se puede aplicar la norma multi-Estado reservada para el trabajo híbrido⁶⁵ pues se trata de una situación excepcional, puntual o no habitual.

Partiendo de esta idea de *temporalidad* y de su carácter puntual en algunos Estados miembros, como Bélgica están aplicando la norma de conflicto de desplazamiento, esto es, la del art. 12 del Reglamento de base, a estos supuestos de *teleworkation*. Con su aplicación se garantiza que la normativa de legislación del Estado donde está establecida la empresa, la belga, sigue aplicándose, lo que se certifica por un documento A1 expedido por Bélgica. Desde un *punto de vista práctico*, no es fácil entender la necesidad de su expedición en estos casos en los que es muy improbable que los inspectores españoles detecten a un teletrabajador que trabaja desde su casa durante un periodo de tiempo tan corto y luego se va a la playa como un turista más. Por otro lado, desde el punto de vista prestacional, la *asistencia sanitaria* tampoco parece un problema, ya que el trabajador podría estar cubierto por la tarjeta sanitaria europea durante esa breve estancia⁶⁶. Una posible razón para expedir el PD A1 podría ser mantener al trabajador protegido contra un *accidente* como, por ejemplo, un infarto en una reunión animada por *teams*

⁶⁵ [Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), art. 13.

⁶⁶ Según el art. 19.1 del [Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#), las prestaciones en especie que resulten necesarias por razones médicas durante su estancia, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia, en este caso 3 semanas. Dichas prestaciones serán concedidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia (España), según las disposiciones de la legislación que aplique (la española), como si los interesados estuvieran asegurados en virtud de dicha legislación.

o un atropello mientras cruza ensimismado el paseo marítimo. Sin embargo, no debe olvidarse que el PD A1 también podría expedirse de *forma retroactiva* en el caso de que tal problema surgiera y solo en ese caso. En suma, a mi modo de ver, la expedición del PD A1 en este supuesto parece quedar blindar al departamento de recursos humanos de cualquier problema de *compliance* y del posible daño reputacional que pudiera surgir.

Otros Estados miembros, como España, consideran que *no se trata de desplazamiento*, manteniendo simultáneamente, hoy en día, la *opción interpretativa A* y, por tanto, que el teletrabajador que se encuentra en España y teletrabaja desde aquí, tiene su lugar de trabajo en España, lo que conduciría a un cambio de normativa de seguridad social. En realidad, ante la imposibilidad de un control práctico de este teletrabajo temporal, se trataría más de un problema conceptual. No creo que España impugnara estos PD A1 si se detectara la presencia del teletrabajador, en caso de accidente, pues, al margen de la complicación administrativa, debería hacerse cargo de esta u otras prestaciones a cambio de escasas cotizaciones. Desde esta perspectiva teórica y considerando que la Comisión Administrativa podría apoyar la aplicación de la regla de desplazamiento en tales supuestos, conviene analizar si los *requisitos de la regla de desplazamiento* se cumplen en el caso de *teleworkation*.

En primer lugar, no habrá problema con el *mantenimiento de la relación laboral* durante las tres semanas con el empresario establecido en Bélgica y que realiza allí *actividades sustanciales*. Más controvertido será que se entienda que el teletrabajador haya sido *enviado* a otro Estado miembro *por su empleador* para realizar un trabajo por cuenta de la empresa tal y como establece el art. 12 del Reglamento de base. En mi opinión, este requisito no concurre, desde el momento en que esta persona no está realizando ninguna actividad en nombre de la empresa. Es cierto que no es preciso que haya prestación de servicios, pero tampoco es un viaje de negocios, ni siquiera se puede considerar que haya una mera decisión empresarial⁶⁷. La empresa sólo está permitiendo que el empleado trabaje desde el extranjero, siendo irrelevante que esta situación de *teleworkation* tenga lugar desde Barcelona o Tokio. Sin embargo, la interpretación de este requisito por la Administración belga es que mientras el teletrabajador continúe bajo el poder de dirección del empresario, está trabajando en su nombre y por tanto el citado requisito concurriría. En todo caso, la empresa no estará cómoda respondiendo el cuestionario que ha de realizar la Administración de Seguridad Social belga

⁶⁷ Este problema parece que no se produciría en el caso de *teleworkation* de un trabajador autónomo, que puede decidir realizar una actividad similar a la que normalmente ejerce en el Estado miembro de origen teletrabajando en el extranjero temporalmente, siempre que mantenga la posibilidad de reanudar su actividad autónoma en el Estado de origen.

conforme a la Recomendación n. A1 de la Comisión Administrativa para la expedición de un PD A1⁶⁸. ¿Cuál es la actividad que realizará en España durante el desplazamiento? En realidad, la misma, solo que a distancia...

Para complicarlo todo un poco más y desde esa misma *perspectiva teórica*, si no se prestara ningún servicio en España y el empleado no fuera belga, sino nacional de un tercer Estado. En este caso, aunque desde un punto de vista de Seguridad Social sí cabría la expedición del PD A1⁶⁹, la empresa no estaría amparada por la doctrina Vander Elst⁷⁰ y, en principio, necesitaría solicitar un permiso de trabajo español, para seguir teletrabajando para su empresa belga. Requerimiento que parece totalmente desproporcionado, máxime para un período tan corto. Es una situación absurda, que muestra de nuevo la distorsión que supone entender que el teletrabajo se lleva a cabo físicamente donde está el teletrabajador con su portátil, pues nuestro teletrabajador no está buscando trabajo en España.

Los problemas no acaban ahí, pues el art. 12 del Reglamento de base solo puede aplicarse si la *duración prevista* del desplazamiento no supera los 24 meses. En este caso el problema radica es que no hay forma de medir objetivamente su duración prevista. Esta solo depende de la voluntad del teletrabajador autorizada por el empleador. De hecho, es imposible determinarlo atendiendo al trabajo o la actividad a realizar en Barcelona que continúa siendo el mismo que realiza en Bélgica.

Finalmente, ningún sentido parece tener en nuestro ejemplo la *prohibición de sustitución* que establece la norma de desplazamiento. Solo como una broma y valorando que Barcelona es una ciudad muy popular y apetecible para el *teleworkation*, ¿qué sucedería si antes había otro compañero en esa misma situación en la ciudad? ¿Este segundo trabajador sustituiría al anterior?

En mi opinión, al menos desde un *punto de vista conceptual*, el *teleworkation* no es un desplazamiento. Mientras no haya una normativa específica sobre el teletrabajo, el mejor *planteamiento teórico* podría ser pedir un acuerdo del art.

⁶⁸ [Recomendación n. A1, de 18 de octubre de 2017, relativa a la emisión del certificado a que se refiere el artículo 19, apartado 2, del Reglamento \(CE\) n. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo.](#)

⁶⁹ El Reglamento (CE) n. 1231/2010 permite, en principio, la aplicación de la normativa de coordinación a ciudadanos extracomunitarios en situación administrativa regular cuando estén en una situación transnacional como la que se menciona.

⁷⁰ *Vid.* STJUE 9 agosto 1994, asunto C-43/93, [Raymond Vander Elst c. Office des migrations internationales](#), donde se estableció que «Los artículos 59 y 60 del Tratado CEE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro obligue a las empresas que, establecidas en otro Estado miembro, presten servicios en su territorio empleando de modo regular y habitual a nacionales de Estados terceros, a obtener, para estos trabajadores, un permiso de trabajo expedido por un organismo nacional de inmigración y a pagar los gastos correspondientes, bajo pena de una multa administrativa».

16 entre España y Bélgica. Sin embargo, desde un *punto de vista práctico* este tipo de acuerdos tardan en tramitarse y parecen desproporcionados para un período tan breve. El PD A1 nunca llegaría a tiempo, sino se planificase con mucha anticipación.

Por supuesto, si nos mantuviéramos en la *opción interpretativa B*, el teletrabajo se seguiría realizando desde el Estado de empleo y el *teleworkation* no supondría un cambio de normativa, pues la empresa sigue en el mismo sitio. En estos casos se podría solicitar un PD A1, no de desplazamiento, simplemente para que se constate que sigue asegurado al Estado donde la empresa está ubicada, en nuestro ejemplo, Bélgica.

Finalmente, quiero subrayar que esta situación de *teleworkation* no tiene nada que ver con el posible *desplazamiento físico de un teletrabajador* que, como cualquier otro trabajador, pueden ser desplazado por decisión de su empleador para asistir a una reunión de trabajo, o para prestar servicios en otro Estado miembro. En estos casos, por supuesto, se puede solicitar la expedición de un PD A1, además, sí sería aplicable la normativa de transposición de la Directiva de desplazamiento vigente en el Estado de destino⁷¹, ya que sí existiría una movilidad física⁷² relacionada con el trabajo. La aplicación de la Directiva puede suponer una subida de salario y, a nuestros efectos, un incremento paralelo de la cotización debida durante el desplazamiento, siempre en el marco de la legislación de Seguridad Social del Estado donde está establecida la empresa que se mantiene aplicable. En este contexto de desplazamiento físico también se pueden plantear *problemas teóricos*, por ejemplo, si teletrabajador alternase la prestación de servicios en nombre del empresario (como desplazado) y el teletrabajo ordinario para la misma empresa. ¿Solo subimos la base de cotización unas horas al día? La consideración física del teletrabajo conduce a este tipo de situaciones absurdas de difícil regulación y de más complicado control que, a mi modo de ver, obligan a cambiar la perspectiva.

7. Teletrabajo pandémico

Como ya se ha señalado, los confinamientos y restricciones sanitarias

⁷¹ Directiva 96/71/CE modificada por la Directiva (UE) 957/2018.

⁷² Como es sabido, se denegó la aplicación de la directiva cuando solo se servían servicios telemáticamente, en la STJUE 18 septiembre 2014, asunto C-549/13, [Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund](#), en la que se descarta el respeto del salario fijado en el Estado de destino (Alemania) más tuitivo a favor de los trabajadores de la empresa subcontratista que permanecen en el Estado de origen donde estaba establecida esta (Polonia) prestando un servicio telemático de digitalización sin desplazarse físicamente a Alemania.

adoptadas especialmente durante el inicio de la pandemia del Covid-19 dieron lugar a un enorme incremento de un *teletrabajo pandémico obligatorio* que bien podía repercutir en la legislación de Seguridad Social aplicable. Por ejemplo, en el caso del teletrabajo completo desde otro Estado miembro donde se produce el confinamiento o en el supuesto de un trabajador fronterizo que superara el 25% de la actividad sustancial en su lugar de residencia desde donde teletrabaja.

Tempranamente, el 30 de marzo de 2020, la Comisión publicó la Comunicación [*Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores*](#). Junto a otras muchas cuestiones, en el punto 8, hacía un llamamiento a que los empleadores solicitaran a las Administraciones de Seguridad Social involucradas la firma de acuerdos fundados en el art. 16 del Reglamento de base. El objetivo era claro: impedir que el teletrabajo pandémico transnacional supusiera un cambio de la legislación nacional de Seguridad Social, hasta ese momento aplicable. Esa misma fecha en la información de la Comisión dirigida específicamente a *trabajadores fronterizos y desplazados*, en el marco de la pandemia⁷³ se señalaba que ya algunos Estados miembros, muy rápidamente habían puesto en marcha acuerdos administrativos con Estados vecinos e incluso orientaciones entre sus propias autoridades para simplificar los procedimientos en el ámbito de la seguridad social en beneficio de los trabajadores móviles⁷⁴. La Comisión se posicionaba a favor de esas *prácticas flexibilizadoras* y se comprometía a identificar las mejores prácticas para su posible extensión en otros Estados miembros. Además, proporcionaba, a 30 de marzo de 2020, las siguientes soluciones:

- a. un *trabajador fronterizo* que debido a la pandemia se mantenía teletrabajando desde el Estado de residencia, debía mantener su aseguramiento en el Estado miembro de empleo, porque ese teletrabajo desde casa debía considerarse temporal y no se aplicaría la norma multi-Estado. De manera, que mantenía su derecho a todas las prestaciones de Seguridad Social que le pudieran corresponder del Estado miembro de empleo o aseguramiento;
- b. en el caso de un trabajador al que ya se le aplicaba, antes de la pandemia, las normas multi-Estado del *art. 13 del Reglamento de base* y que debido al teletrabajo pandémico comienza a realizar en el Estado de residencia una actividad que supera el umbral del 25%, la Comisión se consideró que se mantendría asegurado en el Estado de empleo. En efecto, todavía no

⁷³ EUROPEAN COMMISSION, [*COVID-19. Information for frontier workers and posted workers*](#), 2020.

⁷⁴ La Comisión dirigía a las páginas web con información ofrecida en tales supuestos por Bélgica, Francia, Alemania y Holanda.

suponía un incremento suficiente de actividad sustancial o representativa en un período de 12 meses, tal y como establece el Reglamento de desarrollo en su art. 14.8, sino un mero incremento temporal, de unas pocas semanas que no podía considerarse sustancial según la norma multi-Estado;

- c. en casos diferentes a los mencionados, la Comisión indicaba la posibilidad de firmar un *acuerdo del art. 16 del Reglamento de base* para evitar el cambio normativo.

Por su parte, la Comisión Administrativa el 15 de mayo de 2020 aprobaría una *nota orientativa*⁷⁵ que, entre otras muchas cuestiones, se refería a la incidencia del teletrabajo pandémico en la aplicación de las normas de conflicto del Título II del Reglamento de base. El punto de partida de esta nota orientativa, por supuesto no legalmente vinculante, era la consideración de la pandemia como una situación de *fuerza mayor*⁷⁶. En efecto, conforme a la jurisprudencia del TJUE, se trataba de una situación anormal e imprevisible fuera del control de las empresas y sus trabajadores que permitía *obviar* el teletrabajo pandémico en la aplicación de las normas del conflicto del Título II. De nuevo, se trataba de impedir un cambio de normativa aplicable, mientras la situación laboral, contractualmente hablando, no variara. En tres notas posteriores, la Comisión Administrativa dio continuidad a las medidas contenidas en la nota inicial sobre legislación aplicable, manteniéndose el consenso hasta el fin de junio de 2022⁷⁷. Sin embargo, actualmente, no parece probable su mantenimiento, salvo que una séptima ola justificara una nueva prórroga, quizás hasta final de año

⁷⁵ Nota orientativa AC 075/20.

⁷⁶ De acuerdo con la nota, la fuerza mayor es un principio general del Derecho de la UE que debe ser concretado en el campo jurídico donde se pretende que opere (STJUE 25 enero 2017, asunto C-640/15, [Tomas Vilkas](#), en este caso en materia penal). En el ámbito de la coordinación de la Seguridad Social este principio se interpretó de forma amplia en la STJUE 13 julio 1995, asunto C-391/93, [Umberto Perrotta c. Allgemeine Ortskrankenkasse München](#). Se trata de un caso relativo a un obrero italiano, que queda desempleado en Alemania y que exporta su prestación por desempleo a Italia. Allí sufre una enfermedad y al no retornar en el plazo de 3 meses a Alemania pierde su derecho a la cobertura de la incapacidad temporal, cuya recuperación depende de que se aprecie fuerza mayor respecto de su permanencia en Italia. El tribunal afirma que, aunque la fuerza mayor ha de ser más que la mera enfermedad, tampoco puede ser asimilada exclusivamente a la imposibilidad absoluta de retorno al Estado de origen, por lo que la aptitud física para viajar no impide su concurrencia. En tales casos hay que valorar para determinar si concurre fuerza mayor si el viaje de retorno entraña un riesgo de empeoramiento sustancial de su estado de salud o la disminución de sus posibilidades de curación o lo gravoso del sacrificio que se vería así obligado a afrontar.

⁷⁷ Nota orientativa 25 noviembre 2021, AC 074/20REV3, a la que habían precedido las notas orientativas 3 diciembre 2020 y 26 mayo 2021.

2022.

Como confirmaría el informe de julio 2021 de la European Labour Authority (ELA), sobre la incidencia del teletrabajo pandémico en la legislación de Seguridad Social aplicable, las *posturas adoptadas por los diferentes Estados* fueron muy diversas⁷⁸. Al margen de respetar la nota orientativa de la Comisión Administrativa, algunos Estados conectaron o alcanzaron rápidamente acuerdos, más o menos formales, con sus vecinos en un intento de flexibilizar la aplicación de las normas de conflicto o directamente obviar el teletrabajo pandémico⁷⁹. Otros incluso establecieron medidas unilaterales en ese sentido, siempre con el objeto de mantener la legislación aplicable⁸⁰. Algunos Estados emitieron o mantuvieron, más allá de los plazos comunes, los PD A1 que confirmaban la aplicación de su propia legislación⁸¹. Además, según el informe de la ELA, 14 Estados miembros, entre ellos España, *no adoptaron ninguna medida específica*⁸², aunque cumplieron el acuerdo alcanzado en la nota orientativa de la Comisión Administrativa que reiteramos que no era jurídicamente vinculante. En estos casos, la difusión de que el teletrabajo pandémico era neutral, es decir, que no afectaba a la legislación de Seguridad Social competente, no fue siempre la adecuada y se mantuvo la incertidumbre entre empresas y trabajadores. Solo algunos Estados, como Suecia y Dinamarca, lanzaron una *campaña informativa on-line* exitosa, que fue considerada una muy buena práctica por la ELA.

Como ha señalado la doctrina⁸³, la base legal de estas medidas, unilaterales o acordadas, resultaba discutible. No siempre se empleó la vía de los *acuerdos previstos en el art. 16 del Reglamento* de base, aunque podían ser suscritos entre varios Estados y para un colectivo determinado, como los teletrabajadores. Respecto de los acuerdos bilaterales, aunque esa opción está prevista en el

⁷⁸ Vid. ELA, *op. cit.*

⁷⁹ Vid., por ejemplo, los contactos realizados por las autoridades francesas con algunos Estados vecinos, o el acuerdo suscrito el 20 de junio de 2020 entre las autoridades italianas y suizas sobre esta materia y que se ha prorrogado en varias ocasiones (*idem*). Italia, además, firmó un acuerdo similar con Mónaco. Ver también los acuerdos suscritos por Luxemburgo con Alemania, Francia o Bélgica.

⁸⁰ El caso de Bélgica o Alemania.

⁸¹ Tal y como se refleja en las fichas del informe de ELA ese fue el caso de Estonia que emitió documentos portátiles A1 basados en la regla del desplazamiento (art. 12, [Reglamento \(CE\) n. 883/2004](#)), o el caso de Alemania que también recurrió a la emisión de documentos A1, por diferentes causas (desplazamiento, acuerdos del art. 16, etc.), para solventar la incertidumbre. Vid. ELA, *op. cit.*

⁸² Este parece ser el caso de Austria, Bulgaria, Croacia, Chipre, Estonia, Finlandia, Grecia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovenia, España. Vid. ELA, *op. cit.*

⁸³ J.-P. LHERNOULD, *Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier*, cit.

art. 8.2 del Reglamento de base, esta disposición exige que estén basados en los principios y el espíritu de este. De manera, que no parece del todo razonable que este fundamento avale una inaplicación temporal de las normas de conflicto en la forma habitual que se venía realizando⁸⁴. Es cierto que la *situación era de emergencia* y había que ser proactivo, no obstante, no se puede descartar que algunos trabajadores o empresarios descontentos con el resultado, impugnen ciertas resoluciones administrativas atinentes a su legislación aplicable. En esos casos, finalmente, su validez podrá ser revisada por los tribunales nacionales, por lo que es posible el planteamiento de una futura cuestión prejudicial interpretativa y que el Tribunal de Justicia deba de pronunciarse sobre la virtualidad y conformidad de estas medidas pandémicas con el Derecho de la UE.

8. Algunas conclusiones y propuestas para el teletrabajo post pandémico

Si finalmente fuera posible modificar los reglamentos de coordinación, tal vez convendría incluir una norma general transversal que previera soluciones ante *situaciones de fuerza mayor* que pudieran tener lugar en el futuro. *Lege ferenda*, esta norma podría clarificar la situación ante futuros confinamientos o situaciones de emergencia global. Quizás no sea preciso concretar mucho más, pues cada caso concreto necesitará medidas *ad hoc* que afecte a distintas áreas de los Reglamentos. En efecto, no siempre procederá el mantenimiento del *statu quo* en materia de legislación aplicable que se ha producido respecto del teletrabajo pandémico. Sí sería deseable que se estableciera algún tipo de procedimiento, por ejemplo, autorizando a la Comisión Administrativa a activar su aplicación y fijar su duración.

En cuanto a la coordinación de la seguridad social del *teletrabajo post pandémico* ya se ha señalado que existe mucha incertidumbre sobre su posible solución. Todo el mundo coincide en que necesitamos normas de conflicto claras, predecibles, sin mayor análisis, y garantistas de la libre circulación de los trabajadores, a través de la continuidad a la legislación aplicable, pero no hay consenso en determinar cuál sería la conexión más adecuada para conseguir tales objetivos.

Una opción que seguramente se ajuste a las necesidades de los Estados cuya Seguridad Social se base en la residencia sería aplicar precisamente la *ley del lugar de residencia del trabajador* o *lex domicilii*. En este caso se mantendría la

⁸⁴ Ver, en este sentido, H. VERSCHUEREN, *Post-Covid posting of workers from a labour and social security point of view*, cit.

interpretación física de la conexión general o *lex loci laboris* respecto del teletrabajo realizado en el domicilio. De hecho, la *lex domicilii* parece ser que fue la solución elegida por la Comisión Administrativa hace ya algunos años respecto del teletrabajo, antes de la pandemia, aunque su posición nunca se formalizó⁸⁵. Esta opción, sin embargo, puede ser problemática, pues a nadie se le escapa que no es fácil determinar la residencia en el marco de los Reglamentos, siendo en ocasiones necesario sopesar muchos factores lo que la hace poco predecible⁸⁶. De ser esta la conexión finalmente elegida, tal vez sería el momento de *unificar criterios* para que al menos la residencia fiscal, y la de la Seguridad Social se basara en criterios uniformes y objetivos semejantes⁸⁷. Otra posible desventaja, ya apuntada, es que, conforme a la regulación vigente de los Reglamentos de coordinación, *la residencia no es una conexión totalmente estable* y no puede descartarse que algunos teletrabajadores cambien de residencia constantemente, como así parece suceder en el caso de los nómadas digitales. En ese escenario, la ley del lugar de residencia no generaría estabilidad, con lo que podría peligrar el derecho a la libre circulación de esos teletrabajadores que podrían enfrentarse a constantes *cambios de la legislación aplicable*. Tales modificaciones también repercutirían en sus propios empleadores que podrían verse *obligados* a cotizar en varios Estados miembros por cuantías muy diferentes. Además, la aplicación de la legislación del Estado de residencia al teletrabajo no garantiza, en todo caso, la *igualdad de trato* entre teletrabajadores y los trabajadores presenciales. Por último, la aplicación de la *lex loci domicilii* podría potenciar el *dumping social*⁸⁸, ya que las empresas podrían tender a contratar a teletrabajadores residentes en un Estado miembro con bajas cotizaciones en un intento de ahorrar costes.

Como ya he dicho, a mi modo de ver, la mejor solución sería la aplicación de la *ley donde se ubica la sede de la empleadora*, entendida como una *reinterpretación actualizada* de la *lex loci laboris* respecto del trabajo virtual o, si se prefiere, una conexión *ad hoc* que la identifique como *lugar ficticio de teletrabajo*. En todo caso sería aconsejable que esta interpretación de la regla general, para evitar el *dumping social*, de plasmarse en los Reglamentos viniera acompañada de ciertas cautelas. En concreto, se exigiera el carácter real de la empleadora y, concretamente, la realización normal de actividades sustanciales en ese

⁸⁵ J.-P. LHERNOULD, *Conflits de lois en matière de sécurité sociale: la lex loci laboris en question*, en *Droit Social*, 2015, n. 5, nota 16.

⁸⁶ [Reglamento \(CE\) n. 987/2009](#), art. 11.

⁸⁷ Sobre la posibilidad de avanzar en esa línea *vid.* H. NIESTEN, *Revising the Fiscal and Social Security Landscape of International Teleworkers in the Digital Age*, en *Intertax*, 2021, vol. 49, n. 2, pp. 120-143.

⁸⁸ *Vid.* Y. JORENS, J.-P. LHERNOULD (eds.), *op. cit.*, p. 5.

Estado de establecimiento para que se pudiera aplicar dicha legislación. La opción por esta conexión tiene *indudables ventajas* ya mencionadas en este trabajo y de las que solo reiteraré su predictibilidad, la generación de igualdad de trato entre empleados y su estabilidad lo que favorece, sin duda, la libre circulación. Además, su aplicación, como se ha señalado, elimina de raíz los problemas asociados al teletrabajo híbrido y el denominado *teleworkation*. Si se piensa, en realidad, esta opción evita que el trabajo virtual distorsione la efectividad de las conexiones físicas establecidas en los Reglamentos. Permite obviarlo, como ya se hizo durante la pandemia. Finalmente, mientras se intenta avanzar en la incierta modificación de los Reglamentos de coordinación, tantos años estancada, *para ir sobreviviendo* y sorteando los imprevistos, siempre nos quedarán los acuerdos del art. 16 del Reglamento de base.

9. Bibliografía

- AA.VV. (2022), *Trabajadores Migrantes*, en AA.VV., *Memento Práctico. Seguridad Social 2022*, Lefebvre
- BURGUEÑO S. (coord.) (2021), *Libro Blanco sobre Teletrabajo Internacional*, FEEX, Asociación Española de Movilidad Internacional
- CARRASCOSA BERMEJO D. (2021), *Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit*, en *ERA Forum*, vol. 22, n. 3, pp. 387-406
- CARRASCOSA BERMEJO D. (2021), *Seguridad Social de los trabajadores migrantes*, en J. GARCÍA MURCIA, M.A. CASTRO ARGÜELLES (dirs.), *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Reus
- CARRASCOSA BERMEJO D. (2019), *Coordinación de los sistemas de Seguridad Social*, en M.E. CASAS BAAMONDE, R. GIL ALBURQUERQUE (dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Lefebvre
- CARRASCOSA BERMEJO D. (2019), *Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas*, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n. 142, pp. 37-70
- CARRASCOSA BERMEJO D. (2015), *The concept of the frontier worker and unemployment protection under EU coordination Regulations*, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (dir.), *Good Practices in Social Law*, Aranzadi
- CARRASCOSA BERMEJO D. (2004), *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social

- CARRASCOSA BERMEJO D., CONTRERAS HERNÁNDEZ Ó. (2022), *Posted Workers from and to Spain. Fact and Figures*, POSTING.STAT (versión en español: *Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras*)
- COMISIÓN ADMINISTRATIVA DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL (2013), *Guía práctica Sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*, Comisión Europea
- ELA (2021), *Impact of teleworking during the COVID-19 pandemic on the applicable social security. July 2021*
- EUROPEAN COMMISSION (2020), *COVID-19. Information for frontier workers and posted workers*
- EXTENDED STAY AMERICA (2021), *Digital Nomads: Live everywhere. Work anywhere*, en www.extendedstayamerica.com, 6 octubre
- GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA C. (2021), *La Unión Europea y el Reino Unido. Brexit. La regulación laboral y de Seguridad Social a partir del 31 de diciembre 2020. «Condenados a entenderse»*, en *Actum Social*, n. 168, pp. 1-17 (versión digital)
- HOSTELTUR (2022), *Canarias refuerza su estrategia para atraer a teletrabajadores*, en www.hosteltur.com, 30 abril
- JORENS Y., LHERNOULD J.-P. (eds.) (2008), *Think Tank Report 2008. Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict*, trESS
- LHERNOULD J.-P. (2021), *Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier*, en *Revue de Jurisprudence Sociale*, n. 7, pp. 1-13
- LHERNOULD J.-P. (2015), *Conflits de lois en matière de sécurité sociale: la lex loci laboris en question*, en *Droit Social*, n. 5, pp. 457-464
- MARTÍNEZ TORREGROSA E., RAMO HERRANDO M.J. (2021), *El trabajo a distancia transnacional. Problemas derivados*, en I. ALZAGA RUIZ, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, F.J. HIERRO HIERRO (dirs.), *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Aranzadi
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ Á. (2022), *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Tirant lo Blanch
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ Á. (2022), *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*, Tirant lo Blanch (en prensa)
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ Á. (2021), *Los efectos del Brexit en la coordinación en materia de Seguridad Social: del régimen privilegiado del Acuerdo de Retirada a la coordinación limitada del Acuerdo de Comercio y Cooperación*, en *E-Revista Internacional de la Protección Social*, n. 2, pp. 79-100
- NIESTEN H. (2021), *Revising the Fiscal and Social Security Landscape of International Teleworkers in the Digital Age*, en *Intertax*, vol. 49, n. 2, pp. 120-143

- PAZÓ ARGIBAY J.M. (2021), *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Cinca
- ROMERO BURILLO A.M. (2000), *La regulación laboral y de seguridad social del teletrabajo transfronterizo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 205, pp. 91-104
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO C. (dir.) (2021), *Los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Laborum
- SAVIO I. (2021), [*El 'south working' se pone de moda: ¿puede el teletrabajo salvar el sur de Italia?*](#), en www.elconfidencial.com, 20 marzo
- SOSTERO M., MILASI S., HURLEY J., FERNÁNDEZ-MACÍAS E., BISELLO M. (2020), [*Labour market change. Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide?*](#), Eurofound Working Paper, WPEF20020
- STRBAN G. (coord.) (2020), [*Analytical report 2018. Social security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: Interrelation, challenges and prospects*](#), European Commission
- STRBAN G. (ed.) (2017), [*Analytical Report 2016. Access to healthcare in cross-border situations*](#), European Commission

Jurisprudencia Europea

- EFTA Court 14 diciembre 2021, asunto E-1/21, [*ISTM International Shipping & Trucking Management GmbH vs AHV-IV-FAK*](#)
- STJUE 25 noviembre 2021, asunto C-372/20, [*OY contra Finanzamt Österreich*](#)
- STJUE 3 junio 2021, asunto C-784/19, [*"Team Power Europe" EOOD c. Direktor na Teritorialna direksia na Natsionalna agentsia za pribodite – Varna*](#)
- STJUE 8 mayo 2019, asunto C-631/17, [*SF c. Inspecteur van de Belastingdienst*](#)
- STJUE 6 septiembre 2018, asunto C-527/16, [*Salzburger Gebietskrankenkasse y Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz c. Alpenrind GmbH y otros*](#)
- STJUE 13 septiembre 2017, asunto C-570/15, [*X c. Staatssecretaris van Financiën*](#)
- STJUE 25 enero 2017, asunto C-640/15, [*Tomas Vilkas*](#)
- STJUE 18 septiembre 2014, asunto C-549/13, [*Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund*](#)
- STJUE 27 septiembre 2012, asunto C-137/11, [*Partena ASBL c. Les Tartes de Chaumont-Gistoux SA*](#)
- STJUE 10 marzo 2005, asunto C-336/03, [*easyCar \(UK\) Ltd c. Office of Fair Trading*](#)

STJUE 19 marzo 2002, asuntos acumulados C-393/99 y C-394/99, [Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants \(Inasti\) c. Claude Hervein y Hervillier SA \(C-393/99\) y Guy Lorthiois y Comtexbel SA \(C-394/99\)](#)

STJUE 21 septiembre 2000, asunto C-124/99, [Carl Borowitz c. Landesversicherungsanstalt Westfalen](#)

STJUE 10 febrero 2000, asunto C-202/97, [Fitzwilliam Executive Search Ltd \(FTS\) c. Bestuur van het Landelijke instituut sociale verzekeringen](#)

STJUE 28 abril 1998, asunto C-120/95, [Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés](#)

STJUE 13 julio 1995, asunto C-391/93, [Umberto Perrotta c. Allgemeine Ortskrankenkasse München](#)

STJUE 29 junio 1995, asunto C-454/93, [Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening c. Joop van Gestel](#)

STJUE 16 febrero 1995, asunto C-425/93, [Calle Grenzshop Andresen GmbH & Co. KG c. Allgemeine Ortskrankenkasse für den Kreis Schleswig-Flensburg](#)

STJUE 9 agosto 1994, asunto C-43/93, [Raymond Vander Elst c. Office des migrations internationales](#)

STJUE 29 junio 1994, asunto C-60/93, R.L. [Aldevereld c. Staatssecretaris van Financiën](#)

STJUE 24 marzo 1994, asunto C-71/93, [Guido Van Poucke c. Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen y Algemene Sociale Kas voor Zelfstandigen](#)

STJUE 4 octubre 1991, asunto C-196/90, [Fonds voor Arbeidsongevallen c. Madeleine De Paep](#)

STJUE 24 abril 1980, asunto 110/79, [Una Coonan c. Insurance Officer](#)

STJUE 5 mayo 1977, asunto 102-76, [H.O.A.G.M. Perenboom c. Inspecteur der directe belastingen te Nijmegen](#)

Normativa

[Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia](#), en BOE, 10 julio 2021, n. 164

[Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes](#), en BOCG, 27 diciembre 2021, Serie A, n. 80-1

Normativa Europea

Comunicación de la Comisión, [*Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores*](#), 30 marzo 2020

[Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation \(EC\) No 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation \(EC\) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation \(EC\) No 883/2004](#), 17 diciembre 2021, 15068/21 ADD 1

[Recomendación n. A1, de 18 de octubre de 2017, relativa a la emisión del certificado a que se refiere el artículo 19, apartado 2, del Reglamento \(CE\) n. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo](#)

[Reglamento \(CE\) n. 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 \(CE\) n. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social](#)

[Reglamento \(CE\) n. 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 \(CE\) n. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social \(versión 2012\)](#)

[Reglamento \(CE\) n. 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 \(CE\) n. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social \(acto jurídico inicial\)](#)

[Reglamento \(CE\) n. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social](#)

[Reglamento \(CE\) n. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social \(versión 2012\)](#)

[Reglamento \(CE\) n. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social \(acto jurídico inicial\)](#)

Videos

LHERNOULD J.-P. (2021), *Highly mobile workers vs free movement rules, incl. general social security and labour law aspects*, en MoveS Webinar [Highly Mobile Workers in the EU](#), 26 noviembre

VERSCHUEREN H. (2022), *Post-Covid posting of workers from a labour and social security point of view*, en MoveS Webinar [*Posting of workers: latest developments and prospects in social security and labour law*](#), 18 marzo

Análisis de la normativa a la luz del Convenio OIT C188 sobre el trabajo en la pesca

Francisca BERNAL SANTAMARÍA*

RESUMEN: La pesca ha sido un sector olvidado del impulso del legislador. La OIT tampoco ha sido un gran ejemplo a la hora de tutelar a un colectivo tan desprotegido y vulnerable. Sin embargo, la adopción del Convenio OIT C188 es un primer paso, aunque tímido, para tratar de corregir esta despreocupación del legislador. Sin duda, es un hito importante para conseguir el trabajo decente y unas condiciones de vida y de trabajo dignas. En esta sede de análisis realizamos un breve recorrido por el itinerario legislativo tanto a nivel internacional, como europeo y del Estado español en la regulación de un sector muy maltratado.

Palabras clave: OIT, Convenio C188, pesca, trabajo decente, nivel internacional.

SUMARIO: 1. La pesca y el trabajo decente: un objetivo inacabado. 2. La labor del legislador supranacional en el sector pesquero. 2.1. El Convenio C188 sobre el trabajo en la pesca. 2.2. La Recomendación complementaria R199 de 2007. 2.3. El pulso del legislador europeo en la pesca. 3. La labor del legislador español en el trabajo en la pesca. 4. Bibliografía.

* Profesora Ayudante Doctora (acreditada a contratada doctora), Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Cádiz (España).

Analysis of the Regulations in Light of ILO Convention C188 on Work in Fishing

ABSTRACT: Fishing has been a forgotten sector of the legislator's impulse. The ILO has also not been a great example when it comes to protecting such an unprotected and vulnerable group. However, the adoption of ILO Convention C188 is a first step, albeit timid, to try to correct this carelessness of the legislator. Without a doubt, it is an important milestone to achieve decent work and decent living and working conditions. In this analysis we make a brief tour of the legislative programme both at international, European and Spanish State level in the regulation of a very oppressed sector.

Key Words: ILO, Convention C188, fishing, decent work, international level.

1. La pesca y el trabajo decente: un objetivo inacabado

El pescado es un recurso alimenticio esencial para el consumo humano, siendo un alimento imprescindible en las dietas por ser muy saludable y rico en proteínas, minerales vitaminas, fuente de potasio y de fósforo. Junto a lo anterior, es indudable que la producción y el consumo de pescado impulsa el comercio, viéndose como una fuente de ingresos en este sector si consideramos, además, los empleos directos y los indirectos que genera. De tal modo, que la pesca forma una parte importante del comercio internacional. De esta forma, las Naciones Unidas señala que la pesca es una de las actividades que puede reducir los índices de pobreza a nivel mundial, con un gran potencial para los países en vías de desarrollo y zonas rurales.

Toda vez, que la actividad de la pesca se relaciona con la Agenda 2030 de las Naciones Unidas y con los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS). Por ejemplo, y considerando lo apuntado, con el ODS 1, *Poner fin a la pobreza en todas sus formas*, y el ODS 2, *Poner fin hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible*, o también con el ODS 14, *Conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, los maros y los recursos marinos para el desarrollo sostenible* (objetivo azul). Con este horizonte es imperioso reglamentar la explotación pesquera, poner fin a la pesca ilegal no declarada, formular subvenciones y aumentar los beneficios económicos de la ordenación sostenible de la pesca y de acuicultura, así como facilitar el acceso de los pescadores en pequeña escala a los recursos marinos y a los mercados, así como aplicar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹. Por tanto, nos quedamos con dos palabras representativas en los ODS: sostenibilidad y reducción de la pobreza.

Por ese lado, la doctrina francesa ha apuntado que será preciso alimentar a más de 9.000 millones de personas de aquí al 2050 en un contexto nada halagüeño de incertidumbre económica y financiera, de cambio climático y de competencia ante unos recursos naturales cada vez más limitados que nos puede llevar a una desforestación mundial. A ello se une en los últimos tiempos las consecuencias de unos tiempos aún más álgidos suscitados por la pandemia de la Covid-19, del Brexit, de huelgas de transportes y del contexto bélico actual (Rusia-Ucrania). En el mismo orden, habría que apuntar las consecuencias tan nocivas de las prácticas comerciales desleales

¹ Estos son solo algunos de los ODS con los que se podría vincular, para más información Vid. COMITÉ DE PESCA, [La Agenda 2030, los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Pesca y la Acuicultura](#), FAO, 2016.

en la cadena de suministro alimentario y de la pesca pirata².

En el marco de las relaciones laborales, la OIT anota que más de 58 millones de personas trabajan en el sector primario de la pesca de captura y de acuicultura, en tanto que un 37% desempeña esta actividad a tiempo completo (más de 15 millones de pescadores), y un 23% a tiempo parcial, y el restante realiza la actividad de la pesca de forma ocasional o un régimen de trabajo no especificado. Luego, advierte que la pesca es una de las actividades más peligrosas y arduas, con unas condiciones de vida y de trabajo muy duras a las que hay que prestar una atención especial y reforzada. Al igual, la OIT resalta que al menos unos 24.000 pescadores y personas relacionadas con la pesca y el procesado de pescado fallecen cada año, siendo una profesión con unas altas cifras de siniestralidad laboral.

Por ejemplo, en Estados Unidos la tasa de siniestralidad de este sector es superior al trabajo policial y al trabajo relacionado con la lucha contra el fuego. En Dinamarca la cifra es hasta 30 veces más elevada que la de trabajadores en tierra. Mientras que en Guinea se calcula que cada año casi el 6% de las barcas sufren accidentes y que uno de cada 200 pescadores fallece como consecuencia de estos accidentes.

La doctrina francesa se ha referido a las condiciones laborales de los marineros pescadores con referencia a novelas que han narrado los peligros y las hazañas en este sector. Desde luego, no cabe la menor duda de que la pesca es uno de los trabajos más peligrosos y penosos, siendo una actividad que registra una alta cifra de fallecimientos y de desaparecidos en la mar.

A día de hoy, las condiciones laborales siguen siendo lamentables, caracterizada por unas notas que la apartan de otros sectores de actividad, si se tiene presente factores como: la diversidad y la magnitud del sector en lugares dispares del mundo, los distintos tipos de embarcaciones³, las plataformas móviles, la cultura de las comunidades que dependen de la pesca o las prácticas sociales.

También se debe advertir de las condiciones como: el espacio físico reducido, la dureza de las tareas, el aislamiento social de los pescadores, el alejamiento del hogar familiar, los peligros que entraña la actividad, el desempeño bajo condiciones meteorológicas adversas, el alargamiento de la jornada laboral a pesar de condiciones hostiles e imprevisibles (hasta que

² Con toda la exquisitez académica es necesario apuntar la obra de X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *La pesca pirata: un estudio jurídico desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Atelier, 2019.

³ Téngase presente que las condiciones de vida y de trabajo a bordo difieren si tenemos en cuenta que los pescadores pueden prestar servicios para embarcaciones elementales a embarcaciones con y sin cubierta, con y sin motor, a grandes buques; en definitiva, desde catamaranes, canoas, desde embarcaciones primitivas a otras rápidas y de gran potencia).

el patrón considere que se ha capturado y almacenado lo suficiente), las limitaciones en la prevención de los riesgos a bordo o las elevadas tasas de accidentabilidad y morbilidad. Se unen otros factores muy singulares, a modo de recordatorio: la internacionalidad de la industria (prácticamente inherente al sector, como casi ningún otro) la extraterritorialidad, el carácter global, la estacionalidad de la actividad (por campañas, por una marea o un número de mareas), las fluctuaciones en los mercados pesqueros y de la disponibilidad de recursos pesqueros, la ausencia de transparencia en la propiedad de las flotas, el registro de los buques en las banderas de conveniencia o la proliferación de la pesca ilegal (pesca pirata a la que ya se hizo referencia). Con la foto panorámica descrita se muestra que la situación del pescador es más precaria que la de un marino mercante, pues su actividad es distinta y está más expuesto físicamente al mar, y a los riesgos que implica trabajar en contacto directo con la vida marina. La situación se agrava para el pescador artesanal y en pequeña escala si tenemos en cuenta que, en la mayor parte de los países en desarrollo vive en un nivel de subsistencia, no está sindicado, y en conflicto con los pescadores de embarcaciones grandes o de países desarrollados ante la falta de crédito y los altos tipos de interés de las pesquerías de los países desarrollados⁴.

Igualmente, aunque muchos pescadores son propietarios-operadores de sus buques, es muy frecuente que sean de diferentes países y que estén a bordo de un buque que enarbola pabellón de otro país, y del que es propietario otro país distinto a los anteriores. En resumen, se trata de una actividad que genera pocos ingresos para los pescadores o una gran incertidumbre dada su vinculación con el salario a la parte, estacionalidad, prácticas de empleo informal sujetas al clima, largas de horas de travesía y faenando más lejos de la costa, permaneciendo más tiempo a bordo en el mar, aumentando la fatiga, el estrés, la soledad, el alcoholismo, el aislamiento familiar, los conflictos a bordo, la violencia, los motines, y la probabilidad de riesgos laborales, de accidentes y de morbilidad⁵.

Por lo demás, en algunos países los pescadores ni tan siquiera son trabajadores, sino que entran en la categoría de autónomos con todos los perjuicios que ello les puede ocasionar. En otras ocasiones la situación se agrava si los pescadores no están registrados, ni portan documentación o certificación, ni están formados ni capacitados. Es usual que estos pescadores (normalmente migrantes) desempeñen su actividad para buques

⁴ Véase OIT, *Condiciones de trabajo en el sector pesquero. Una norma general (un convenio complementado con una recomendación. Informe V (1)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, 2004, p. 15 ss.

⁵ Cfr. F. BERNAL SANTAMARÍA, *El derecho de repatriación en la pesca*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, n. 60, p. 204 ss.

inscritos en países de banderas de conveniencia, que buscan sortear la normativa socio laboral y de seguridad a bordo. Además, la tecnología y la automatización también ha llegado al sector pesquero, con consecuencias como la reducción del tamaño de las tripulaciones, modificaciones en las condiciones de trabajo y la necesidad de nuevas calificaciones y formación. A su vez, hay que hacer referencia a la presencia de agencias de pescadores que hacen de intermediarios de forma opaca y que dejan en el total desamparo socio laboral a estas personas. Hay que tener presente la seguridad de los barcos, sobre todo, cuando son muy antiguos, no tienen a bordo los equipos de seguridad y cuando tratan de sortear los controles del Estado de Puerto. Ante cualquier queja a bordo, es probable que el pescador sea detenido o que pase a formar parte de las conocidas como listas negras. En ocasiones, son abandonados en otro puerto con todas las adversidades que una situación así conlleva. Cuando se accidentan o enferman, como no cuentan con un médico a bordo o un centro donde llamar, dependen de sus compañeros. Cuando llegan a un puerto extranjero, no suelen contar con los permisos de tierra o visados que les permita salir al lugar donde ha recalado el buque⁶. Otros problemas de gran calado son el trabajo de los niños en la pesca, la sub-representación o infrarrepresentación de la mujer en el sector (centrando su labor solo en las cadenas de procesado y en su comercialización), la inaplicación de las normas tuteladoras a los pequeños buques, que son cerca del 80% del total (menos de 12 metros), por no de decir la menor atención de la OIT prestada a este sector si la comparamos con la otorgada al trabajo marítimo.

Es más, es del todo habitual que los buques de pesca y los pescadores se vean excluidos de la norma socio laboral, sin que se puedan beneficiar ni contribuir al sistema de seguridad social de su país ni al sistema del Estado de pabellón, o se benefician, pero de una forma menos favorable que las aplicables a otros trabajadores. Por ejemplo, es muy común que los trabajadores migrantes no estén protegidos por un sistema de seguridad social evidenciando una ausencia de tutela.

Con este marco, es preciso formular un marco normativo internacional capaz de tutela los derechos de los trabajadores, con el fin de alcanzar el trabajo decente, el bienestar a bordo, y el respeto a los derechos humanos. Desde luego, ante un sector mundial con centros de trabajo móviles que operan en aguas sujetas a la jurisdicción de varios países y cuya ley a bordo se puede regir por la ley que abandera el buque, es preciso contar con una

⁶ Sobre el marco referido, la doctrina francesa. *Vid.* P. CHAUMETTE, *Estudio introductorio*, en P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOULOU BASURKO (dirs.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo en la Pesca (2007), de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Aranzadi, 2018, p. 10 ss.

norma internacional que dotara de algo de homogeneidad al sector. Con toda esta narración, era perentoria una norma internacional con estándares dignos, mínimos y decentes en un sector tan maltratado y arrinconado por el legislador⁷.

Pues bien, hondeando la bandera del trabajo decente, la OIT adopta el Convenio sobre el trabajo en el sector pesquero (C188) y una Recomendación oficial adjunta (R199), tal y como narramos a continuación⁸.

2. La labor del legislador supranacional en el sector pesquero

A pesar de que la OIT ha venido formulando un conjunto de normas para mitigar los efectos negativos que antes se han descrito y para tratar de ofrecerles una mayor protección jurídica.

No obstante, es más que evidente la menor atención de la OIT a la pesca que al sector marítimo. Este hecho se refleja en un dato incuestionable: el menor número de normas dirigidas específicamente a este sector⁹. Efectivamente, tan solo cinco Convenios y tres Recomendaciones se promulgaron desde el año 1920 al año 1966. Así, en relación a los pescadores se contaba con el siguiente marco legal¹⁰:

- C113, *Convenio sobre el examen médico de los pescadores*, 1959. Entró en vigor el 7 de noviembre de 1961. Actualmente, está pendiente de revisión, pues queda abierto a ser denunciado ante la ratificación y entrada en vigor del Convenio C188 (actualmente denunciado por cinco países). En países como España aún está vigente por no haber ratificado el C188;

⁷ Un relato muy interesante por J. CABEZA PEREIRO, *El reto de la ratificación del Convenio OIT n° 199 sobre el trabajo en la pesca*, en J.M. SOBRINO HEREDIA (dir.), *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y en la situación de las gentes del mar*, Bomarzo, 2016.

⁸ Ambos textos fueron adoptados en el año 2007 con el fin de garantizar un trabajo decente para todos los pescadores del mundo. Si bien, cabe tener en cuenta que la Recomendación tiene carácter complementario y que no es vinculante. Por su parte, el Convenio C188 entró en vigor el 16 de noviembre de 2007, y en julio de 2021 cuenta con 18 ratificaciones. Si embargo, como veremos luego, España aún no lo ha ratificado, si bien ha manifestado que está trabajando en ello, como, por ejemplo, con la adopción de normas internas que se analizarán en un momento posterior.

⁹ Sobre la actividad legislativa de la OIT en el sector de la pesca desde sus inicios hasta la actualidad, y con una comparativa con la gente de mar, léase a X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Los Convenios de la OIT sobre la protección de los pescadores*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, n. 112; X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Preámbulo*, en P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOULOU BASURKO (dirs.), *op. cit.*, p. 43 ss.

¹⁰ Vid. OIT, *Lista de los instrumentos por tema y estatus*, en www.ilo.org, 26 enero 2022.

- C114, *Convenio sobre el contrato de enrolamiento de los pescadores*, 1959. Entró en vigor el 7 de noviembre de 1961 y actualmente abierto a denuncia, tan solo 4 Estados lo han denunciado ante la ratificación del C188. Para España sigue estando vigente;
- C112, *Convenio sobre la edad mínima (pescadores)*, 1959. Entró en vigor el 7 de noviembre de 1961 y ha sido superado por el C188. Es el Convenio que cuenta con mayor número de denuncias, al alcanzar las 24. En España está denunciado por el C138, *Convenio sobre la edad mínima*, 1973;
- C125, *Convenio sobre los certificados de competencia de pescadores*, 1966. Este Convenio entró en vigor el 15 de julio de 1969 y tiene tan solo 10 ratificaciones, sin que España lo haya ratificado. Como los demás, está pendiente de revisión y abierto a denuncia, sin que ningún país lo haya denunciado, por lo que está en vigor para estos;
- C126, *Convenio sobre el alojamiento de la tripulación (pescadores)*, 1966. El Convenio entró en vigor el 6 de noviembre de 1968 y su estatus es “solicitud de información”, pudiendo volver a ser denunciado desde el 6 de noviembre de 2028. Si bien, ya cuenta con 6 denuncias por la aplicación del C188;
- R126, *Recomendación sobre la formación profesional (pescadores)*, 1966. Se adoptó el 21 de junio de 1966 y actualmente está pendiente de revisión;
- R007, *Recomendación sobre las horas de trabajo (pesca)*, 1920. Instrumento retirado por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 107ª reunión (2018);
- R196, *Recomendación sobre el trabajo en el sector pesquero*, 2005, reemplazada o sustituida por la R199, *Recomendación sobre el trabajo en la pesca*, 2007.

Como ocurre con el trabajo marítimo, pero desde luego, con menor intensidad, la OIT colabora estrechamente con la Organización Marítima Internacional, para promover también un marco coherente de actuación en este sector. Si bien, destacan solo estos instrumentos:

- Acuerdo de Ciudad del Cabo de sobre la implementación de las disposiciones del Protocolo de Torremolinos de 1993 relativo al Convenio Internacional de Torremolinos para la seguridad de los buques pesqueros de 1977;
- Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (AMERP) de la FAO de 2009;
- Convenio Internacional de la OMI sobre Normas de formación, Titulación, Guardia para el Personal de Buques Pesqueros de 1995 y el Convenio Internacional de Torremolinos para la seguridad de los buques pesqueros de la OMI de 1977;
- Instrumentos voluntarios sobre la seguridad en el mar de FAO, OIT,

OMI: Código de Conducta para la Pesca Responsable (1995); Código de Seguridad para Pescadores y buques pesqueros (2005); Directrices voluntarias para el diseño, la construcción y el equipamiento de buques pesqueros pequeños (2005); Recomendaciones de seguridad para buques pesqueros con cubierta de menos de 12 metros de largo y buques pesqueros sin cubierta (2012); Directrices de implementación sobre la parte B del Código, directrices voluntarias y recomendaciones de seguridad (2014); Directrices técnicas para la pesca responsable: Operaciones pesqueras: mejoras prácticas para mejorar la seguridad en el mar en el sector pesquero (2015).

Como consecuencia de lo anterior, con una declaración de intenciones se publica el trabajo conjunto entre la FAO, la OIT y la OMI, [*Uniendo esfuerzos para forjar el futuro del sector pesquero. Promoción de la seguridad y el trabajo digno en las pesquerías por medio de la aplicación de normas internacionales*](#). Se trata de una publicación que ofrece una orientación a las personas responsables de formular las políticas y de tomar las decisiones en este sector a nivel laboral. Se centra en la promoción de una ratificación e implementación adecuada de la normativa sobre la pesca.

Dado el escaso número de ratificaciones, la antigüedad de la norma, a evolución experimentada en el sector, la persistencia de las lamentables condiciones de vida y de trabajo en el sector era necesaria una norma internacional que revisara los Convenios y las Recomendaciones preexistentes para dotarla de una necesaria modernidad y de una aplicación efectiva, es decir, que fuera ratificado e implementado por los Estados miembros. En definitiva, si la norma internacional que se promulga no es ratificada y aplicada hace caer en papel mojado cualquier iniciativa. No vamos a reproducir el *iter* en la gestación del proceso al ser un relato que ya ha sido analizado por la doctrina¹¹. Lo que sí se debe anotar que el Convenio C188 y su Recomendación es un impulso para emprender una política de trabajo decente para todos, lo que debe incluir a los buques pequeños. Téngase presente que el total mundial de buques de pesca ha llegado a alcanzar la cifra de 4.6 millones, los buques de pesca pequeños (de menos de 15 o 12 metros) suponen más del 80% de la flota pesquera de la UE¹². Por último, se ha destacado que la vocación del Convenio y de su

¹¹ El proceso se gestó en el año 2002 con el deseo de revisar gran parte de las normas referidas, aunque el paso decisivo se dio en el año 2007. Con la exclusión de la pesca del ámbito del Convenio del Trabajo Marítimo 2006, no fue hasta la 96ª reunión (2007) de la Conferencia Internacional del Trabajo en la que se adopta el Convenio y su Recomendación.

¹² COMISIÓN EUROPEA, [*Guía Europea para la prevención de riesgos en pequeños buques de pesca*](#), 2016.

Recomendación es garantizar unas condiciones de vida y de trabajo durante esas largas temporadas que los pescadores pasan en el mar. Por parte de los Estados miembros deben ser un mecanismo para cumplir y aplicarlo, un modo de luchar contra el dumping social. El fin es que los trabajadores no sean sometidos a condiciones inhumanas, mejorando sus condiciones a bordo. En definitiva, que el sector de la pesca sea un trabajo decente en línea con el compromiso de la OIT por la justicia social.

2.1. El Convenio C188 sobre el trabajo en la pesca

El Convenio C188 se adoptó, en un ambiente de colaboración, pero tenso, con 437 votos a favor, 2 en contra y 22 abstenciones, nada que ver con la unanimidad que tuvo el Convenio del Trabajo Marítimo de 2006.

Con respecto a su aplicación, el Convenio entró en vigor para los países ratificantes el 16 de noviembre de 2017. A fecha de marzo de 2022, el Convenio C188 cuenta con tan solo 20 ratificaciones, sin que España lo haya ratificado. Eso sí, es importante contar con la ratificación de países tradicionalmente pesqueros como son Tailandia, Marruecos y Noruega. Sería deseable la incorporación de países como China, Indonesia, India, Japón o Perú, entre otros.

La doctrina más especializada ha señalado que atendiendo al espíritu del Convenio C188 de garantizar unas condiciones de trabajo decentes en distintos ámbitos se comprende la estructura de su contenido. La estructura del Convenio no presenta grandes novedades, siendo calificado como tradicional en su formato. Como se verá lo esencial de su contenido, pierde fuerza en relación con su Preámbulo sin orden aparente o sus referencias a aspectos obvios e incluso a sus descuidos (repatriación, pesca ilegal, etc.)¹³. El Convenio se conforma por 3 bloques bien diferenciados. El primer bloque es el Preámbulo se recuerda de forma escueta la globalización y las repercusiones para el sector pesquero, la peligrosidad del sector en comparación con otras ocupaciones, los principios y los derechos fundamentales, y las referencias a otras normas de interés, se toma nota de la necesidad de revisar los Convenios sobre la pesca anteriores y de actualizarlos para abarcar a un mayor número de pescadores del mundo entero, de forma especial quienes trabajan en las embarcaciones de menor tamaño. Por su lado, el preámbulo, de forma modesta, como advierte la doctrina, se marca como fines promover las condiciones de trabajo decentes, proteger y promover los derechos de los pescadores para

¹³ X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Preámbulo*, cit., p. 47 ss.

garantizarles unas condiciones de trabajo decentes en lo que atañe a diversas materias.

El segundo bloque lo compone su articulado, que a su vez está dividido en varias partes. En la Parte I se tratan las Definiciones y el ámbito de aplicación conteniendo 5 artículos. En la Parte II compuesta por 3 artículos se abordan los principios generales (aplicación, autoridad competente y coordinación, responsabilidades). En la Parte III se contienen los requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques con 4 artículos. La Parte IV trata las condiciones de servicio compuesta por 12 artículos. La Parte V se refiere al tema del alojamiento y la alimentación, con 4 artículos. La Parte VI regula la atención médica, la protección de la salud y la seguridad social con 11 artículos. La Parte VII se ocupa del Cumplimiento y del control de la aplicación destinando 5 artículos. La Parte VIII aborda la posibilidad de Enmiendas a los anexos con un solo artículo. Y la Parte IV de las Disposiciones Finales con 9 artículos.

De la estructura del Convenio merece la pena resaltar que contiene normas aplicables a:

- los buques de eslora igual o superior a 24 metros;
- los buques que permanezcan más de siete días en el mar;
- los buques que naveguen a distancias superiores a 200 millas náuticas desde la línea de costa;
- los buques que naveguen más allá del borde exterior de la plataforma continental;
- los pescadores que trabajen a bordo de dichos buques.

De esta previsión, la ITF destaca que tiene más flexibilidad en lo que respecta a los otros buques pesqueros cubiertos por el Convenio y a los pescadores que trabajan a bordo de dichos buques. Así, como es habitual, la adopción del marco normativo para implantar las disposiciones del Convenio se deja al albur de las autoridades. Cada país, pues, tiene la autonomía para decidir a que buques pesqueros se aplicará el Convenio, incluso los buques pequeños. Teniendo en cuenta la dimensión de la flota pesquera compuesta sobre todo por buques pequeños, sería deseable que las disposiciones se aplicaran a éstos. Por último, el Convenio facilita la aplicación progresiva de algunas de sus disposiciones en relación con determinadas categorías de buques¹⁴.

Finalmente, en el tercer bloque se incluye tres anexos sobre equivalencia de medidas (ante el caso que la autoridad competente del Estado utilice otra base de medida de eslora), sobre el acuerdo de trabajo del pescador (lista los datos que deben incluirse), y sobre el alojamiento a bordo (comprende

¹⁴ ITF, *El Convenio sobre el Trabajo en la pesca, 2007 de la OIT: Una guía para los sindicatos*, 2012.

los requisitos de espacio de los buques nuevos de eslora igual o superior a 24 metros).

Desde luego, en el Convenio C188 afronta materias relacionadas con la protección socio laboral de los pescadores, entre ellas la repatriación; con el cumplimiento y el control de las disposiciones, la responsabilidad de los propietarios del buque, de los capitanes o de los patronos; y las previsiones de control por el Estado de pabellón, y por el Estado del puerto. Desde luego, las disposiciones que contienen son esenciales para garantizar un trabajo decente a bordo de los buques pesqueros. Un asunto distinto es si realmente el Convenio logra tal fin, a pesar de reconocer una responsabilidad global y bidireccional del propietario del buque¹⁵.

El Convenio tiene una vocación de generalidad para abordar las cuestiones relacionadas con los pescadores migrantes, con la idea de eliminar el trabajo forzoso y el trabajo infantil en este sector. Se concibe pues como un puente para que los pescadores tengan unas condiciones de trabajo y de vida decentes, de forma que establece unas normas mínimas (muy mínimas) calificadas de aceptables en varios ámbitos socio laborales.

A continuación, acudimos a los aspectos más destacados del Convenio C188, ciñéndonos (por temas de espacio) a los requisitos para trabajar a bordo (mas concretamente, la edad por las razones que se esgrimen más abajo), al contrato de trabajo (es relevante la obligación de elevarlo a la forma escrita) y al derecho de repatriación (al ser un derecho de nueva creación en la pesca).

Antes se apuntó, el problema evidente de emplear a niños en la pesca. Alrededor del 60% de niños trabajadores desempeñan su actividad en el sector agrícola que incluye la pesca o la acuicultura, participando en todo tipo de actividades como otro miembro más de la tripulación, habida cuenta que los niños se encargan de las tareas propias de la tripulación estando expuestos a riesgos con jornadas largas de trabajo, con temperaturas extremas y condiciones meteorológicas adversas, como los demás. Si el trabajo marítimo es un gran desconocido, tal como si las cosas y los productos que habitualmente consumimos nos vinieran por arte de magia, la pesca es un mundo aún más desconocido y lejano. Pues en comparativa, cuando se habla de trabajo infantil y pesca son seres invisibles. En efecto, el trabajo infantil en la pesca es el gran desconocido. Poco trascienden los informes sobre los accidentes y lesiones. Luego, es mas que habitual que los niños trabajen en la pesca en el mundo en desarrollo, en negocios familiares

¹⁵ Un estudio completo y riguroso en I. BALLESTER PASTOR, *Responsabilidades de los propietarios de los buques pesqueros, los capitanes o patronos y los pescadores*, en P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOULOU BASURKO (dirs.), *op. cit.*, p. 95.

junto con sus padres. En estos casos no existen estadísticas sobre las lesiones y enfermedades de los niños en el trabajo. Además, si se tiene en cuenta que estos países no gozan de la misma protección en relación con la seguridad y su cumplimiento o a los sistemas obligatorios de notificación y vigilancia, podemos vislumbrar la situación tan lamentable que padecen estos niños. Pero es, como ya alertamos, tampoco en los países industrializados esta información sea difundida¹⁶. Con este marco, la OIT se ha marcado como un reto luchar para la erradicación del trabajo peligroso, como es la pesca.

Pues bien, el requisito de contar con una edad mínima fue un tema central en el Convenio C188, dada la preocupación de la OIT por esta lacra. En este sentido, la doctrina ha señalado, como no podía ser de otra manera, que limitar el acceso a la pesca en atención a la edad es una forma de proteger el derecho a la infancia y un derecho humano, va la línea de la actuación de la OIT de eliminar las peores formas del trabajo infantil. Por tanto, el Convenio trata de equilibrar y conciliar la protección de los menores teniendo en cuenta su seguridad y su salud con el hecho de que en algunos países (sobre todo países en vías de desarrollo) los menores se incorporan de forma pronta al trabajo, teniendo gran peso la subsistencia familiar¹⁷. Con esta idea se prohíbe el trabajo de pescadores menores de 18 años trabajar de noche, así como realizar tareas que puedan resultar peligrosas para su salud o su seguridad o puedan hacer peligrar su vida. Respecto a la primera limitación se recoge como excepción que la autoridad competente podrá permitir cuando pudiera verse comprometida la formación eficaz del pescador, impartida con arreglo a programas y planes de estudio establecidos; o cuando la naturaleza específica de la tarea o un programa de formación reconocido requieran que el pescador (menor) realice trabajos de noche y la autoridad determine, previa celebración de consultas, que dicho trabajo no perjudicará su salud ni su bienestar.

Luego, la edad mínima para trabajar a bordo de un buque pesquero es de 16 años, sin embargo, y teniendo en cuenta la realidad del sector en algunos países, se ha mitigado esta previsión y se ha contemplado que la autoridad

¹⁶ Ya se ha señalado que los menores suelen realizar tareas como la pesca de captura hasta la reparación de redes o la elaboración del pescado, con largas jornadas de trabajo que suelen ser incompatibles con la asistencia a la escuela y que entraña serios riesgos y peligros para su salud y su seguridad. Un estudio sobre este problema en FAO, OIT, [Guía para hacer frente al trabajo infantil en la pesca y la acuicultura](#), 2013. Vid. también OIT, [Niños en trabajos peligrosos. Lo que sabemos. Lo que debemos hacer](#), Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), 2011.

¹⁷ Sobre ello véase O. FOTINOPOULOU BASURKO, *Los requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques pesqueros*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, n. 60, p. 23 ss.

competente podrá autorizar a un pescador menor a trabajar a bordo si tiene entre 15 y 16 años y ya no será sujeto a la enseñanza obligatoria y participa en una formación profesional en materia de pesca. Con el mismo prisma de flexibilidad, el Convenio permite que la autoridad competente permita a las personas de 15 años efectuar trabajos livianos durante las vacaciones. Cuando sea así, debe determinar los tipos de trabajos autorizados, las condiciones y los periodos de descanso obligatorios.

Finalmente, la prohibición de emplear a menores de 18 años se limitaría, en su caso, a los trabajos que por su naturaleza o las circunstancias en las que se realicen puedan resultar peligrosos para su salud o seguridad o su moralidad. Este tipo de trabajos debe ser determinado por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa celebración de consultas, y teniendo en cuenta los riesgos de las actividades y las normas que resulten aplicables.

Al igual, los trabajos que pueden realizar los pescadores a partir de la edad de 16 años pueden ser autorizada por la legislación nacional o por decisión de la autoridad competente, previa consultas, y si se protege plenamente su salud, su seguridad y su moralidad. Además, deben recibir instrucciones específicas o una formación profesional y hayan completado con anterioridad al embarque una formación básica en materia de seguridad.

Por lo demás, es esencial contemplar unos requisitos mínimos para trabajar en sector, como es la capacitación. Toda vez por la necesidad de contar con una tripulación formada y capacitada para desempeñar tan ardua labor, y para luchar contra el empleo de menores en una actividad tan peligrosa. Ya se ha apuntado antes de la alta siniestralidad y morbilidad de un sector. Así que contar con unos requisitos de acceso “exigentes” no tendría que asombrar al lector. Por tanto, la capacitación y contar con una titulación específica es determinante la seguridad y la salud en un sector tan hostil como es la pesca.

Otro elemento básico es el contrato del trabajo el pescador por razones obvias de configurarse como el nacimiento del vínculo relacional entre las partes, instrumento regulatorio de los derechos y de las obligaciones para ambas. El Convenio de la OIT denomina acuerdo de trabajo del pescador a el contrato de trabajo, el contrato de enrolamiento y cualquier otra forma similar de acuerdo o de contrato que rijan las condiciones de vida y de trabajo de los pescadores a bordo de un buque. Como aprecia la doctrina, la finalidad de esta denominación es la ampliación del ámbito de aplicación para dotar de regulación a todos los que no tenían un contrato de enrolamiento, y extender a todos los pescadores la protección ofrecida. Desde luego, la regulación del Convenio de esta institución es crucial para garantizar la protección de los pescadores, habida cuenta de que es habitual

que en el sector existan relaciones informales en las que no se formaliza el contrato de trabajo con la inseguridad jurídica que ello ocasiona para las partes. Por tanto, y atendiendo a la ordenación contenida en el Convenio, y luego en la Directiva europea que apuntaremos, es preciso que los Estados realicen la oportuna adaptación a su fuero interno, tal y como anotaremos más adelante. A ello se suma, que la estacionalidad de la propia industria propicia que se recurra a contratos estacionales o formalizados por tareas, a contratos fijos discontinuos, o a los formativos, y también a los contratos de obra o servicio determinado, «siendo este último utilizado indebidamente en numerosas ocasiones»¹⁸. Con la reforma laboral de 2021 se entiende que no se podrán formalizar esta última modalidad contractual tan abusiva, pues como se sabe se elimina la posibilidad de concertarla, que será aplicable para los contratos que se celebren desde el 31 de marzo de 2022¹⁹.

Por último, nos referimos al derecho de repatriación que enuncia el Convenio C188. Se trata de un derecho trascendental para los pescadores a bordo de buques de pesca en aguas de un país distinto a su nacionalidad o a su país de residencia, a los pescadores cuya nacionalidad sea distinta de la del Estado de bandera, en los buques que operen en alta mar, que faenen en aguas de otros países o en aguas internacionales. A su vez, y considerando la internacionalidad de la industria y que es un sector en el que desempeñan su labor muchos trabajadores migrantes, es vital que se reconociera este derecho en el Convenio C188. Pues bien, tenemos que esbozar las situaciones que podrían generarlo. Por ejemplo, por la conclusión del contrato o acuerdo, de la licencia periódica, ante posibles emergencias médicas o de otra índole o, en algunos casos, cuando un barco ha sido embargado o abandonado en un puerto extranjero. Hay que sumar las pueden ser repatriados (con grandes problemas) cuando el buque es arrestado por actividades pesqueras “ilegales”, o cuando el buque ha penetrado en una zona económica exclusiva de otro país. Por último, se puede añadir la repatriación relacionada con situación de la emergencia sanitaria provocada por la Covid-19 o la recientemente vinculada al conflicto bélico al que se hizo referencia. Desde luego, todas estas situaciones descritas «requiere la necesidad de minimizar el riesgo de que los trabajadores queden expuestos a una situación de necesidad y que se les

¹⁸ Igual de imprescindible es acudir a los trabajos de I. RIBES MORENO, *El contrato de trabajo del pescador*, en *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, n. 60, p. 41 ss.

¹⁹ RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en *BOE*, 30 diciembre 2021, n. 313). Es importante conocer el régimen transitorio para este tipo de contratos.

proteja de cara a su vulnerabilidad ante la desprotección en la que quedarían en cualquiera de las situaciones». Con todo, era deseable una regulación concreta, específica y detallada del derecho de repatriación, pues es precisa para evitar que se deje al albur del empleador y para garantizar una protección adecuada. Y es que el derecho de repatriación es de nueva creación pues no estaba contenida para los pescadores en los Convenios que antes se citaron. A su vez, el derecho de repatriación ha estado recogido para el trabajo marítimo, y ahora en el Convenio del Trabajo Marítimo 2006. Finalmente, el Convenio C188 reconoce un derecho que tiene entre sus fines tutelar a los pescadores ante las situaciones que justifican la repatriación²⁰. Hasta entonces los pescadores cuando precisaban volver a su hogar se encontraban en una situación de desprotección y desamparo teniendo en cuenta que tal necesidad no podía ser cubierta. Las circunstancias que dan derecho a la repatriación se anuncian en el art. 21.1 que señala que «Los Miembros deberán velar por que los pescadores a bordo de un buque pesquero que enarbole su pabellón y entre en un puerto extranjero tengan derecho a la repatriación en los casos en que el acuerdo de trabajo del pescador haya vencido o haya sido denunciado por causas justificadas por el pescador o por el propietario del buque pesquero, o cuando los pescadores se vean incapacitados para prestar sus servicios en virtud del acuerdo de trabajo o no quepa esperar que presten dichos servicios habida cuenta de las circunstancias. Esto también se aplica a los pescadores del buque pesquero que sean transferidos por los mismos motivos del buque al puerto extranjero». Dada la imprecisión de la previsión, pues no concreta las situaciones con detalle, ni tampoco entra a aclarar lo que debe entenderse por repatriación²¹.

2.2. La Recomendación complementaria R199 de 2007

El Convenio C188 se complementa con su Recomendación R199, en la que se ofrece una serie de orientaciones sobre la mejor forma de implementar las disposiciones de aquel. Esta Recomendación reemplaza las Recomendaciones R196 y R007 que antes se citaron.

La Recomendación se adoptó por 443 votos a favor, 0 en contra y 19 abstenciones.

La estructura de la Recomendación difiere de la del Convenio, pues consta

²⁰ OIT, *Manual para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques pesqueros*, 2011, p. 99.

²¹ A mayor abundamiento léase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Repatriación*, en P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOULOU BASURKO (dirs.), *op. cit.*, p. 204 ss.

de en un Preámbulo (aun más modesto que el Convenio) y tan solo de cinco partes (articulado). La Parte I recoge orientaciones sobre las condiciones de trabajo a bordo; la Parte II son las condiciones de trabajo (hoja de servicios, remuneración, etc.); la Parte III determina los requisitos orientativos sobre alojamiento (aspectos como la construcción, el ruido, las instalaciones, etc.); la Parte IV establece unas directrices sobre protección de la salud, atención médica y seguridad social; y por último, la Parte V bajo la rúbrica de Otras disposiciones contiene políticas de inspección y pautas para los Estados ribereños.

2.3. El pulso del legislador europeo en la pesca

La Unión Europea autorizó con la Decisión a los Estados miembros a ratificar el Convenio C188, y en ella reconocía que el «Convenio representa una importante aportación al sector pesquero a escala internacional, al fomentar unas condiciones de vida y trabajo dignas para los pescadores y unas condiciones de competencia más equitativas para los propietarios de buques pesqueros»²². Con esta Decisión, la Unión promovía la ratificación del mismo, siendo una contribución al fomento de un trabajo digno para todos, tanto dentro como fuera de la Unión.

Además, la Unión incorpora el Convenio con la Directiva (UE) 2017/159 del Consejo de 19 de diciembre, que entró en vigor de forma intencionada el mismo día, 16 de noviembre de 2017²³. La Directiva reconoce la necesidad de mejorar las condiciones de vida y de trabajo a bordo en un sector transfronterizo que opera bajo pabellón de diferentes países que no puede ser alcanzada de manera suficiente por los Estados, sino que puede

²² [Decisión del Consejo, de 7 de junio de 2010, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio sobre el Trabajo en la Pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo \(Convenio n. 188\), 2010/321/UE](#). Disponía que el mismo se aplique el plazo más breve posible, procurando que la ratificación al mismo se deposite antes del 31 de diciembre de 2012.

²³ [Directiva \(UE\) 2017/159 del consejo, de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo, celebrado el 21 de mayo de 2012 entre la Confederación General de Cooperativas Agrarias de la Unión Europea \(Cogeca\), la Federación Europea de Trabajadores del Transporte \(ETF\) y la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras de la Unión Europea \(Europêche\)](#). Los interlocutores sociales europeos en el sector de la pesca marítima celebraron en 2012 un acuerdo sobre la aplicación del Convenio que impulsó su transposición al Derecho de la UE a través de una Directiva. Esta norma ofrecía un margen de transposición a los Estados de hasta el 15 de noviembre de 2019. Después veremos las tareas emprendidas por España en atención a la transposición de la misma y del Convenio.

lograrse mejor a escala de la Unión. El texto incorpora buena parte del contenido del Convenio al acervo de la Unión, siendo un primer paso hacia la codificación del acervo social en el sector pesquero.

Como hemos defendido en anteriores ocasiones, nos mostramos de acuerdo en la menor importancia que se le atribuye desde las instancias europeas al sector en la pesca y que la Directiva reseñada es muy limitada²⁴. De hecho, la menor importancia resulta patente en lo limitado del mandato, y ello a pesar de ser un sector más vulnerable que el de la marina mercante, que precisaría de una protección y una tutela muy reforzada.

3. La labor del legislador español en el trabajo en la pesca

Si la labor del legislador español con respecto al trabajo marítimo es limitada, la realizada en relación con la pesca es aún más restrictiva o escasa. Como se ha señalado, España aún no ha ratificado el Convenio C188. En la actualidad, se ha remitido a las Cortes Generales para su aprobación. España ha aclamado su compromiso por unirse a los 20 países que ya lo han ratificado, para sumarse al trabajo decente para todos los pescadores, ya sean españoles o extranjeros (comunitarios y extracomunitarios).

A pesar de que aun no está ratificado el Convenio, el legislador español ha cumplido con la tarea para aplicar el mismo, con la transposición de la Directiva (UE) 2017/159. No obstante, hasta la ratificación del Convenio, serían vinculantes para España aquellos Convenios anteriores que si fueron ratificados en su momento. Por ejemplo, un matiz importante es que el Convenio C188 recoge derechos de nueva creación, como es el derecho de repatriación. Pues ninguno de los Convenios anteriores de la OIT regulaba el derecho de repatriación de los pescadores.

En esta senda, analizamos el paso dado por España para la ratificación y aplicación del Convenio²⁵. Nos estamos refiriendo al RD 618/2020, de 30 de junio, por el que se establecen mejoras en las condiciones de trabajo en el sector pesquero²⁶. Esta norma incorpora la Directiva antes citada para

²⁴ J.M. MIRANDA BOTTO, *Cumplimiento y control de la aplicación*, en P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOULOU BASURKO (dirs.), *op. cit.*, p. 302.

²⁵ X.M. CARRIL VÁZQUEZ, O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La forzada (y aún inacabada) incorporación a nuestro derecho interno de lo aprobado sobre el trabajo en la pesca por la Organización Internacional del Trabajo en 2007 y por la Unión Europea en 2016*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, n. 57. Ambos AA. tienen que formar parte de la bibliografía consultada en cualquier trabajo que se pretenda acometer del tema marítimo-pesquero.

²⁶ En *BOE*, 2 julio 2020, n. 182. España demoró la transposición de la Directiva de la fecha

armonizar con el resto de los países de la Unión unos estándares de protección y para crear unas condiciones equitativas de competencia con aquellos. De la misma forma, se configura como una señal a los países no comunitarios titulares de grandes flotas pesqueras advirtiéndoles que la competitividad no puede depender de la protección de los trabajadores. Igualmente, anota que se debe tutelar a los pescadores de forma análoga a los profesionales de la marina mercante, considerando el Real Decreto que dispone de una norma similar. Cosa bien distinta es que sea cierto, pues como ya se ha ido viendo, el mandato que incorpora el Convenio de la pesca es más tímido que el del Convenio del Trabajo Marítimo de 2006.

Si bien, antes de analizar su objeto y su estructura, es conveniente referirse al RD-Ley 24/2020, que transpone de forma parcial el mandato europeo. En efecto, las DF 2ª, 4ª y 5ª dan cumplimiento (aunque con retraso) al mandato de transposición de la Directiva antes citada. En el propio preámbulo se advierte de ello cuando señala que la Directiva que establecía como fecha límite de transposición al ordenamiento jurídico español del 15 de noviembre de 2019 (art. 4). Así, al haber pasado la fecha prevista, la Comisión Europea ha puesto en marcha un mecanismo de control mediante la remisión de carta de emplazamiento de fecha 23 de enero de 2020, por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición. Pues bien, los artículos que incluye el Real Decreto-Ley suponen la transposición parcial de aquella. Luego, esta deberá completarse con una norma de rango reglamentario en donde se incluirán el resto de las condiciones para la mejora de las condiciones laborales en el sector pesquero, como lo fue luego el RD 618/2020.

Luego, un aspecto a destacar es que la plena incorporación de la Directiva exigió la modificación del art. 8 del Estatuto de los Trabajadores, para exigir la forma escrita a todos los contratos de trabajo de los pescadores siempre y en todo caso. De este modo, la DT única señalaba que «los contratos de trabajo verbales de los pescadores que estuvieran vigentes en el momento de entrada en vigor de esta ley subsistirán y deberán formalizarse por escrito en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del real decreto-ley».

prevista para darle cumplimiento (15 de noviembre de 2019). Así, se puso en marcha la remisión de una carta de emplazamiento por falta de comunicación de la transposición. En tanto, se realizó una transposición parcial de la Directiva incorporando algunos de los mandatos de la misma, entre los que se destaca el sistema de garantía financiera. *Vid.* RD-Ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (en *BOE*, 27 junio 2020). Sobre esta norma F. FERNÁNDEZ PROL, *Un nuevo marco jurídico-laboral para el sector pesquero: el Real Decreto 618/2020, de 30 de junio, por el que se establecen mejoras en las condiciones de trabajo en el sector pesquero*, en F. FERNÁNDEZ PROL (coord.), *Pesca marítima y crecimiento sostenible: análisis en clave jurídica*, J.B. Bosch, 2021.

En esa línea, es oportuno «introducir la exigencia de que los armadores de buques pesqueros que enarbolan pabellón español y entren en un puerto extranjero suscriban un seguro obligatorio o garantía financiera equivalente a fin garantizar el derecho de los pescadores enrolados a la repatriación a su país de residencia», según reza la propia exposición de motivos del RD-Ley 24/2020. Así, se interpreta de la lectura de la DF 4ª del Real Decreto-Ley. En tal sentido, se lograría alinear el ordenamiento jurídico español con los Estados miembros europeos que ya han ratificado el Convenio. Este objetivo es importante si consideramos la tradición pesquera de muchos países, «a cuyos caladeros acude la flota pesquera».

Como se dijo, la transposición tardía y parcial hecha por el legislador español, se justificó en este Real Decreto-Ley, habilitante de extraordinaria y urgente necesidad prevista en el art. 86 de la Constitución Española, ante la necesidad de formular un instrumento normativo para transponerla. Es decir, evitar las posibles consecuencias derivadas del incumplimiento del plazo. De forma adicional, se evita la inseguridad jurídica y se aboga por la lucha de los derechos de los pescadores. De hecho, la Exposición de Motivos reconoce que España no cuenta con una regulación específica al respecto. En síntesis, «ante la gravedad de las consecuencias de seguir acumulando retraso en la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva, resulta imprescindible acudir a la aprobación de un real decreto-ley para proceder a su transposición urgente, a efectos de evitar recursos por incumplimiento y la correspondiente imposición de sanciones económicas a España».

De vueltas con el RD 618/2020, lo primero es recordar que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2017/159, salvo en lo que se refiere a la obligación de formalizar por escrito los contratos de los pescadores, que ya se había operado en la modificación anterior. Por tanto, sobre todo, el Real Decreto supone la adaptación del Capítulo II del Convenio C188 relativa a las condiciones mínimas de trabajo, de seguridad y de salud.

La Exposición de Motivos del Real Decreto expresa que la aprobación del Real Decreto supone la elevación del nivel de protección de los pescadores que trabajan en los buques pesqueros españoles. Así, el Real Decreto pretende adoptar los estándares laborales más elevados existentes actualmente para los trabajadores de nuestra flota. En efecto, la norma mejora las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores a bordo de buques pesqueros en lo que respecta a los requisitos mínimos del trabajo a bordo, las garantías asociadas a la contratación de un pescador, las condiciones mínimas del alojamiento y la alimentación, la protección de la seguridad y la salud en el trabajo y la atención médica, y atañe por igual

tanto a los trabajadores, pescadores en este caso, como a los empresarios, identificados en este contexto como armadores. Al mismo tiempo, esta mejora de las condiciones de trabajo de los pescadores se lleva a cabo de forma armonizada con el resto de los Estados de la Unión, creando unas condiciones equitativas de competencia con otros países. Con ello, subraya el Real Decreto se refuerza al mismo tiempo el mercado interior y la dimensión social de la Unión Europea. De igual manera, el Real Decreto transmite «una clara señal a países no comunitarios titulares de grandes flotas pesqueras, en el sentido de que la competitividad de las flotas pesqueras no puede hacerse depender de una adecuada protección de los trabajadores del sector, que debe quedar garantizada siempre y en todo caso». Finalmente, y sin que nos mostremos de acuerdo con esta aseveración, el Real Decreto afirma que «con la adopción de esta norma se equipará la situación de los pescadores con la de otras profesiones del sector marítimo, como las de la marina mercante, que ya disponen de una normativa similar».

Otras de las claves del Real Decreto es la cuestión de la salud y la seguridad a bordo. En esta línea, se concreta los aspectos más técnicos de las medidas preventivas, fijando las disposiciones mínimas que deben adoptarse para la adecuada protección de los pescadores. Luego, el Real Decreto aclama ir más de promover la seguridad y la salud de los trabajadores, y contiene otras medidas relativas las condiciones de trabajo en la actividad del sector pesquero, como ciertos aspectos del contrato de trabajo, el trabajo nocturno de los menores y la repatriación de los pescadores.

Por último, el Real Decreto también se refiere a determinadas condiciones de servicio y del alojamiento a bordo de los buques pesqueros.

En relación con la estructura del Real Decreto se compone de cuatro capítulos (con tan solo 8 artículos), una disposición adicional, una disposición derogatoria, nueve disposiciones finales y dos anexos. Así, de forma sucesiva:

- el Capítulo I recoge el objeto, las definiciones precisas y el ámbito de aplicación;
- el Capítulo II prevé la repatriación (reglas de aplicación), la alimentación y alojamiento y la protección de la salud y atención médica;
- el Capítulo III ordena una serie de disposiciones mínimas sobre alimentación y agua potable a bordo y alojamiento de aplicación común y delimita el ámbito de aplicación de los anexos que no se extiende a todos los buques de pesca. En este punto, es determinante la fecha de entrada en vigor del Real Decreto (3 de julio de 2020) y la fase de construcción o transformación importante en la que se encuentre el buque a partir de esa fecha;

- el Capítulo IV recoge las disposiciones en materia de protección de la salud y atención médica;
- la DA única notifica que serán de aplicación las normas creadas antes de la entrada en vigor de este Real Decreto, esto es, enumera una serie de normas que no quedan afectadas;
- las Disposiciones Finales vienen a modificar o introducir algunas disposiciones relativas al trabajo en la pesca. Así, la DF 1ª modifica el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo; la DF 2ª modifica el RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8.5 del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo; la DF 3ª modifica el RD 36/2014, de 24 de enero, por el que se regulan los títulos profesionales del sector pesquero; la DF 4ª recoge el título competencial, que se refiere a competencias en materia de legislación laboral, ordenación del sector pesquero y marina mercante; la DF 5ª regula la habilitación a los Ministerios correspondientes en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo normativo, ejecución y aplicación del Real Decreto; la DF 6ª autoriza al Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo para desarrollar criterios e información técnica con el objetivo de facilitar la aplicación del Real Decreto; la DF 7ª se refiere al régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones del Real Decreto; la DF 8ª anota la incorporación de la Directiva Europea; la DF 9ª recoge la entrada en vigor, que como dijimos fue el 3 de julio de 2020;
- el Anexo I contiene disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al alojamiento a bordo de buques de pesca para los buques que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en el art. 7 (en fase de construcción, aún no entregado el buque, entre otras);
- el Anexo II recoge aquellos aspectos y circunstancias en que las reglas del anexo I pueden ser adaptadas, en atención al tiempo que permanezca la embarcación en el mar y al uso que de ella se haga.

Por último, el Real Decreto advierte, como es habitual, que «en ningún caso la aplicación de este real decreto debe servir para justificar una disminución del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos materiales a los que se extiende».

Como se aprecia, el Real Decreto regula las condiciones de contratación y enrolamiento, de trabajo, de protección de la salud y de atención médica, así como el nivel mínimo de Seguridad Social. Y es este sentido, trata de respetar los requisitos jurídicamente vinculantes del Convenio, a pesar de que España aún no lo haya ratificado.

Pues bien, tal y como adelantamos, España sigue sin ratificar el Convenio 188, aunque ya ha iniciado los trámites para ello. Lo más reciente es la ratificación del nuevo acuerdo de pesca con el país vecino, Portugal, que recoge las condiciones para el ejercicio de la actividad pesquera de las flotas de ambos países en sus respectivas aguas. Nada nuevo bajo el sol para un colectivo que sigue siendo invisible a los ojos de muchas personas.

4. Bibliografía

BALLESTER PASTOR I. (2018), *Responsabilidades de los propietarios de los buques pesqueros, los capitanes o patrones y los pescadores*, en P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOULOU BASURKO (dirs.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo en la Pesca (2007), de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Aranzadi

BERNAL SANTAMARÍA F. (2021), *El derecho de repatriación en la pesca*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 60

CABEZA PEREIRO J. (2016), *El reto de la ratificación del Convenio OIT n° 199 sobre el trabajo en la pesca*, en J.M. SOBRINO HEREDIA (dir.), *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y en la situación de las gentes del mar*, Bomarzo

CARRIL VÁZQUEZ X.M. (2019), *La pesca pirata: un estudio jurídico desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Atelier

CARRIL VÁZQUEZ X.M. (2018), *Preámbulo*, en P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOULOU BASURKO (dirs.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo en la Pesca (2007), de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Aranzadi

CARRIL VÁZQUEZ X.M. (2018), *Repatriación*, en P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOULOU BASURKO (dirs.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo en la Pesca (2007), de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Aranzadi

CARRIL VÁZQUEZ X.M. (2014), *Los Convenios de la OIT sobre la protección de los pescadores*, en [Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, n. 112](#), pp. 233-247

CARRIL VÁZQUEZ X.M., FOTINOPOULOU BASURKO O. (2020), *La forzada (y aún inacabada) incorporación a nuestro derecho interno de lo aprobado sobre el trabajo en la pesca por la Organización Internacional del Trabajo en 2007 y por la Unión Europea en 2016*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 57

COMISIÓN EUROPEA (2016), [Guía Europea para la prevención de riesgos en pequeños buques de pesca](#)

- COMITÉ DE PESCA (2016), [La Agenda 2030, los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Pesca y la Acuicultura](#), FAO
- CHAUMETTE P. (2018), *Estudio introductorio*, en P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOULOU BASURKO (dirs.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo en la Pesca (2007), de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Aranzadi
- FAO, OIT (2013), [Guía para hacer frente al trabajo infantil en la pesca y la acuicultura](#)
- FAO, OIT, OMI (2021), [Uniendo esfuerzos para forjar el futuro del sector pesquero. Promoción de la seguridad y el trabajo digno en las pesquerías por medio de la aplicación de normas internacionales](#)
- FERNÁNDEZ PROL F. (2021), *Un nuevo marco jurídico-laboral para el sector pesquero: el Real Decreto 618/2020, de 30 de junio, por el que se establecen mejoras en las condiciones de trabajo en el sector pesquero*, en F. FERNÁNDEZ PROL (coord.), *Pesca marítima y crecimiento sostenible: análisis en clave jurídica*, J.B. Bosch
- FOTINOPOULOU BASURKO O. (2021), *Los requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques pesqueros*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 60
- ITF (2012), [El Convenio sobre el Trabajo en la pesca, 2007 de la OIT: Una guía para los sindicatos](#)
- MIRANDA BOTTO J.M. (2018), *Cumplimiento y control de la aplicación*, en P. CHAUMETTE, O. FOTINOPOULOU BASURKO (dirs.), *Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo en la Pesca (2007), de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Están garantizadas unas condiciones de trabajo decentes?*, Aranzadi
- OIT (2022), [Lista de los instrumentos por tema y estatus](#), en www.ilo.org, 26 enero
- OIT (2011), [Manual para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques pesqueros](#)
- OIT (2011), [Niños en trabajos peligrosos. Lo que sabemos. Lo que debemos hacer](#), Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC)
- OIT (2004), [Condiciones de trabajo en el sector pesquero. Una norma general \(un convenio complementado con una recomendación. Informe V \(1\)](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión
- RIBES MORENO I. (2021), *El contrato de trabajo del pescador*, en *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 60

Comentarios



El desplazamiento transnacional de trabajadores tras el “nuevo” equilibrio instaurado por la Directiva (UE) 2018/957 (a propósito de las SSTJUE 8 diciembre 2020, asuntos C-620/18 y C-626/18)

Francisco RAMOS MORAGUES*

RESUMEN: El desplazamiento de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios entre Estados miembros es un tema muy presente en el seno de la Unión Europea. La cuestión más controvertida siempre ha sido la de lograr un equilibrio entre la libre prestación de servicios y conferir una protección adecuada a los trabajadores que son desplazados. La evolución experimentada en los últimos años, especialmente con ocasión de las modificaciones operadas por la Directiva (UE) 2018/957, evidencia un cambio importante en la interpretación que venía defendiendo el TJUE, mostrándose una tendencia clara hacia reforzar la tutela de estos trabajadores y garantizar así la libre prestación de servicios en condiciones equitativas. Las sentencias de 8 diciembre de 2020 son un buen ejemplo de esta tendencia.

Palabras clave: Desplazamiento transnacional de trabajadores, libre prestación de servicios, igualdad de trato.

SUMARIO: 1. El problema de fondo: la búsqueda de equilibrio entre la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores desplazados. 2. Situación de partida, problemas advertidos y nuevo marco normativo a raíz de la Directiva (UE) 2018/957. 3. Cuestionamiento y ratificación de la Directiva por el TJUE: sentencias de 8 de diciembre de 2020. 4. Una breve reflexión final. 5. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor, Facultad de Derecho, Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València (España).

The Transnational Posting of Workers after the “New” Balance Established by Directive (EU) 2018/957 (Regarding the CJEUJs 8 December 2020, Cases C-620/18 and C-626/18)

ABSTRACT: The posting of workers within the framework of transnational provision of services between Member States is a very present issue within the European Union. The most controversial issue has always been that of striking a balance between the freedom to provide services and conferring adequate protection to workers who are posted. The evolution experienced in recent years, especially on the occasion of the modifications operated by Directive (EU) 2018/957, shows an important change in the interpretation that the CJEU has been defending, showing a clear trend towards reinforcing the protection of these workers and thus guaranteeing the free provision of services under equitable conditions. The judgments of 8 December 2020 are a good example of this trend.

Key Words: Transnational posting of workers, freedom to provide services, equality of treatment.

1. El problema de fondo: la búsqueda de equilibrio entre la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores desplazados

Como es bien sabido, el Título IV TFUE, rubricado *Libre circulación de personas, servicios y capitales*, se encarga de regular las conocidas como “libertades comunitarias”, que se erigen como los principios fundamentales del mercado interior de la Unión Europea. Entre ellas, se encuentra tanto la *libertad de circulación de trabajadores*, recogida en el actual art. 45 TFUE; como la *libertad de prestación de servicios*, proclamada en el art. 56 TFUE. A los efectos que aquí interesan, la primera de ellas implica el derecho de los trabajadores a circular libremente dentro de la Unión, proscribiéndose toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. En cambio, la segunda de las libertades mencionadas supone prohibir 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. En este sentido, mientras la libre circulación de trabajadores entra en juego cuando se trata de movilidad de mano de obra motivada por el propio empleado/trabajador; la libre prestación de servicios está vinculada a la movilidad de mano de obra que es decidida por los empresarios¹, dando lugar a lo que se conoce como desplazamiento transnacional de trabajadores.

Fijando nuestra atención en el segundo de los fenómenos migratorios, el desplazamiento de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios entre Estados miembros ha sido tradicionalmente una cuestión muy presente en el seno de la Unión Europea y que, por supuesto, ha ocupado desde tiempo atrás la atención de la doctrina científica iuslaboralista². Antes incluso de la aparición de las primeras Directivas comunitarias dirigidas a armonizar las legislaciones de los Estados miembros en este terreno, el propio Tribunal de Justicia europeo tuvo que resolver no pocos conflictos jurídicos dirigidos a determinar qué normas

¹ M.J. SERRANO GARCÍA, [La retribución de los trabajadores objeto de un desplazamiento transnacional en la jurisprudencia comunitaria](#), en *Foro*, 2015, n. 2, pp. 455-456.

² Por citar tan sólo dos de los trabajos monográficos más recientes y destacados en este ámbito, pueden consultarse O. FOTINOPOULOU BASURKO (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, 2017; Ó. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *Desplazamiento de trabajadores en la unión europea: estado actual y nuevos horizontes*, Bomarzo, 2020.

laborales debían aplicarse a los trabajadores desplazados³: si las del país de origen o las del país de destino. Inicialmente, ante la ausencia de regulación comunitaria, la jurisprudencia enjuiciaba estos asuntos atendiendo a un doble parámetro: de una parte, se analizaba si la aplicación de la normativa nacional del país de destino podía suponer una restricción a la libre prestación de servicios, entendida ésta en el sentido de dificultar la prestación transnacional de servicios con desplazamiento de mano de obra. Efectuado dicho análisis, caso de alcanzar una conclusión afirmativa, se valoraba si tal limitación a la libertad comunitaria podía verse justificada en un interés general digno de protección. Sólo en este último supuesto – interés general – se daba validez jurídica a eventuales medidas nacionales restrictivas. A título meramente ejemplificativo, fueron consideradas como razones válidas para justificar la aplicación de medidas laborales del Estado al que había sido desplazado el trabajador: la salvaguardia de la protección social de los trabajadores⁴; garantizar el salario mínimo⁵; o evitar una situación de competencia desleal en relación con las empresas originarias del país al que se desplaza a los trabajadores⁶.

La configuración de un marco normativo a nivel comunitario de la mano de la Directiva 96/71/CE contribuyó, sin duda, a reducir la litigiosidad; y un tanto de lo mismo cabe decir de las modificaciones que ha ido experimentando dicha directiva. Esencialmente, a través de las modificaciones operadas en los años 2014 y 2018 a través de sendas directivas: 67 y 957, respectivamente. Ahora bien, volviendo a los orígenes, y sin desmerecer los avances protagonizados en el plano normativo, es lo cierto que los litigios en este ámbito han persistido con el paso de los años como pone en evidencia una simple lectura de los repertorios de jurisprudencia. Ello es debido, en parte, a imprecisiones técnicas, a falta de claridad en algunos términos que se contienen en las normas o a la dificultad misma de aplicación de estas directivas. En este último sentido, no debemos

³ *Vid.* un análisis, entre otros aspectos, de la labor de “armonización indirecta” efectuada por el TJUE, con carácter previo a la aprobación de la Directiva 96/71, en N. MARCHAL ESCALONA, [El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado](#), en *Revista de Derecho Comunitario*, 2019, n. 62, pp. 87-89.

⁴ STJUE 23 noviembre 1999, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Procesos penales contra Jean-Claude Arblade y Arblade & Fils SARL (C-369/96) y Bernard Leloup, Serge Leloup y Sofrage SARL (C-376/96)*.

⁵ STJUE 3 febrero 1982, asuntos acumulados 62 y 63/81, *Société anonyme de droit français Seco y Société anonyme de droit français Desquenne & Giral c. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*.

⁶ STJUE 12 octubre 2004, asunto C-60/03, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG c. José Filipe Pereira Félix*.

olvidar cuál es la función última de este instrumento normativo, a saber, armonizar las distintas legislaciones; ni tampoco que la determinación de las concretas condiciones laborales es una competencia que sigue residiendo, hoy día, en cada Estado miembro; generándose, por tanto, notables diferencias entre unos y otros. Precisamente, enlazando con esta última afirmación, la conflictividad e interés que sigue suscitándose en punto a este tipo de movilidad de trabajadores hay que ponerla en relación con el verdadero problema que subyace en este tipo de desplazamientos y que tiene que ver con la difícil tarea de conseguir un equilibrio adecuado entre la obligación de garantizar la libre prestación de servicios en el mercado interior, lo que se traduce en admitir que Estados miembros con bajos costes laborales puedan desplazar sus trabajadores a otros Estados miembros en los que dichos costes son superiores. Más claro, admitir que la utilización de mano de obra más económica sea una ventaja competitiva. Y, por otro lado, la necesaria protección de las condiciones laborales y sociales de los trabajadores que son desplazados temporalmente. Y si esto no supone ya una ardua tarea, no pueden obviarse los problemas de competencia “desleal” que puede generarse, a estos efectos, entre las empresas ubicadas en el país de origen y las empleadoras de los trabajadores que son desplazados. Planteado en estos términos la cuestión de fondo, hemos de avanzar en estas breves líneas introductorias como un aspecto enormemente positivo que estamos observando una clara evolución, sea en el plano normativo como en el jurisprudencial, desde planteamientos muy proclives a la defensa de las libertades económicas, hacia otros, más recientes en el tiempo, en los que se busca un nuevo equilibrio en el que se tiene más presente la tutela de los trabajadores desplazados. Ahora bien, no puede decirse que esta nueva tendencia cuente con un consenso unánime entre los Estados miembros.

En efecto, la prueba más clara de que ese difícil equilibrio sigue siendo el verdadero frente de batalla en el desplazamiento transnacional de trabajadores en la UE queda patente, en primer lugar, si fijamos nuestra atención en los dos grandes bloques de Estados miembros que se crearon durante la tramitación de la Directiva (UE) 2018/957. De un lado, encontramos a Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo, los Países Bajos y Suecia. Todos ellos, países que se caracterizan por recibir trabajadores desplazados y que mostraron su determinación por reforzar la tutela de estos trabajadores, de sus condiciones laborales y sociales, singularmente, en materia de remuneración. El objetivo común era el de garantizar una remuneración idéntica por un mismo trabajo realizado en el mismo sitio. En el otro bando, por el contrario, se aglutinaron Bulgaria, la República Checa, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia

y Rumanía; países que en líneas generales presentan costes laborales más bajos, razón por la cual, tienden a recurrir al desplazamiento transnacional de sus trabajadores. Por supuesto, el objetivo de este segundo grupo de Estados miembros era el de facilitar la libre prestación de servicios y veían en la demandada equiparación retributiva un serio obstáculo al ejercicio efectivo de dicha libertad.

Pero no es el único ejemplo en el que se observa como el problema de fondo sigue latente. Otra prueba la encontramos, por lo que aquí interesa, en la interposición por dos Estados miembros de sendos recursos de anulación de la Directiva (UE) 2018/957. Además, no es casualidad que se trate de Polonia y Hungría, países cuya normativa nacional establece unas condiciones laborales inferiores – en términos de estándares de protección – respecto de los países a los que se suelen desplazar sus trabajadores; y que pretenden convertir esa situación en su principal ventaja competitiva. Los dos países, en fin, que votaron en contra de la aprobación de la Directiva.

En el marco de estas breves consideraciones introductorias, el objeto del presente artículo se va a centrar en el análisis efectuado por el TJUE, a través de sus sentencias de 8 de diciembre de 2020⁷, sobre la validez jurídica de la Directiva (UE) 2018/957. Son dos sentencias cuya importancia estriba fundamentalmente en que ratifican ese cambio de tendencia al que se aludía párrafos atrás, al colocar, sino en una posición de preeminencia, si al menos más equilibrada – respecto a las libertades económicas – la tutela de los trabajadores que son desplazados. Ahora bien, antes de abordar esta tarea y de cara a una adecuada comprensión de la misma, parece conveniente referirnos, siquiera sea de manera superficial, a la situación de partida, determinada por la Directiva 96/71/CE, identificando las principales disfuncionalidades que se producían con dicho marco normativo y la interpretación realizada de la misma por parte de la jurisprudencia; para, a partir de dicho análisis, aludir a los principales cambios operados por la última de las Directivas que la ha modificado, a saber, la ya aludida Directiva (UE) 2018/957. Por lo demás, el trabajo se cerrará con una breve reflexión final a modo de conclusión.

2. Situación de partida, problemas advertidos y nuevo marco normativo a raíz de la Directiva (UE) 2018/957

El riesgo real de que el desplazamiento de trabajadores de un país a otro

⁷ Asunto C-620/18, *Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, y asunto C-626/18, *República de Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*.

obedeciera a un intento de aplicarle condiciones de trabajo inferiores y, de este modo, reducir los costes sociales, provocando una suerte de *dumping social*, evidenció la necesidad, manifestada por los propios Estados miembros, de legislar a nivel europeo en torno a qué normas del derecho laboral nacional podían ser exigibles a las empresas que desplazasen a sus trabajadores sin que ello supusiera anular o restringir la libre prestación de servicios como característica inherente de la Unión Europea.

Surge, en este contexto, la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Norma, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a tres tipos de desplazamientos (art. 1): a) el de 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; b) el de 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; y, por último, 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 durante el período de desplazamiento.

Sentado lo anterior, el objetivo de la mencionada Directiva se circunscribe, esencialmente, a coordinar las legislaciones de los distintos Estados miembros con un fin último: establecer un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima que, imperativamente, deberían ser respetadas en los países de acogida por los empresarios que decidieran desplazar a sus trabajadores para la realización de un trabajo temporal en el territorio del Estado miembro de la prestación de servicios. La idea, como línea de principio, era meridiana: conseguir un clima de competencia leal y respetuoso con los derechos de los trabajadores desplazados.

La forma de lograr ese objetivo se concreta, básicamente, en el art. 3 de la Directiva, rubricado *Condiciones de trabajo y empleo*, encargado de enunciar una serie de materias que deben ser respetadas por parte de la empresa que desplaza a sus trabajadores. Más claro: las empresas que efectúen una prestación de servicios transnacional han de reconocer a sus trabajadores, respecto a elenco de materias, las condiciones de trabajo y empleo fijadas

en el Estado miembro de acogida. Igualmente, la Directiva garantiza a los trabajadores desplazados la aplicación de las normas de protección mínimas del Estado miembro de acogida, en cuanto a las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias mencionadas, mientras llevan a cabo actividades con carácter temporal en su territorio.

Descendiendo a un plano de mayor concreción, las empresas debían garantizar a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo y empleo en relación con: a) los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional; d) las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación. Repárese, en todo caso, que esta exigencia establece como condición *sine qua non* – tal y como señala el propio precepto normativo – que tales condiciones vengán establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general.

Como ya adelantábamos en la parte introductoria, la aprobación de la Directiva junto con su transposición a nivel interno por los distintos Estados miembros⁸, contribuyó a mejorar el panorama de anomia existente, reduciendo la litigiosidad en materia de desplazamiento transnacional de trabajadores; aunque no hasta el punto de hacer desaparecer los conflictos jurídicos, que siguieron produciéndose por diversos motivos, en especial, por la falta de claridad y la imprecisión de algunos de sus términos y condiciones de aplicación⁹.

Precisamente uno de los aspectos más controvertidos era la referencia a las “cuantías del salario mínimo”; es decir, a la delimitación sobre qué concretos elementos integran ese salario mínimo¹⁰. La jurisprudencia del

⁸ En el caso español, dicha transposición se ha llevado a cabo por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

⁹ Así se señalaba, expresamente, en las [conclusiones presentadas el 28 de mayo de 2020 por la abogada general](#) (M. Campos Sánchez-Bordona) en el asunto *Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, cit.

¹⁰ Un análisis específico de esta cuestión, en especial de la evolución mantenida por la

TJUE tuvo que ir aclarando esta cuestión a “golpe” de sentencia. Así, partiendo, como premisa básica, de que el concepto de “cuantías de salario mínimo” se define mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado – así lo indica la propia Directiva – con la única limitación de que dicha definición, ni la interpretación que de la misma que hagan los tribunales nacionales, tenga el efecto de obstaculizar la libre prestación de servicios entre los Estados miembros, el Tribunal ha ido resolviendo, a raíz de las cuestiones prejudiciales que se le han ido suscitando, qué concretos conceptos han de considerarse o no como “salario mínimo”. No es posible, por razones de espacio, llevar a cabo un análisis individualizado de las no pocas resoluciones jurisprudenciales que abordan esta cuestión; será suficiente con destacar, a modo de consideración general, que la doctrina jurisprudencial acaecida en este período, en ese difícil equilibrio entre “libre prestación de servicios” y “protección de los derechos de los trabajadores desplazados” se inclina claramente hacia la defensa de la libertad comunitaria¹¹. Esta posición jurisprudencial no sólo se circunscribe a esta materia concreta (“cuantía mínima salarial”) sino que se extiende a otros ámbitos. De especial interés, son las sentencias *Viking*, *Laval* y *Rijffert*¹² (y otras que siguieron después) en las que se defiende una clara supeditación de los derechos laborales de carácter colectivo (libertad sindical, huelga y negociación colectiva) a la libre prestación de servicios y al derecho a la

jurisprudencia del TJUE, puede verse en M.J. SERRANO GARCÍA, *op. cit.*

¹¹ A título meramente ejemplificativo, se ha indicado, en relación con las primas de calidad y por trabajos insalubres, penosos o peligrosos, que, si el empresario exige que el trabajador realice un trabajo suplementario o en unas condiciones concretas, la citada prestación suplementaria se vea compensada para el citado trabajador, sin que dicha compensación se tenga en cuenta para calcular el salario mínimo (STJUE 14 abril 2005, asunto C-341/02, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Federal de Alemania*). Del mismo modo, se ha afirmado que sólo los conceptos de remuneración que no modifican la relación entre la prestación del trabajador, por una parte, y la contraprestación que éste percibe a cambio de aquélla, por otra parte, pueden ser tomados en consideración para determinar el importe del salario mínimo a efectos de lo dispuesto en la Directiva 96/71/CE (STJUE 7 noviembre 2013, asunto C-522/12, *Tejfik Isbir c. DB Services GmbH*). A nivel doctrinal, sobre la prioridad de las libertades económicas, puede consultarse C. SALCEDO BELTRÁN, *Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales. (A propósito de las STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13)*, en *Revista de Derecho Social*, 2014, n. 67.

¹² STJUE 11 diciembre 2007, asunto C-438/05, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti*, STJUE 18 diciembre 2007, asunto C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan y Svenska Elektrikerförbundet*, y STJUE 3 abril 2008, asunto C-346/06, *Dirk Rießert c. Land Niedersachsen*.

competencia¹³. De manera más concreta, en la sentencia *Laval* se afirmará que, sin perjuicio de la facultad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida, en particular, en el marco de un compromiso asumido hacia su propio personal desplazado, a un convenio colectivo de trabajo eventualmente más favorable, el nivel de protección que ha de garantizarse a los trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida se limita, en principio, al previsto en el art. 3.1, letras *a-g*, de la Directiva 96/71/CE.

A la vista de la doctrina expuesta, no es de extrañar que desde el ámbito doctrinal se fuera especialmente crítico, afirmándose, por ejemplo, que se estaba potenciando el *dumping* social¹⁴ o que se trataba de una Directiva que contemplaba disposiciones máximas en lugar de mínimas¹⁵. Críticas que no fueron menores en el ámbito sindical.

En este estado de las cosas, el problema se agravará por otra serie de circunstancias nada desdeñables: primero, por la integración en la Unión Europea de nuevos países que son potencialmente exportadores de mano de obra. Segundo, por el contexto de crisis económica que azota a algunos países de la unión europea, y cuya derivada fue el incremento de los movimientos migratorios de mano de obra; y, tercero, por el recurso fraudulento de crear “empresas buzón”, es decir, empresas que no tienen actividad real en un Estado miembro, pero que fijan allí su sede con el único objeto de contratar trabajadores en dicho país para proceder, *a posteriori*, a su desplazamiento. Sobre decir que la creación de estas empresas ficticias se lleva a cabo en países cuyo marco regulador establece condiciones laborales más bajas.

Con este caldo de cultivo se hacía necesaria una reforma de la Directiva que hiciera frente a este tipo de disfuncionalidades. Ello acontecerá en un primer momento con ocasión de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014. Desde una perspectiva general, la citada Directiva pone su foco de atención en mejorar la implementación y el seguimiento del concepto de desplazamiento; a tal fin incorpora modificaciones en forma de disposiciones que se orientan en una

¹³ Un estudio de estas sentencias, en particular, y de las fricciones entre el derecho laboral y la defensa de la competencia en A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, *Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia*, Aranzadi, 2008.

¹⁴ A. ESTEVE SEGARRA, *Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social*, en *Revista de Información Laboral*, 2015, n. 6.

¹⁵ M. LLOBERA VILA, *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant lo Blanch, 2013.

triple dirección: a) mejorar la cooperación administrativa entre las autoridades nacionales competentes en materia de desplazamiento; b) Regular las medidas de control aplicables por los Estados miembros cuando supervisan el cumplimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados; c) Exigencias de instaurar controles y mecanismos de seguimiento adecuados y eficaces, así como inspecciones a cargo de las autoridades nacionales, para que se pueda fiscalizar el cumplimiento de la Directiva 96/71/CE. De manera más sintética, la finalidad última de la Directiva de 2014 era la de mejorar el control y la supervisión para poder distinguir los desplazamientos reales, genuinos, de los ficticios y fraudulentos. En palabras de Abelleira, «uno de los problemas clave que han planteado siempre los desplazamientos acogidos a la Directiva 96/71 es ciertamente el de su “realidad”, pero en el sentido de autenticidad o genuinidad, no en el sentido de que el desplazamiento no exista en la realidad»; siendo así – continúa argumentando el citado Autor – una de las finalidades últimas de la Directiva precisamente es la identificación «del desplazamiento genuino, del auténtico y legítimo»¹⁶.

Así y todo, los cambios llevados a cabo por la Directiva de 2014 se mostraron insuficientes. Y lo demuestra el hecho de que incluso antes de finalizar el plazo de trasposición de la misma en los ordenamientos internos (18 de junio de 2016) la Comisión presentó, con fecha 8 de marzo de 2016, una propuesta de modificación de la Directiva 96/71/CE. La propuesta ya tuvo una acogida desigual por los Estados miembros, generándose de nuevo esa dicotomía de la que hablábamos al inicio del trabajo entre países exportadores de mano de obra, que utilizan dicho recurso como principal ventaja competitiva; y quienes tratan de garantizar unos estándares mínimos de protección para los trabajadores, amén de reforzar la competitividad de sus propias empresas.

Tras un largo y complejo proceso de negociación, el pasado 28 de junio de 2018 se aprobó la última de las modificaciones relevantes habidas en este terreno, instrumentada mediante la conocida Directiva (UE) 2018/957. Recuérdese que el texto normativo fue adoptado con el voto en contra de dos países, Polonia y Hungría, y con la abstención de otros cuatro, Croacia, Lituania, Letonia y Reino Unido. Es indiscutible el avance que ha supuesto, en términos de protección de los trabajadores desplazados, las modificaciones que ha llevado a cabo la Directiva citada. Con este nuevo marco normativo se ha establecido un equilibrio entre las condiciones laborales aplicables a los trabajadores del país de origen y las de los

¹⁶ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n. 1.

trabajadores desplazados y, como consecuencia de ello, unas condiciones equitativas de competencia entre las empresas afectadas. A mayor abundamiento, esta intervención normativa se refuerza con la creación de la Autoridad Laboral Europea, cuyo objetivo no es otro que el de ayudar a los Estados miembros y a la Comisión en la aplicación y el cumplimiento efectivos de la legislación de la Unión en materia de movilidad laboral (incluida la Directiva 96/71/CE), así como en la coordinación de los sistemas de seguridad social dentro de la Unión.

Sentado lo anterior, por lo que atañe al objetivo general pretendido por la Directiva de 2018, en palabras de Cruz Villalón, y al margen de otras medidas complementarias, la finalidad básica de esta norma es la de garantizar «la aplicación de los convenios colectivos de los países de destino a los trabajadores desplazados a resultas del ejercicio de la libre circulación de servicios por parte de estas empresas»¹⁷. Si descendemos a un plano de mayor concreción, la doctrina científica ha reconducido a seis bloques los cambios nucleares que se han introducido, a saber¹⁸: 1) se establece la no afectación de la Directiva 96/71/CE al ejercicio de los derechos de huelga y de negociación colectiva; 2) se reemplaza el concepto de “salario mínimo” por el de “remuneración” y se amplía las condiciones de trabajo del núcleo mínimo imperativo (se adicionan, las condiciones de alojamiento de los trabajadores y los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención); 3) a los trabajadores desplazados de larga duración, esto es, quienes superan los 12 o 18 meses de desplazamiento, les resultan aplicables todas las condiciones del Estado de acogida; 4) se amplía el tipo de convenios colectivos del país de acogida aplicables; 5) si el desplazamiento se efectúa a través de empresas de trabajo temporal, se garantiza a dichos trabajadores las mismas condiciones que a los trabajadores cedidos por este tipo de empresas a escala nacional; 6) refuerza la coordinación entre las autoridades y organismos competentes de los Estados miembros, así como la cooperación administrativa mutua para luchar contra el fraude y los abusos, tratando de reforzar la dimensión transnacional de las inspecciones, investigaciones e intercambios de información.

Es evidente que esta intervención normativa ha resultado mucho más incisiva que la protagonizada en el año 2014 y, a la vista de los cambios¹⁹,

¹⁷ Vid. J. CRUZ VILLALÓN, *Desplazamiento de trabajadores: del cuestionamiento del sistema de relaciones laborales a lo meramente técnico*, en jesuscruzvillalon.blogspot.com, 1º mayo 2021.

¹⁸ Ó. CONTRERAS HERNÁNDEZ, *Desplazamiento de trabajadores y la revisión del marco legal europeo: ¿el principio del fin del dumping social y la competencia desleal?*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2021, n. 69, p. 608.

¹⁹ Un análisis de los cambios operados por esta Directiva y su alcance en F.J. GÁRATE

no puede sino afirmarse que la voluntad clara del legislador europeo era la de reconducir el debate hacia posiciones menos proclives a las libertades económicas y reforzar al mismo tiempo la protección de estos trabajadores. Planteamiento que como comprobaremos a continuación ha sido avalado por la propia jurisprudencia.

3 Cuestionamiento y ratificación de la Directiva por el TJUE: sentencias de 8 de diciembre de 2020

El hecho incuestionable de que la Directiva de 2018 ha contribuido notablemente a garantizar un tratamiento igualitario entre trabajadores nacionales y trabajadores desplazados, así como a evitar prácticas de competencia desleal entre las empresas, no se ha traducido en un reconocimiento unánime de sus bondades por parte de los Estados miembros. Como era de esperar, los dos países que votaron en contra de su aprobación han seguido manteniendo una posición abiertamente contraria a la Directiva, al entender que la misma cercena su principal ventaja competitiva – costes de mano de obra – y restringe la libre circulación de trabajadores. Hasta tal punto ha llegado su rechazo que tanto Hungría como Polonia interpusieron, con fecha 2 y 3 de octubre de 2018, respectivamente, y al amparo del art. 263 TFUE sendos recursos de anulación contra el Parlamento Europeo, Consejo Europeo y Comisión Europea. Dichos recursos han sido resueltos por dos sentencias del TJUE dictadas el 8 de diciembre de 2020.

Sin perjuicio de que ambos asuntos presentan perfiles propios, el interés de estas resoluciones es doble: en primer lugar, porque comparten una misma pretensión, a saber, la anulación total de la Directiva (UE) 2018/957 (ya sea como petición principal o subsidiaria) y, en segundo lugar, porque en ambos casos se muestra una respuesta contundente por parte del TJUE, ratificando la validez jurídica de la Directiva y su pleno acomodo a los objetivos de la UE en este punto. En las próximas páginas me detendré en los aspectos principales que se ponen en cuestión por parte de los Estados recurrentes y, por supuesto, en las razones dadas por el Tribunal europeo para su rechazo y avalar, como decíamos, la viabilidad jurídica de la Directiva impugnada.

El primero de los motivos en los que se amparan las pretensiones

CASTRO, *La modificación de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957: una mejor solución del conflicto entre la libre prestación de servicios y la protección sustantiva del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2019, n. 11.

formuladas por Hungría y Polonia tiene que ver con la elección de la “base jurídica” escogida para adoptar la Directiva impugnada. Entienden los recurrentes que la elección de los arts. 53.1 y 62 TFUE es incorrecta pues dicho instrumento normativo, a diferencia de la Directiva 96/71/CE, tiene como finalidad exclusiva la protección de los trabajadores desplazados. Es decir, a su entender, la nueva Directiva no sólo no pretende eliminar obstáculos a la libre prestación de servicios, sino que incrementa las restricciones al ejercicio de dicha libertad comunitaria. Siendo esto así, resulta contradictoria la elección de los preceptos antedichos como base jurídica, siendo más coherente recurrir a las disposiciones del Tratado establecidas en materia de política social, en particular, al art. 153 TFUE²⁰. El Tribunal rechazará de plano esta afirmación. De entrada, se recuerda por el órgano judicial que a la hora de elegir la base jurídica de un acto de la Unión ha de tenerse en cuenta «elementos objetivos susceptibles de control judicial» entre los que se encuentra la finalidad y el contenido del acto. Asimismo, se indica que la determinación de la base jurídica adecuada exige atender al contexto jurídico en el que se inscribe la norma. Especialmente, como ocurre en el presente caso, si la Directiva que se impugna modifica una ya existente. En segundo lugar, el TJUE señala que, si «en los Tratados existe una disposición más específica que pueda constituir la base jurídica del acto controvertido, este debe fundarse en esa disposición». Por último, se afirma que una lectura conjunta de los citados arts. 53.1 y 62 TFUE permite concluir que el legislador europeo tiene competencia para aprobar directivas dirigidas a «coordinar disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los estados en materia de accesos a las actividades de prestación de servicios y al ejercicio de estas, para facilitar el acceso a estas actividades y su ejercicio»; pero que ello no significa obviar el deber de velar porque se respete el interés general y los objetivos de la Unión, consagrados, como es sabido, en el art. 9 TFUE.

Trasladando estas consideraciones al caso concreto, el TJUE llega a la conclusión de que en este ámbito no sólo debe tenerse como objetivo el facilitar el ejercicio de la libre prestación de servicios, sino también el de garantizar la protección de otros intereses fundamentales que puedan verse afectados por esta libertad. Entre ellos, qué duda cabe, se encuentran los derechos de los trabajadores desplazados. En efecto, de los considerandos que formula el citado Tribunal en punto a esta cuestión se puede colegir

²⁰ En la sentencia que resuelve el recurso interpuesto por Hungría rechaza que el art. 153 TFUE constituya una base jurídica más específica, en tanto en cuanto, el precepto aludido sólo se refiere a la protección de los trabajadores y no a la libre prestación de servicios dentro de la Unión (asunto *Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, cit., punto 65 ss.).

que, a diferencia de lo señalado por los países recurrentes, la Directiva que se impugna tiene como principal objetivo garantizar la libre prestación de servicios en condiciones equitativas, lo cual, no sólo es que no entre en contradicción con la voluntad de reforzar la tutela de los trabajadores desplazados, sino que esto último – necesidad de un mayor refuerzo – resultaba, a la luz de la evidencia empírica, totalmente necesario. Además, esta idea es perfectamente coherente, argumenta con acierto el Tribunal, con la Directiva 96/71/CE (Considerando 5) cuando señala que la prestación transnacional de servicios requiere de un marco de «competencia leal» y de «medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores». En pocas palabras, la Directiva mencionada, ya desde su versión original, buscaba que la libre prestación transnacional de servicios no sirviera de base para llevar a cabo una competencia desleal, basada en la aplicación de condiciones de trabajo y empleo inferiores dependiendo del Estado miembro en el que se encontrase establecido el empresario.

Pues bien, desde esta perspectiva, la nueva directiva lo que hace es configurar un núcleo duro de disposiciones imperativas de protección mínima en el Estado receptor que deberán ser respetadas por el empresario que desplace allí a sus trabajadores. Y, en esa labor, los cambios que se proponen han tenido en cuenta el contexto jurídico, muy distinto del que había en el momento de aprobar la Directiva del año 1996 – particularmente, toma en consideración la incorporación de nuevos Estados con empresas que aplican condiciones de trabajo y de empleo alejadas de las aplicables en los demás Estados miembros – con el fin de reestablecer el equilibrio, en cierto sentido perdido, entre las dos variables que entran en juego: libre prestación de servicios y derechos de los trabajadores desplazados.

Por todo ello, el Tribunal entenderá que no existe error en la base jurídica que da soporte a las modificaciones impuestas por la Directiva de 2018. A mayor abundamiento, en la sentencia resuelve el recurso interpuesto por Hungría, se rechazará expresamente que el art. 153 TFUE constituya una base jurídica más específica, en tanto en cuanto, el precepto aludido sólo se refiere a la protección de los trabajadores y no a la libre prestación de servicios dentro de la Unión (Considerando 65 ss.).

Resuelto el tema de la base jurídica adecuada, el segundo de los motivos alegados en los recursos interpuestos es el referido a la modificación del art. 3.1.c de la Directiva 96/71/CE. Me refiero al cambio consistente en la sustitución del concepto de “cuantías de salario mínimo” por el de “remuneración”. Este último concepto, que, obviamente, es más amplio que su precedente, en opinión de los países promotores del recurso, supone una vulneración del art. 153.5 TFUE. Precepto que excluye la regulación de

la remuneración del trabajo por cuenta ajena de la competencia del legislador de la Unión. Del mismo modo, constituye, a su juicio, una restricción discriminatoria a la libre prestación de servicios cuyo efecto es el de restringir, cuando no suprimir, la ventaja competitiva que tienen las empresas establecidas en estados miembros con niveles retributivos inferiores a los de los países que acogen a los trabajadores desplazados. A mayor abundamiento, se llegará a afirmar – en concreto, Polonia – que el legislador de la Unión considera que el beneficio de una ventaja competitiva resultante de unos costes inferiores de la mano de obra constituye *per se* una competencia desleal, pese a que esto, anteriormente, no fuera así.

Planteando en estos términos el debate, el TJUE, tras formular una serie de observaciones de carácter preliminar, rebatirá las argumentaciones ofrecidas por los recurrentes. Comenzando por la vulneración por la Directiva impugnada del art. 153 TFUE, el Tribunal europeo zanjará cualquier debate recordando que dicho precepto no puede ser la base jurídica de dicha Directiva desestimando así el primero de los motivos alegado. Me remito, a efectos de evitar una reiteración innecesaria, a lo señalado párrafos atrás (*vid. supra*).

En relación con la afirmación de que la obligación de garantizar a los trabajadores desplazados la “remuneración” del Estado miembro receptor, constituye, *de facto*, eliminar la competencia en costes, el TJUE negará dicha hipótesis. Para la Gran Sala, la modificación operada en este punto supone llevar a cabo un ajuste del equilibrio de los factores en los que las empresas establecidas en los Estados miembros pueden competir entre sí; pero sin que ello se traduzca en eliminar cualquier eventual ventaja competitiva en este terreno. Y ello es así en la medida en que la Directiva no incide en otros elementos que tienen que ver con los costes de las empresas que desplazan trabajadores y que van a seguir siendo un aspecto clave a efectos de ganar competitividad por parte de aquellas, como acontece, señaladamente, con la productividad y la eficiencia de los trabajadores. En definitiva, como acertadamente argumenta el Tribunal, si verdaderamente se quiere garantizar la libre prestación de servicios en condiciones equitativas y sin crear una diferencia de trato injustificada entre los prestadores de servicios en función del Estado miembro en el que están establecidos, era necesario sustituir el concepto de “cuantías de salario mínimo” por el de “remuneración”. Aquel concepto – afirmará el Tribunal – se había mostrado claramente insuficiente para dar una tutela adecuada a los trabajadores desplazados.

Para terminar con este punto, ninguna tacha de vulneración del principio de igualdad de trato merece la norma contenida en el art. 3.1.*c* de la Directiva 96/71/CE – como sugiere Hungría en su recurso – pues tanto los

trabajadores de las empresas establecidas en el Estado miembro de acogida como los trabajadores desplazados en aquel Estado, estarán sometidas a las mismas reglas en materia remuneratoria, es decir, aquellas que sean obligatorias en dicho Estado miembro.

Otro de los motivos que se aducen en los recursos de anulación presentados se centran a la modificación introducida en el art. 3, § 1-*bis*, de la Directiva 96/71/CE. Brevemente, interesa recordar que el precepto citado establece que si el trabajador está desplazado durante más de 12 meses o de 18 meses si el prestador de servicios presenta una notificación motivada, el Estado miembro de acogida ha de garantizar, amparándose en la igualdad de trato, no sólo las condiciones de trabajo y de empleo a las que alude el art. 3.1 de la Directiva, sino todas aquellas establecidas en ese Estado mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal. El recurrente considera que estamos ante una restricción injustificada, innecesaria y desproporcionada de la libre prestación de servicios.

Tampoco en esta ocasión tendrá éxito la queja planteada. Sobre el particular, el TJUE razonará que dentro de las amplias facultades de apreciación de que dispone el legislador de la Unión, no puede entenderse que aquél haya incurrido en un error manifiesto, por el hecho de considerar que este tipo de desplazamientos tan dilatados en el tiempo justifica la asimilación a los trabajadores empleados por empresas establecidas en el Estado miembro de acogida, en el sentido de que disfrutaran de casi todas las condiciones de trabajo y de empleo aplicables en aquel Estado. Es más, por si quedara alguna duda, el Tribunal aclarará que el régimen previsto para los casos de desplazamientos de larga duración resulta «necesario, apropiado y proporcionado» si se quiere garantizar una mayor protección en estos casos.

A continuación, el TJUE abordará en ambos recursos el motivo referido a la indebida inclusión del sector del transporte por carretera en el ámbito de aplicación de la directiva. En concreto, se denuncia una infracción del art. 58.1 TFUE, en cuya virtud: «La libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes» (arts. 90-100 TFUE). El órgano judicial discrepa de esta interpretación, al considerar que el art. 3.3 de la Directiva no tiene por objeto regular la libre prestación de servicios en el ámbito de los transportes, limitándose a disponer que la Directiva se aplicará a dicho sector a partir de la fecha de aplicación de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE, cuya base jurídica se encuentra en el antiguo art. 71.1 TCE (actual art. 91 TFUE) que abre el Título VI dedicado a transportes.

Para concluir con el análisis de estas resoluciones, el último motivo de impugnación, esta vez genuino del recurso planteado por Hungría, se funda en el incumplimiento del reglamento Roma I y en la vulneración de los principios de Seguridad Jurídica y de claridad normativa. En el primer caso, se defiende que el art. 3.1-*bis* de la Directiva conculca dicho Reglamento al impedir la libertad de las partes del contrato para elegir la Ley aplicable en los supuestos de desplazamientos de larga duración. Se incide, en este sentido, en que Roma I no tiene en cuenta la duración del trabajo que se realiza en el extranjero para determinar qué Ley se aplica, sino en el hecho de que el trabajador, tras concluir su prestación de servicios, retome su trabajo en el país de origen. En el segundo caso – inseguridad jurídica – se atribuye al nuevo concepto contenido en el art. 3.1-*bis* de la Directiva, esto es: “remuneración”. La inseguridad y falta de claridad vendría por el hecho de que la Directiva se remite a las normativas nacionales para su concreción. La primera de las censuras expuestas se salvará por el TJUE apoyándose en que nos encontramos ante una norma especial del conflicto de leyes en el sentido del art. 23 del Reglamento Roma I²¹, por lo que no se produce incompatibilidad o vulneración alguna. Y, en cuanto a la segunda censura, el Tribunal recordará dos aspectos esenciales: primero, que son los Estados miembros los competentes para fijar las normas sobre remuneración, sin perjuicio de que deben hacerlo con el debido respeto al Derecho de la Unión; segundo, que nos encontramos ante una Directiva de coordinación de las normativas y prácticas nacionales de los diferentes Estados miembros en materia de condiciones de trabajo y de empleo; con lo cual, no supone una atentado a la seguridad jurídica que sean estos Estados quienes concreten el concepto de remuneración aludido.

4. Una breve reflexión final

No es dudoso que la libre prestación de servicios sigue siendo uno de los pilares sobre los que se asienta la construcción de la Unión Europea. Ahora como antes, han de suprimirse entre los Estados miembros aquellas medidas que constituyan un obstáculo a su ejercicio efectivo. Ahora bien, lo cierto es que, en los últimos años, las carencias presentes en la normativa aplicable, el nuevo contexto que se crea con la aparición de nuevos Estados miembros y la aparición de una doctrina jurisprudencial muy proclive a la

²¹ El precepto antedicho señala, literalmente, que, «Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones Contractuales».

defensa de las libertades económicas, hicieron que la salvaguarda de la libre prestación de servicios se estuviera produciendo en detrimento de los derechos sociales de los trabajadores desplazados. La Directiva (UE) 2018/957, con las importantes modificaciones introducidas en este ámbito, ha reorientado la visión que, hasta ese momento, se venía dando de la libre prestación de servicios. Una visión que ahora es mucho más acorde con los objetivos de la Unión Europea – entre los que figuran, por supuesto, las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado y con la garantía de una protección social adecuada – y que, además, cuenta con el beneplácito del principal intérprete del derecho comunitario, como se demuestra en las dos sentencias que se han analizado en el presente trabajo. En definitiva, pese a las reticencias mostradas por algunos Estados miembros, la Directiva de 2018 sigue tratando de garantizar la libre prestación de servicios, pero trata de hacerlo en condiciones equitativas, lo que solo puede hacerse reforzando la protección de los trabajadores desplazados. Más claro: no estamos ante presupuestos incompatibles sino complementarios e indispensables.

5. Bibliografía

CONTRERAS HERNÁNDEZ Ó. (2021), *Desplazamiento de trabajadores y la revisión del marco legal europeo: ¿el principio del fin del dumping social y la competencia desleal?*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 69, pp. 601-650

CONTRERAS HERNÁNDEZ Ó. (2020), *Desplazamiento de trabajadores en la unión europea: estado actual y nuevos horizontes*, Bomarzo

CRUZ VILLALÓN J. (2021), *Desplazamiento de trabajadores: del cuestionamiento del sistema de relaciones laborales a lo meramente técnico*, en *jesuscruzvillalon.blogspot.com*, 1º mayo

ESTEVE SEGARRA A. (2015), *Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social*, en *Revista de Información Laboral*, n. 6, pp. 27-41

FOTINOPOULOU BASURKO O. (coord.) (2017), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier

GÁRATE CASTRO F.J. (2019), *La modificación de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957: una mejor solución del conflicto entre la libre prestación de servicios y la protección sustantiva del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 11, pp. 1064-1078

GÓMEZ ABELLEIRA F.J. (2018), *Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 1, pp. 213-232

GUAMÁN HERNÁNDEZ A. (2008), *Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia*, Aranzadi

LLOBERA VILA M. (2013), *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant lo Blanch

MARCHAL ESCALONA N. (2019), [El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado](#), en *Revista de Derecho Comunitario*, n. 62, pp. 81-116

SALCEDO BELTRÁN C. (2014), *Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales. (A propósito de las STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13)*, en *Revista de Derecho Social*, n. 67, pp. 135-144

SERRANO GARCÍA M.J. (2015), [La retribución de los trabajadores objeto de un desplazamiento transnacional en la jurisprudencia comunitaria](#), en *Foro*, n. 2, pp. 455-496

La competencia judicial para conocer sobre el despido de personas trabajadoras que prestan servicios para organismos internacionales con sede en España

Eduardo Enrique TALÉNS VISCONTI*

RESUMEN: La interacción entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno suele generar bastantes problemas prácticos. Esto es así porque, normalmente, confluyen intereses que en ocasiones son contrapuestos. La comprensión de varios tipos de normas para resolver un mismo asunto no es, en definitiva, una tarea sencilla. En este comentario el A. tratará de despejar las dudas existentes a la hora de demandar por despido cuando los trabajadores prestan servicio en organizaciones o entidades públicas de ámbito internacional. Concretamente, si los tribunales españoles tienen competencia para resolver este tipo de litigios entre trabajadores y organismos internacionales cuando tienen su sede en nuestro territorio. En definitiva, se tratará de delimitar el alcance de la inmunidad de jurisdicción.

Palabras clave: Competencia judicial, inmunidad de jurisdicción, contrato de trabajo, despido, actos *iure gestionis*.

SUMARIO: 1. Breve introducción. 2. El supuesto de hecho de las SSTs (Pleno) de 21 y 22 de abril de 2021. 3. La legislación aplicable y la fundamentación jurídica para declarar la competencia de los órganos judiciales españoles. 4. Conclusiones.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València (España).

The Jurisdiction to Know About the Dismissal of Workers Who Provide Services for International Organizations with Their Headquarters in Spain

ABSTRACT: The interaction between the international legal order and the domestic legal order often generates quite a few practical problems. This is because, normally, converge interests that are sometimes opposed. Understanding various types of rules to resolve the same issue is ultimately not a simple task. In this commentary the A. will try to clear the existing doubts when suing to dismissal when workers serve in international public organizations or entities. Specifically, if the Spanish courts have jurisdiction to resolve this type of litigation between workers and international organizations when they have their headquarters in our territory. Ultimately, it will try to define the scope of immunity from jurisdiction.

Key Words: Court jurisdiction, immunity from jurisdiction, work contract, dismissal, common management.

1. Breve introducción

El objetivo de la presente publicación consiste, básicamente, en el comentario y análisis de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictadas por el Pleno con fechas de 21 de abril de 2021¹ y de 22 de abril de 2021². El motivo de la elección de las mismas reside en el especial interés de las mencionadas sentencias, que resuelven un conflicto suscitado en relación con el órgano judicial competente cuando la persona trabajadora sancionada presta servicios laborales para un organismo de la Unión Europea con sede en el territorio español. En definitiva, se trata de analizar el tema de la inmunidad de jurisdicción de la que gozan algunas personas trabajadoras que prestan servicios para organismos europeos (o internacionales) con sede en España.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado en un corto espacio de tiempo algunas sentencias resolviendo asuntos más o menos similares a los pronunciamientos que inspiran este comentario. De este modo, lo relevante para la conformación del Derecho del Trabajo, concretamente para el derecho procesal laboral, reside en que en todos estos pronunciamientos el Tribunal Supremo adopta el mismo sentido interpretativo. Por este motivo, pese a que el comentario se centre en las sentencias que han sido dictadas por el Pleno, del conjunto de la comprensión de todas ellas se tratará de clarificar el órgano judicial competente conocer del despido cuando la persona trabajadora de nacionalidad española preste servicios en España para entidades o instituciones pertenecientes a otro Estado, o bien dependan de algún organismo supranacional.

En este sentido, por ejemplo, la STS de 14 de febrero de 2020³ resolvió acerca de la competencia judicial atribuida a los tribunales españoles en el caso de una trabajadora española que fue despedida por parte de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico (International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas – ICCAT), organismo dependiente de la ONU, en concreto de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (Food and Agriculture Organization of the United Nations – FAO). La ICCAT dispone de sede en Madrid, lugar donde prestaba servicios la trabajadora despedida.

Por su parte, la STS de 29 de abril de 2021⁴ conoció del conflicto de

¹ Rec. 4123/2018.

² Rec. 2740/2018.

³ Rec. 82/2017.

⁴ Rec. 2495/2019.

competencia sobre el despido de un trabajador que prestaba servicios para la Embajada de la República de Indonesia en España, realizando tareas administrativas.

En el caso de la STS (Pleno) de 21 de abril de 2021 una trabajadora firmó un contrato con la empresa Deloitte Consulting para realizar servicios de consultoría en un determinado proyecto que se llevó a cabo en los locales de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (European Union Intellectual Property Office – EUIPO)⁵, con sede en Alicante.

En la STS (Pleno) de 22 de abril de 2021 se debatió sobre la competencia judicial interna para conocer del despido de una trabajadora que prestaba servicios en la EUIPO a través de contratos firmados con varias Empresas de Trabajo Temporal (ETI) y de una contrata con la empresa Jouvé.

En ambos supuestos, la persona despedida dirigió la demanda frente a todas las empresas, incluido la EUIPO, alegándose por parte de la defensa de este organismo de la Unión Europea la excepción de inmunidad de jurisdicción.

Como se podrá apreciar, a lo largo de los últimos años el Tribunal Supremo se ha tenido que enfrentar a varios recursos de unificación de doctrina en los que se discutía el tema de la competencia judicial de los tribunales españoles para conocer sobre la impugnación de los despidos de empleados de organismos internacionales (o parcelas de territorio de otro Estado), todos ellos con sede en España.

Como veremos más adelante, en todos estos pronunciamientos la competencia judicial se ha residenciado en los órganos judiciales internos, es decir, en nuestros Jueces de lo Social. Pero antes de llegar a esa conclusión veamos primero, con algo más de detalle, el supuesto de hecho de las SSTS (Pleno) de 21 y de 22 de abril de 2021.

2. El supuesto de hecho de las SSTS (Pleno) de 21 y 22 de abril de 2021

El primero de los asuntos (STS de 21 de abril) versó sobre el despido de un trabajador contratado por la empresa Deloitte Consulting para realizar servicios de consultoría que desarrolló en la sede de la EUIPO. El proyecto de trabajo se enmarcó en el *Business Continuity Program* y el trabajador sostuvo que, aunque le contrató Deloitte, inmediatamente fue cedido a la EUIPO. De hecho, fue esta organización europea la que en fecha de 11 de marzo de 2016 le comunicó de forma verbal que prescindía de sus servicios.

⁵ Antes denominada Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI).

El juzgado de instancia⁶ declaró que no era competente para conocer del conflicto entre el actor y la EUIPO, por gozar esta última de inmunidad de jurisdicción. Por su parte, la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 10 de julio de 2018⁷ entendió que la relación laboral que unía al trabajador con la EUIPO, a través de una empresa externa, no entra dentro de los actos de carácter oficial que permita acogerse a la demandada a su derecho de inmunidad de jurisdicción. En resumidas cuentas, se entendió que los tribunales españoles sí que son competentes para conocer sobre este asunto, por lo que se le ordenó al juzgado de instancia que resolviera de nuevo incluyendo a la EUIPO entre los demandados.

El caso de la STS de 22 de abril de 2021 consistió en el despido de una trabajadora que prestaba servicios para la EUIPO en virtud de sucesivos contratos suscrito a través de varias ETT, siendo el último de ellos a cuenta de una contrata con la empresa Jouvé (adjudicataria de un contrato con la citada organización europea). En definitiva, no existió una contratación directa por parte de la EUIPO, sino que el trabajo se realizaba para dicha organización, en su misma sede, pero a través de contratos suscritos a través de ETT o de adjudicación de contratas con otra mercantil.

Los cometidos de la trabajadora consistían en la recepción del correo, preparación del mismo y codificación de datos en relación con las demandas presentadas en la señalada organización europea (mediante métodos manuales o electrónico). En resumidas cuentas, que la trabajadora prestaba servicios en calidad de auxiliar de administración, realizando tareas de secretaría. Con fecha de 15 de diciembre de 2014 la empresa Jouvé le comunicó el cese por razones productivas, abonándole una indemnización. La trabajadora demandó a la empresa adjudicataria, a las ETT y la OAMI (que era la denominación que recibía la EUIPO en ese momento), siendo que, el JS n. 3 de Alicante estimó la alegación de excepción de jurisdicción respecto del organismo europeo, declarándose incompetente (esta misma sentencia declaró la nulidad del despido). Se recurre ante el TSJ de la Comunidad Valenciana la excepción de competencia jurisdiccional, que declaró que los órganos judiciales españoles son competentes para conocer sobre este asunto, ordenando la devolución de los autos al juez de instancia para incluir a la OAMI entre las entidades condenadas por el despido. Por su parte, la OAMI (que en ese momento ya se denominaba EUIPO), interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando una STSJ de Cataluña⁸ de contraste, interesando nuevamente la declaración

⁶ AJS n. 3 de Alicante 27 febrero 2017, proc. 297/2016.

⁷ Rec. 1812/2018.

⁸ STSJ Cataluña 28 octubre 2015, rec. 3885/2015 (aportado por la defensa de la EUIPO en ambos procedimientos).

de excepción de sometimiento a los órganos jurisdiccionales españoles. En resumidas cuentas, estamos ante dos despidos producidos sobre personas contratadas laboralmente a través de otras empresas para la prestación de servicios en la EUIPO. En ambos supuestos, el órgano de instancia apreció la inmunidad de jurisdicción respecto de la EUIPO. Posteriormente, el TSJ de la Comunidad Valenciana coincide en ambos casos en que los tribunales españoles sí que son competentes para conocer del asunto planteado frente a la EUIPO. Las dos sentencias de suplicación son recurridas en casación para la unificación de doctrina aportándose la misma sentencia de contraste.

3. La legislación aplicable y la fundamentación jurídica para declarar la competencia de los órganos judiciales españoles

La EUIPO se encarga de gestionar las marcas de la UE y los dibujos y modelos comunitarios registrados⁹. En resumidas cuentas, se trata de la Oficina Europea que registra las marcas, dibujos y modelos en toda la UE. Se fundó en el año 1994 y desde entonces mantiene su sede en la ciudad española de Alicante.

El personal que presta servicios para la EUIPO procede de varias partes de Europa (y de otras partes del mundo). A título de ejemplo, el actual Director Ejecutivo es belga, siendo el director ejecutivo adjunto de nacionalidad italiana. La multiculturalidad de personas que prestan servicios para la EUIPO conlleva que en su seno se trabaje con cinco lenguas (alemán, español, francés, inglés e italiano) y se tramitan solicitudes en las restantes lenguas oficiales de la UE.

En aras de proteger a su personal en el ejercicio de sus funciones, el art. 144 del Reglamento UE 2017/1001, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, establece lo siguiente: «el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión se aplicará a la Oficina y su personal».

De este modo, se acudimos al TFUE, en su art. 270 se declara la competencia del TJUE para conocer «sobre cualquier litigio entre la Unión y sus agentes dentro de los límites y en las condiciones que establezca el Estatuto de los funcionarios de la Unión y el régimen aplicable a los otros agentes de la Unión».

Existe también un Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea (en concreto, el n. 7), cuyo art. 11 también persiste en la

⁹ Vid. [Sobre la EUIPO](#), en euiipo.europa.eu, 9 junio 2016.

idea de que los funcionarios y otros agentes de la UE gozarán de inmunidad de jurisdicción respecto de los actos por ellos realizados con carácter oficial. Por lo que se refiere a la EUIPO, existe un Acuerdo de Sede entre el Reino de España y la Unión Europea en el caso particular de esta organización, hecho en Madrid el 20 de septiembre de 2011 que, en su art. 3, indica que el personal de la EUIPO está compuesto por el personal estatutario (Funcionarios; Agentes temporales; Agentes contractuales; Consejeros especiales) y personal externo (Expertos nacionales en comisión de servicios y Expertos contratados para la realización de estudios). El art. 3.2.i del citado Acuerdo dispone que el personal estatutario de dicha organización «gozará de inmunidad de jurisdicción respecto a los actos por ellos realizados con carácter oficial, incluidas sus manifestaciones orales y escritas; manteniéndose esta inmunidad tras el cese en sus funciones».

En definitiva, a la luz de la normativa europea citada, para el caso del personal estatutario de instituciones de la UE, entre las que cabe incardinar a la EUIPO, la competencia judicial para conocer de ciertos asuntos puede quedar extramuros de nuestras fronteras. Con dicha inmunidad de jurisdicción se trata de impedir cualquier injerencia en el funcionamiento del personal de la EUIPO, garantizando su independencia. Ahora bien, como seguidamente veremos, esta inmunidad no es absoluta, ni cabe extenderla a todas las personas que prestan servicios para este concreto organismo europeo (ni, por extensión, para personas que trabajan para otra serie de organismos internacionales).

En nuestra normativa interna, junto con la LOPJ y la legislación procesal concordante, cabe destacar la existencia de la LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. Ya en su preámbulo, destaca que la inmunidad soberana de un Estado supone que los jueces y tribunales de un Estado no pueden juzgar a otro Estado.

En su art. 4 se establece la regla general de que «todo Estado extranjero y sus bienes disfrutarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles».

Ahora bien, en el concreto caso del Derecho Laboral, el art. 10 de la mencionada LO 16/2015, bajo el título *Procesos relativos a contratos de trabajo*, parte de la idea contraria, ya que se expresa que, «salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, este no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España». Por lo tanto, en principio, en las relaciones

laborales no cabe invocar la inmunidad de jurisdicción. Como excepción, sí que se podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

- a) Cuando el trabajador hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público;
- b) Cuando el empleado sea:
 - i) Un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961;
 - ii) Un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; o
 - iii) Un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional o de una misión especial o que haya sido designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional.
- c) Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador;
- d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad;
- e) Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España; o
- f) Cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador.

Se tendrá que dilucidar en estos casos la naturaleza de las funciones atribuidas a la persona trabajadora despedida, pues no todo el personal que presta servicios para organismos internacionales gozará de inmunidad de jurisdicción. De hecho, si se acogiera una tesis amplia o una indebida extensión de la señalada inmunidad, se terminaría por restringir las posibilidades de que la persona trabajadora pueda conseguir la efectividad del fallo, es decir, de obtener tutela.

Para las organizaciones internacionales, el art. 35 de la LO 16/2015 parte de la siguiente idea:

las organizaciones internacionales gozarán, respecto de toda actuación vinculada al cumplimiento de sus funciones, de inmunidad de jurisdicción y de ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles de todos los órdenes, en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley Orgánica.

Pero este precepto sigue estableciendo:

no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de procedimientos de Derecho privado o de procesos del ámbito laboral relativos a miembros del personal de las organizaciones internacionales, estas no podrán hacer valer la inmunidad, salvo que acrediten disponer de un mecanismo alternativo de resolución de la controversia, ya esté previsto en el tratado constitutivo, los estatutos, el reglamento interno o en cualquier otro instrumento aplicable de las organizaciones internacionales.

La mayoría de las cuestiones que han llegado a manos de los tribunales lo han sido en relación con aspectos laborales (normalmente despidos) de personal que presta servicios para las Embajadas. Existe en este punto abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), entre otras muchas: SSTEDH de 21 de noviembre de 2001, de 23 de marzo de 2010, de 17 de junio de 2012, de 26 de octubre de 2016, de 8 de noviembre de 2016 o de 5 de febrero de 2019.

Dentro de nuestras fronteras, se han resuelto recientemente algunos pleitos en relación con el personal laboral de las Embajadas radicadas en España. En este sentido, la citada STS de 29 de abril de 2021 conoció del despido de una trabajadora que realizaba funciones administrativas para la Embajada en España de la República de Indonesia. En la misma se concluyó que no cabe admitir la inmunidad de jurisdicción, siendo competentes los tribunales españoles para conocer del despido de una trabajadora que presta servicios en una Embajada y que lleva a cabo actividades de naturaleza administrativa, toda vez que sus funciones están alejadas de los actos de “*iure imperii*”. En definitiva, se sienta doctrina en el sentido de que las controversias que un Estado, a través de su Embajada, pueda mantener con sus empleados de nacionalidad española contratados para prestar servicios que no suponen el ejercicio de un poder público, se deben de embarcar en un litigio entre particulares sobre el que no cabe extender la inmunidad de jurisdicción. En definitiva, que los órganos judiciales españoles tienen competencia para conocer sobre estos asuntos. Idéntica conclusión se extrae de la también reciente STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2021¹⁰, que conoció de la extinción del contrato de un trabajador de la Embajada de Bosnia-Herzegovina en España y que prestaba servicios como conductor, administrador técnico y encargado de la seguridad. Aquí se interpreta el art. 10.2.d de la LO 16/2015, que prevé la alegación de inmunidad de jurisdicción «cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad

¹⁰ Rec. 873/2020.

competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad». Se arguye que al ser una excepción a la regla general debe de interpretarse de manera restrictiva y que por autoridad competente cabe entender que la ostenta el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de relaciones exteriores. En el supuesto conocido por la citada STSJ de Madrid fue la propia Embajada quien alegó dicha inmunidad de jurisdicción, por lo que se consideró que no se hizo por la «autoridad competente del Estado extranjero». Resulta, asimismo, indiferente que se pactara en el contrato que las controversias suscitadas se tuvieran que resolver por los tribunales del país de la Embajada, ya que en el ordenamiento jurídico español no existe la posibilidad de “sumisión expresa”. En definitiva, se declaró la competencia de los tribunales españoles.

Este mismo Tribunal también declaró la competencia de los órganos judiciales españoles a la hora de conocer sobre el despido de una profesora de la Scuola Statale Italiana de Madrid¹¹. Se consideró que estábamos ante una controversia que se enmarca en el ámbito de las relaciones laborales entre el organismo italiano y los trabajadores de nacionalidad española por este contratados sobre el que no cabe invocar inmunidad de jurisdicción alguna.

También se ha llegado a soluciones similares en el caso prestaciones de servicios laborales para organizaciones internacionales, como es el caso de la ICCAT con sede en Madrid. En la citada STS de 14 de febrero de 2020, que resolvió la controversia, se insiste en la idea de que la inmunidad de jurisdicción no se extiende a los litigios entre particulares que pueda mantener una persona trabajadora con su empleadora, aunque esta sea una organización internacional, siempre y cuando su prestación de servicios no entrañe el ejercicio de poderes públicos ni se trate de funcionarios o agentes diplomáticos. En este sentido, en el contexto de la ICCAT, la inmunidad de jurisdicción no puede extenderse a personas contratadas laboralmente para prestar servicios de carácter asistencial y técnico, dado que estas no ejercen un poder público que se incardine en el *ius imperii* de esa organización internacional. Son, en definitiva, meros conflictos entre particulares que no empecen el desempeño de las funciones y tareas de carácter internacional del señalado organismo. En el supuesto de hecho concreto, se trataba de una persona contratada como telefonista y que posteriormente pasó a desarrollar funciones de auxiliar administrativa. La ICCAT es la que tiene la carga de probar si el puesto de trabajo reúne las características del mencionado ejercicio de poder público, sin que sirva a

¹¹ STSJ Madrid 2 febrero 2015, rec. 791/2014.

tales efectos que la persona esté acreditada como personal contratado en un registro del Ministerio de Asuntos Exteriores. De este modo, la inclusión en este tipo de registros no supone, per se, la atribución de funciones que entrañen el ejercicio de un poder público. En consecuencia, se declaró la competencia de los tribunales españoles para conocer y resolver sobre el despido de la trabajadora del ICCAT.

Volviendo sobre los asuntos de la EUIPO, cabe destacar que las funciones desempeñadas por parte del trabajador despedido contratado por Deloitte no pudieron subsumirse en la categoría de personal estatutario, ni tampoco se acreditó que fuera considerado personal en calidad de experto nacional en comisión de servicio, ni experto contratado para realización de estudios. La EUIPO no acreditó que el trabajador perteneciera a alguna de estas categorías y no consta el título por el que comenzó a prestar servicios en dicha organización, aunque sí que fue contratado laboralmente por parte de otra empresa (Deloitte). Por lo tanto, es competencia de los tribunales internos el conocimiento de la eventual existencia de fraude de ley en la contratación laboral del trabajador, en el sentido de valorar si existe cesión ilegal para prestar servicios en la EUIPO.

En el caso de la trabajadora que prestaba servicios a través de varias ETT, siendo el último de los contratos por medio de una contrata, tampoco se acreditó que ocupara un puesto de carácter funcional o estatutario. Tampoco formalizó contrato de colaboración en calidad de experta externa. Al contrario, realizaba funciones de recepción de correo, preparación y numeración del mismo y codificación de datos en relación con demandas presentadas en la EUIPO. Se trató, como vemos, de contratos suscritos por empresas domiciliadas en España, con una persona trabajadora de España que no realizaba actividades oficiales de la EUIPO, por lo que corresponde a los tribunales españoles valorar su situación laboral respecto de todas las empresas demandadas, incluida esta Oficina de la UE.

Descartada la inmunidad de jurisdicción, de acuerdo con el Reglamento (UE) n. 1215/2012 (art. 21), corresponde a los tribunales españoles conocer sobre los contratos de trabajo suscritos por una empresa domiciliada en España con una persona que reside en España, siendo que, la prestación también tiene lugar en este mismo país.

4. Conclusiones

De acuerdo con la normativa¹² y la jurisprudencia citada, es posible que los

¹² Además de la normativa considerada con anterioridad (principalmente de la UE y

tribunales españoles no tengan la competencia para conocer sobre ciertos aspectos laborales que afecten a determinado personal perteneciente a organismos internacionales (o agentes diplomáticos de otro Estado). Esto se dará cuando los Estados extranjeros o los organismos internacionales aleguen la excepción de inmunidad de jurisdicción. Se trata del derecho de un Estado (u organismo supranacional) a no ser demandado ni sometido a juicio ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado.

Ahora bien, la mencionada inmunidad de jurisdicción no es absoluta y no alcanza a meros conflictos suscitados entre particulares. En líneas generales, ante cualquier supuesto de hecho, cabe diferenciar entre los actos *iure imperii* y los actos *iure gestionis*. En tal sentido, la inmunidad de jurisdicción no puede extenderse de manera omnímoda a todas las relaciones laborales que provengan de un organismo internacional.

De este modo, no alcanzará a los actos de las organizaciones internacionales que se enmarquen en las relaciones estrictamente privadas o *iure gestionis*, como es el caso de su intervención en calidad de empresario al suscribir un contrato laboral (directamente o a través de terceros). De hecho, los actos *iure imperii* serán generalmente en nuestra materia muy residuales y solo se proyectarán sobre un tipo bastante concreto de relaciones (funcionariales, agentes diplomáticos, etc.).

En definitiva, los conflictos originados entre el personal contratado laboralmente en España por parte de este tipo de organizaciones, podrán ser ventilados por nuestros órganos judiciales nacionales cuando se trate de cuestiones que *iure gestionis*. Esto se dará siempre que las funciones desempeñadas no sean de una categoría tal que pueda comprometer o menoscabar los intereses o la seguridad del órgano empleador: por ejemplo, que estemos ante personal administrativo, de vigilancia, conductores, auxiliares, telefonistas... entre otros muchos. En estos estos supuestos no existirá inmunidad de jurisdicción y, por ende, los tribunales españoles serán competentes para conocer de estos asuntos, pudiendo resolver el litigio condenando, en su caso, al organismo internacional que actúa en su condición de empleador.

legislación interna), cabe dar cuenta de la existencia, a nivel internacional, de otro texto interesante en la materia, como es el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, hecha en Nueva York el 2 de diciembre de 2004 (en el que se fijó nuestra LO 16/2015). También cabe tener en cuenta, en el caso particular de trabajadores que prestan servicios para Embajadas u Oficinas Consulares los textos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

Reseñas Bibliográficas



La relación laboral de los deportistas profesionales

*Una reseña por Debyana Milenova Koseva**

Miguel Basterra Hernández

La relación laboral de los deportistas profesionales

Aranzadi, 2022

ISBN: 978-84-1124-798-6

La relación laboral de los deportistas de Miguel Basterra Hernández es una monografía publicada por Aranzadi en la que se ofrece un estudio integrador del régimen jurídico de los trabajadores cuyo objeto de trabajo es la práctica de un deporte.

El contenido de la obra se estructura en cuatro capítulos divididos en epígrafes. El capítulo I aborda el estudio del marco jurídico de la relación laboral del deportista profesional. En su primer epígrafe, el Autor expone de forma breve el proceso histórico, político y legislativo que ha condicionado la configuración legal de esta relación de trabajo. Seguidamente, destaca la coexistencia de normas laborales y administrativas en la regulación del régimen jurídico deportivo, lo cual muestra el alto nivel de intervencionismo del Estado en el sector. El capítulo sigue con un análisis exhaustivo del ámbito de aplicación del RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los deportistas profesionales. A este respecto, cabe destacar el tratamiento sobresaliente que lleva a cabo el Autor de las notas definitorias del contrato de trabajo del deportista profesional, al tiempo que analiza algunos supuestos concretos en los que la falta de la concurrencia acumulativa de dichos elementos configuradores, excluiría la aplicación del RD 1006/1985. En este sentido, se detiene en el estudio en las figuras del entrenador, de los árbitros, de los jugadores *amateurs* y de los jugadores convocados por las

* Profesora Ayudante (LOU), Depto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alicante (España).

selecciones nacionales. En el cuarto epígrafe, se analiza el papel de la negociación colectiva en el sector del deporte profesional. Sobre este particular, Basterra Hernández señala que la heterogeneidad de las disciplinas deportivas impide que el RD 1006/1985 alcance una proyección general, lo cual otorga un importante protagonismo a la negociación colectiva en la regulación de la relación laboral. No obstante, dado que sólo existen convenios colectivos en los deportes mayoritarios y, entre ellos, solo en su élite, el resto de deportistas profesionales se encuentran en una situación de desprotección de sus derechos laborales básicos. Por ello, comparto la postura de Basterra Hernández sobre la necesidad de un mayor desarrollo normativo en esta materia, que cubriese las carencias del proceso convencional constatadas a lo largo de los último casi cuarenta años.

El capítulo II se dedica al análisis del contrato de trabajo celebrado entre el deportista profesional y el club. Se divide en seis epígrafes que tratan, respectivamente, los siguientes aspectos: la edad del jugador, la nacionalidad, la forma del contrato, el período de prueba, la duración y las cesiones contractuales que pueden llevarse a cabo. Con respecto a la edad, el Autor lleva a cabo un análisis argumentativo de la sentencia del Tribunal Supremo 5 febrero 2013 (rec. 1440/2010), que vino a anular una práctica de contratación, habitual hasta entonces, que consistía en celebrar acuerdos o precontratos con jugadores menores de dieciséis años con el objetivo de asegurar su futura contratación como profesionales cuando alcanzaran la mayoría de edad, obteniendo durante ese período, una formación deportiva. En cuanto a la nacionalidad, el Autor examina la problemática de las llamadas cláusulas de nacionalidad como mecanismo de restricción a la entrada de jugadores extracomunitarios en España. Al efecto, Basterra Hernández expone la evolución que han sufrido las mentadas cláusulas y la situación en la que se encuentran en la actualidad, sirviéndose en su estudio de la jurisprudencia comunitaria. Para finalizar este segundo epígrafe, con gran acierto, el Autor hace referencia a la necesidad de crear un régimen jurídico especial en materia de extranjería que tome en consideración las particularidades del sector y reconsidere la aplicación de las cláusulas de nacionalidad desde una perspectiva más social y menos mercantilista. Continuando con el tercer epígrafe dedicado a la forma del contrato, cabe destacar la inaplicación del mecanismo del art. 8.2 ET, de modo que, un incumplimiento de la forma del contrato no implica su conversión en indefinido, dado que, por la naturaleza de la prestación, este contrato es siempre temporal. En lo que se refiere al período de prueba, el Autor señala que se trata de una figura válida, si bien con un recorrido muy limitado en la práctica deportiva, ya que lo habitual es que los clubes sometan a los deportistas a una serie de reconocimientos físicos anteriores a la firma del

contrato en vez de formalizar un período de prueba. En el quinto epígrafe, el Autor plantea diversas cuestiones problemáticas sobre la duración del contrato, entre las cuales cabe mencionar las consecuencias que derivarían de la formalización de este tipo de contrato por tiempo indefinido, así como la viabilidad de encauzar esta relación laboral a través de un contrato para obra o servicio determinado o de interinidad por sustitución. En el último apartado del capítulo II, el profesor se ocupa de las cesiones contractuales que pueden llevarse a cabo durante la vigencia del contrato del deportista profesional, dando cuenta del conjunto de garantías que le concede el ordenamiento jurídico en esta materia.

El capítulo III, dividido en tres epígrafes, trata del contenido y condiciones de la relación laboral del deportista profesional. En el primer epígrafe, cuyo objeto de estudio son los derechos y obligaciones dimanantes del contrato, el Autor no sólo analiza de forma completa y detallada el contenido de aquellos, sino que también expone las complejidades que implica su ejercicio, propiciadas por la escasa regulación normativa. En el segundo epígrafe se estudia el régimen jurídico de la jornada y del descanso. Respecto al primero, destaca la mayor flexibilidad en la distribución de la jornada frente a lo previsto en el art. 34 ET, así como su variabilidad durante la temporada. En cuanto al régimen de descansos, llama la atención la ausencia de descansos *intra e inter* jornada, lo cual, tal y como acertadamente concluye el Autor, es coherente con las especialidades que presenta el contrato del deportista profesional, dado que el tiempo de reparación fisiológica se integra en el ritmo de la actividad preparatoria del jugador. Por último, en el tercer epígrafe Basterra Hernández estudia el régimen jurídico del salario. Al efecto, analiza cómo se determina la cuantía salarial, cuál es su estructura y qué garantías ostenta el jugador en caso de impago o retraso en el cobro. El estudio de estos tres elementos pone de manifiesto el poder regulador del convenio colectivo y del contrato de trabajo para fijar la cuantía del salario, así como el papel de la negociación colectiva para establecer mecanismos de reclamación extrajudicial de cantidades, dada la inexistencia de un régimen legal específico de protección salarial de los deportistas profesionales.

Para finalizar su monografía, el Autor dedica el capítulo IV a la extinción de la relación laboral del deportista profesional. La regulación del régimen extintivo previsto en el art. 13 del RD 1006/1985 presenta importantes diferencias con respecto al régimen común. Siguiendo el orden de estudio propuesto por el propio Autor, la primera causa de extinción que analiza es la expiración del tiempo convenido en el contrato. A este respecto, el profesor Basterra Hernández estudia la necesidad de denuncia previa a la llegada del término del contrato, las indemnizaciones a las que tiene derecho

el jugador por la expiración de su duración, así como el régimen compensatorio del club cuando un jugador se marcha a otro una vez finalizado el contrato. En segundo lugar, Basterra Hernández trata la extinción por pérdida de la capacidad deportiva y su régimen indemnizatorio, ya que el art. 13.d del RD 1006/1985 concede una indemnización a favor del jugador cuando la muerte o la lesión tuvieran su causa en el ejercicio del deporte. Seguidamente, el Autor aborda las causas extintivas basadas en una decisión adoptada por el propio club, tales como el despido disciplinario, la reestructuración de la plantilla motivada por una crisis económica o la disolución del club. En este sentido, Basterra Hernández subraya los efectos que se anudan a la declaración de la procedencia o improcedencia del despido, ya que se apartan sustancialmente del régimen común. En cuanto a la disolución del club, el Autor plantea si la sola voluntad de los socios de disolver o liquidar la entidad deportiva es razón válida y suficiente para justificar el despido de los jugadores o, por el contrario, ha de someterse a la concurrencia de determinadas causas que delimiten y legitimen al club para tomar este tipo de decisiones de naturaleza extintiva. Por otra parte, el deportista profesional también puede extinguir su contrato de manera unilateral. En función de cuál ha sido la causa que ha motivado su decisión, los efectos para las partes serán distintos. Para abordar el análisis de este aspecto, el Autor plantea tres escenarios. El primero se refiere a la dimisión del trabajador sin alegar ninguna causa. A diferencia de lo que ocurre en el régimen común, en el deporte profesional la dimisión del jugador genera un derecho de indemnización a favor de su empleador. Al efecto, cobran especial importancia las llamadas cláusulas de rescisión cuya validez analiza el Autor en su monografía. El segundo escenario es el relativo a la extinción del contrato por voluntad del deportista basada en un incumplimiento contractual del club. El tercer y último escenario consiste en la resolución del contrato por voluntad del trabajador *ex art. 50 ET* y, al respecto, el Autor resume los problemas que pueden plantearse al jugador tanto en relación con la cuantía de la indemnización que le corresponde, como con respecto a la indemnización que puede reclamarle el propio club que no reconoce la causa de extinción alegada por el deportista. Por último, la relación laboral puede extinguirse por mutuo acuerdo o por las causas válidamente consignadas en el contrato. Tal y como pone de manifiesto el Autor, en esta materia no se aprecian grandes diferencias con respecto al régimen previsto en el Estatuto de los Trabajadores.

En conclusión, *La relación laboral de los deportistas* de Miguel Basterra Hernández es una obra con un enfoque integrador que estudia en profundidad todos los aspectos que rodean el régimen jurídico del contrato

de trabajo de los deportistas profesionales. Además de aportar conocimientos teóricos, este trabajo también aborda cuestiones problemáticas que se dan en la práctica. El Autor ha llevado a cabo un estudio al detalle tanto de la normativa como de la jurisprudencia nacional y comunitaria y ha sido capaz de identificar los vacíos legales y de plantear soluciones al respecto. No puedo terminar esta reseña sin mencionar la brillante capacidad explicativa y expositiva del Autor, lo cual convierte este libro en una lectura amena y de fácil comprensión. En definitiva, considero que su obra es una herramienta muy útil y de obligada lectura para todos aquellos profesionales del Derecho Laboral que desean conocer en profundidad el régimen jurídico de la relación laboral de los deportistas profesionales.

Controversias laborales en torno a los grupos de empresas

*Una reseña por Óscar Requena Montes**

Carolina Blasco Jover

Controversias laborales en torno a los grupos de empresas

Tirant lo Blanch, 2021

ISBN: 978-84-1397-602-0

La última monografía de la profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante, Carolina Blasco Jover, se titula *Controversias laborales en torno a los grupos de empresas*; un título que, sin duda, resulta muy ilustrativo en cuanto a la materia que se va a abordar – los *grupos de empresas* desde una perspectiva laboral y laboralista – y, en cambio, guarda cierto misterio en lo relativo a las concretas *controversias* que van a ser objeto de estudio.

Cuestión enigmática que prontamente se resuelve, al menos parcialmente, por medio de un índice que permite intuir, desde un primer instante, cuál es el estilo – directo y sin ambages – de la autora y su meta (cap. I), que no se limita a un exhaustivo análisis jurisprudencial del concepto de grupo de empresas a efectos laborales y sus repercusiones en cuanto al “contagio” – si se me permite la expresión – de responsabilidad (cap. II), sino que contiene, asimismo, un intenso ejercicio de reflexión y crítica al tratamiento jurídico de los grupos de empresas en ámbitos conexos, como lo son: las modificaciones contractuales y la subcontratación o cesión de trabajadores que pudiese suponer la circulación de trabajadores entre las empresas del mismo grupo (cap. III), o la sucesión de empresa a raíz de las diversas estrategias de configuración del grupo empresarial (cap. IV), pero también se cuestiona la ausencia del grupo como ámbito de referencia a la hora de regular el despido colectivo (cap. V) y plantea numerosos interrogantes en

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València (España).

cuanto a la configuración legal del grupo en la fase concursal (cap. VI) y, finalmente, ya en términos procesales, tanto en la fase declarativa como de ejecución.

Decía que el índice resuelve solo parcialmente el tipo de controversias o problemas interpretativos que suscita el negocio jurídico consistente en la agrupación de empresas. Y es que, a lo largo del texto son innumerables las ocasiones en las que, con gran maestría y un exquisito uso de la palabra – que facilita su lectura –, se ponen de manifiesto diversos interrogantes a los que ni la legislación – deliberadamente – ni la jurisprudencia – por falta de capacidad o competencia – han sido capaces de solventar o, al menos, de hacerlo de una manera determinante. En ocasiones, ni la doctrina judicial, ni siquiera la doctrina científica, son pacíficas, y es en esos escenarios – en esas “tierras movedizas” – donde Carolina Blasco demuestra un profundo conocimiento, no solo de los aspectos exclusivamente jurídicos, sino también de la evolución y la tendencia que viene presentando el mercado de bienes y servicios y los modelos de estrategia empresarial y de organización del trabajo ante cambios derivados de la globalización, la revolución tecnológica o el reto global que ha supuesto la expansión de la Covid-19, sin ir más lejos¹.

Así pues, tanto, por un lado, la relevancia de los fenómenos de descentralización productiva, externalización, deslocalización o la propia agrupación de empresas², como, por otro lado, la idoneidad curricular de la firmante³, constituyen dos de los principales motivos que justifican la publicación de esta monografía, que ya ha pasado a ser una obra de referencia entre la doctrina mercantilista y laboralista, y debería ser tenida en cuenta, por supuesto, a la hora de redactar el anunciado *Estatuto de las personas trabajadoras para el siglo XXI*⁴.

Desde luego, no son pocas ni menores las consecuencias que, en el ámbito laboral, pueden generar los grupos de empresas, por supuesto cuando estos son creados con ánimo fraudulento, pero también cuando los mismos son lícitos – he aquí una máxima que defiende Blasco en el conjunto de la obra –, pudiendo destacarse la necesidad de identificar a la persona empleadora, individual o compleja; no obstante, ello determinará, desde el punto de vista

¹ *Vid.*, por ejemplo, la introducción y las pp. 87-96.

² Tal y como afirma la A., el grupo de empresas destaca sobre el resto de problemática en cuanto a su frecuencia, litigiosidad, transcendencia práctica, riqueza de matices y la inexistencia de base legal.

³ De entre su vasta y variada obra, cabe rescatar ciertas publicaciones acerca del personal de alta dirección, la transmisión de empresa, el despido colectivo o el propio grupo de empresas.

⁴ Se remite al sitio internet www.net21.org.

procesal, quién será la parte demandada – evitando, así, el riesgo de demandar a empresario erróneo – y, en línea con ello, desde la perspectiva material, el centro de imputación de las diversas responsabilidades con respecto a determinados trabajadores. En cambio, parece que la carga de la prueba – de la existencia de grupo de empresas a efectos laborales – resulta cada vez más difícil para quien mayoritariamente actúa como demandante – la parte débil, recuérdese, de la relación laboral –, lo cual promueve la ineficacia de las normas laborales.

Ante una jurisprudencia disonante y la mencionada dificultad probatoria, en la página 57 de la monografía se observa un punto de inflexión. A juicio de la profesora Blasco Jover, buena parte de los problemas jurídico-laborales en torno a los grupos de empresas podrían evitarse o reducirse si se tendiese a unificar el concepto jurídico de los grupos de empresas a efectos mercantiles y laborales con base en la “dirección unitaria” como elemento definitorio y, sobre todo, extendiendo la presunción de empresa de grupo y el régimen de responsabilidad a imagen y semejanza a como se realizó en el asunto *TRAGSA*⁵. Tesis que defenderá, más tarde, en cada uno de los apartados de la obra⁶.

En cuanto al mencionado régimen de responsabilidad, la autora realiza una propuesta en cierto sentido rompedora y a contracorriente respecto de la doctrina laboralista mayoritaria en tanto que, ante la condena solidaria que suele aplicarse a los grupos de empresas fraudulentos o patológicos, aboga por una diversificación del régimen de responsabilidad, de manera que (explicado aquí *grosso modo*): a) en los grupos verticales o por subordinación se aplique una responsabilidad subsidiaria, b) en los grupos de empresa horizontales o por coordinación se prevea una responsabilidad mancomunada y, finalmente, c) se reserve la responsabilidad solidaria a aquellos grupos de empresa que hayan actuado de manera fraudulenta.

Por otro lado, habida cuenta de que la circulación de trabajadores en el marco de un grupo de empresas constituye un privilegio jurisprudencialmente consentido pero que, ciertamente, «choca frontalmente con lo que dispone el art. 43 ET», el cap. III no queda limitado a este debate sino que, de forma amena, conduce al lector o lectora a reflexionar acerca de si otros preceptos jurídicos como los referidos a modificaciones típicas del contrato de trabajo (movilidad funcional, geográfica o modificaciones sustanciales *ex* arts. 39, 40 y 41 ET) no deberían incluir alguna regla que rijan exclusivamente en el ámbito de los grupos de

⁵ STS 20 octubre 2015, rec. 172/2014.

⁶ Nótese, por ejemplo, cómo se aboga, en el cap. IV, por que sea la empresa que asume la dirección unitaria quien se entienda que actúa como cedente en el marco de ciertas transmisiones de empresa, incluso aunque formalmente no sea aquella la empleadora.

empresas, puesto que es evidente que tales artículos están redactados pensando en la existencia de «una estructura organizativa y económica individualmente considerada». La autora plantea diferentes tesis, con sus diferentes matices y advirtiendo de las ventajas y riesgos de cada una de ellas, llegando a enlazar su discurso con otras posibles instituciones afectadas (*v. gr.*, las contratas y subcontratas de propia actividad, *ex art.* 42 ET) y con la particular tesitura del empleado en misión o de la movilidad del personal de alta dirección, marcándose la debida diferencia respecto a las consecuencias jurídicas (suspensión/extinción del contrato) con aquella movilidad consistente en una promoción de una relación laboral común a una relación laboral especial de alta dirección.

Al art. 44 ET, esto es, aquel que regula la sucesión o transmisión de empresa en su vertiente laboral, le dedica un capítulo completo, que resuelve respondiendo a las típicas preguntas que se plantean en este punto. A saber, *quién* es el empresario transmitente, *cómo* o conforme a qué operaciones jurídicas se transmite y *qué* se transmite.

La revisión de la norma laboral básica finaliza con una propuesta *de lege ferenda* por la que se invita a reformar el art. 51 ET para integrar al grupo de empresas como unidad comercial y de referencia (p. 154), aportando soluciones razonables ante la menor protección a la que se ven sometidas las personas trabajadoras.

Pues bien, considerando lo hasta aquí señalado, puede concluirse calificando el estudio realizado como “oportuno”, puesto que no solo es un intento laborioso de atajar o proveer de soluciones legales, interpretativas y prácticas ante ciertas “controversias” en la actualidad solo parcialmente satisfechas, sino que lo hace, además, con ocasión de la reciente publicación de una nueva Ley Concursal. Y la profesora no desaprovecha la ocasión de criticar el reducido ámbito subjetivo que la normativa concursal reconoce al grupo de empresas, así como, por otra parte, la deriva legislativa hacia el reforzamiento de la competencia del juez del concurso en detrimento del orden social y, en fin, la extensión de la “teoría del perímetro”.

Para terminar, es de justicia señalar que la solvencia, el raciocinio y el esfuerzo argumentativo que impera en cada uno de los problemas abordados, que son numerosos, correctamente hilados y bien podrían haberse limitado a aspectos sustantivos, se ven completados, gracias a la ambición, generosidad y buen criterio de la autora, por un último apartado dedicado a ciertas *controversias* procesales – muchas de ellas ya tradicionales – en el ámbito de las agrupaciones empresariales: desde la identificación y el llamamiento a la “empleadora” como parte demandada, hasta quién debe constituir el depósito o, en su caso, pagar el importe de la condena, así como diferentes dudas que surgen ya en fase ejecutiva.

En resumidas cuentas, el trabajo que aquí se ha reseñado recoge un análisis metódicamente solvente y materialmente enriquecedor. En consecuencia, como acostumbra a decir el profesor Rojo Torrecilla en su apreciado blog: *pasen y lean*.

El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar

Una reseña por Monica Ricou Casal
y Paloma Victoria de la Torre Contreras***

Djamil Tony Kahale Carrillo (dir.)

El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar

Aranzadi, 2020

ISBN: 978-84-1345-224-1

La obra, publicada en el marco de un proyecto de investigación financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluido en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica (Plan de Actuación 2018) de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia y dirigida por Djamil Tony Kahale Carrillo, ofrece una visión panorámica de los desafíos que afrontan las relaciones laborales en el contexto contemporáneo. La *Cuarta Revolución industrial* o *Industria 4.0* son algunos de los términos propuestos para denominar de modo sintético al cúmulo de innovaciones y transiciones que se han producido en los últimos años en el entorno laboral y sus efectos, que inevitablemente irradian hacia el marco jurídico, desafiándolo y dando lugar a su evolución. Prologa la obra Antonio Sempere Navarro, ofreciendo un exhaustivo análisis de su contenido que cincela con sus aportaciones sobre las cuestiones más trascendentes, como los efectos de la pandemia sobre las prestaciones laborales y, en particular, los nuevos retos que surgen a consecuencia del teletrabajo, que difumina las fronteras entre lo personal y lo profesional, esferas que reclaman su demarcación mediante la

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de Girona (España).

** Profesora e Investigadora, Universidad Europea de Madrid (España).

instauración de mecanismos específicos, dentro de los cuales el más visible es el derecho a la desconexión digital. Para Sempere, la incertidumbre que preside en la actualidad a las relaciones económicas impulsa nuevos ámbitos de intervención donde el derecho debe penetrar con agilidad.

El primer capítulo, a cargo de Ángel Arias Domínguez, examina, a la luz de las necesidades que el mercado de trabajo en la actualidad denota, si las instituciones existentes son las más adecuadas para controlar la emergencia de situaciones que, no hace tanto, eran inconcebibles. Fenómenos como la globalización, que alcanza en el presente su máxima expresión, unida a los efectos de desarrollos tecnológicos como la robotización, la inteligencia artificial o el teletrabajo, plantean un debate urgente: ¿son apropiados los entes tradicionales para proponer soluciones coherentes con el entorno actual? El derecho laboral ha de sumergirse en un proceso de actualización que acompañe a la innovación, la cual, previsiblemente, se producirá cada vez a mayor velocidad y causará mayores impactos sobre el trabajo. Dar respuestas ajustadas a los sucesivos escenarios que se originen es la misión del legislador, cuya responsabilidad radica en brindar seguridad jurídica y armonía a las relaciones laborales, tanto tradicionales como novedosas. En este contexto, la regulación existente es insuficiente para propiciar un cambio que afectará a una gran porción de la población activa, pero la negociación colectiva tampoco parece ser el instrumento más apropiado para acometer una labor tan significativa. Es, por ende, responsabilidad del legislador proporcionar un marco garantista que articule la constitución y el desarrollo de las relaciones laborales en la Industria 4.0.

A continuación, el segundo capítulo, elaborado por Francisco Gonzáles Díaz, se enfoca en resolver, desde una dimensión práctica, algunas de las problemáticas que más disyuntivas generan en el marco de las relaciones de trabajo. En particular, la colisión que se produce entre el derecho a la protección de datos de carácter personal y el uso de sistemas de videovigilancia en la empresa comprenden un ámbito cuyo análisis refleja la necesidad de armonizar ambos elementos. Tras desgarnar con exhaustividad el marco regulador y la jurisprudencia de instancias nacionales e internacionales en torno a esta cuestión, el autor subraya los casos en los que resulta legítimo la utilización de dichos sistemas y las garantías que, en todo caso, han de prevalecer para asegurar la protección del trabajador. Se aprecia un cierto halo de conservadurismo en el tratamiento de esta cuestión que, sin embargo, requiere establecer mecanismos que limiten el uso de la tecnología cuando esta afecte a derechos fundamentales.

Prosigue la obra con el tercer capítulo, desarrollado por María Elisa Cuadros Garrido, profundiza en la problemática representada por la

precarización del trabajo y el auge de las relaciones laborales en fraude de ley, ahondando en el fenómeno de los falsos autónomos, que irrumpe en los sectores más digitalizados. Para su estudio, se describen las características de los servicios ofertados mediante plataformas digitales, tales como Glovo o Deliveroo, diseñadas *ad hoc* para proporcionar diversas prestaciones y se analizan las diversas soluciones jurídicas adoptadas en el entorno de la UE para la regulación del contrato de trabajo en esta esfera. Los *riders*, aunque no son los únicos trabajadores que representan el rol de las plataformas como vehículo para canalizar la oferta, permiten visibilizar los problemas compartidos de un modelo de negocio que, previsiblemente, continuará posicionándose. Se trata de ámbitos en los que la contratación irregular es un fraude que restringe derechos y obliga a generar una respuesta contundente en la que los actores sociales dialoguen para alcanzar empleo de calidad. Como conclusiones principales, se plantea la oportunidad de brindar un estatuto jurídico específico a estos trabajadores, regulando esta relación de trabajo atípica.

Seguidamente, en el cuarto capítulo, elaborado por Belén Fernández Collados, dirige la atención hacia la capacidad del marco de negociación colectiva existente para adecuarse a las relaciones laborales que surgen en el contexto de la Industria 4.0. Para ello, se ofrece una descripción de las novedades acaecidas, transitando en primer lugar por los procesos históricos que le preceden. En particular, los efectos de la digitalización se aprecian en todas las fases de la prestación laboral, desde el acceso al empleo hasta el ejercicio de la profesión. Esta circunstancia, en consecuencia, impacta sustancialmente en la seguridad y salud de los trabajadores, lo que origina la necesidad de regular de modo específico las condiciones de trabajo, adoptando políticas que proporcionen un nivel de protección ajustado a la exposición a los riesgos inherentes a este entorno. Para la autora, la negociación colectiva constituye, de forma innegable, el vehículo más preciso para actualizar la regulación laboral a un entorno que presenta problemáticas nuevas que se superponen a los desafíos ya conocidos, incrementando su magnitud. Resolver problemas como la inclusión, la igualdad de género o la equidad en el acceso al empleo es un reto fundamental sobre el que los convenios colectivos podrían ser eficientes si se apoyan sobre un análisis profundo y dialogado en torno a la multiplicidad de repercusiones que la Industria 4.0 proyecta.

Continúa la obra con el quinto capítulo, proyectado por Djamil Kahale, en el que se profundiza en la esfera del derecho a huelga y los efectos de la digitalización sobre su ejercicio. Concretamente, el capítulo alumbra nuevos debates que, sin embargo, son muy trascendentes para interpretar la posibilidad de que el trabajador lleve a la práctica esta prerrogativa, como

la posible sustitución temporal de estos por robots o el uso de la Inteligencia Artificial. Estas respuestas tecnológicas pueden alterar la función del derecho a huelga y, a su vez, requieren un posicionamiento jurídico que delimite el modo en que se arbitra la libertad sindical y la utilización de estos recursos por la empresa.

El sexto capítulo, de Fulgencio Pagán, se destina al estudio de las herramientas de control biométrico en el ámbito laboral. Estas tecnologías han aportado un avance significativo en la identificación del individuo, pero, a su vez, requieren un estudio de los efectos que inducen en los derechos del trabajador. Especialmente, el capítulo afronta un análisis de las colisiones que se producen entre el uso de estos sistemas y los derechos fundamentales, así como otras cuestiones procesales de interés en el marco del procedimiento laboral.

Le sucede el séptimo capítulo, realizado por Carmen Sánchez Trigueros, en el que la autora indaga en torno a la hiperconectividad laboral y su colisión con los derechos individuales del trabajador. La hiperconectividad se confronta al derecho a la desconexión digital, pero también afecta a otros derechos ya consolidados, como la intimidad o la conciliación. Actualmente, las imprecisiones y lagunas existentes en la regulación del teletrabajo originan un escenario de incertezas para el trabajador en el que la desconexión no está asegurada, con nefastas consecuencias para su bienestar. Por ello, la autora llama la atención sobre la urgencia de regular el trabajo digital para impedir su nociva influencia sobre el bienestar del trabajador, siendo imprescindible delimitar el tiempo de trabajo y garantizar las condiciones de su ejercicio.

El octavo capítulo, rubricado por Carolina San Martín Mazzucconi, expone un problema de gran calado en la actualidad: la dificultad para separar el tiempo de trabajo del tiempo personal que es un correlato a la evolución del ejercicio profesional a consecuencia de la digitalización. Como soluciones posibles, la autora recalca la importancia de la negociación y la creación de políticas internas que se adecúen a las características de cada entorno empresarial y faciliten la conciliación. En este contexto, surge de forma irremediable una llamada de atención en torno al género: existe un riesgo latente para la mujer si no se asegura la corresponsabilidad en el ámbito familiar, por lo que, quizás, la Industria 4.0 reclame medidas que culminen con una distribución equitativa de las cargas familiares.

A continuación, el noveno capítulo, redactado por José María Ríos Mestre, discute en torno a la admisibilidad y la valoración de la prueba en el marco del procedimiento laboral cuando esta se recaba mediante instrumentos digitales. Para ello, se ofrece un estudio exhaustivo de las disposiciones que regulan el almacenamiento de datos en los soportes tecnológicos, así como

el alcance de su utilización en el ámbito procesal, y los riesgos legales que aún se materializan.

El décimo capítulo, elaborado por Richard Mababu Mukiur, profundiza en la necesidad de que el trabajador recicle sus competencias profesionales para adecuarse al entorno tecnológico en el que se desarrollan las profesiones actuales. A tenor de esta necesidad, se recalca el poder de la formación continua como herramienta para promover el acceso al conocimiento, aumentando el capital humano disponible en el contexto empresarial. La inversión en capacitación y reciclaje profesional se postula, por consiguiente, como una de las vías más importantes para generar valor en el ámbito empresarial.

Le sucede el undécimo capítulo, planteado por Manuel Hernández Pedreño, enlaza con los debates surgidos en diversas disciplinas pertenecientes al ámbito de las ciencias sociales mediante la revisión bibliográfica de artículos e investigaciones sobre la Industria 4.0, conformando una síntesis que engloba los aportes que estas materias para componer un marco completo sobre los desafíos que surgen en la sociedad a consecuencia de este cambio de paradigma.

Prosigue la obra con el duodécimo capítulo, realizado por Pedro Ruiz, pone en valor la capacidad de la tecnología como motor para la superación de problemáticas latentes en el mundo contemporáneo y, aparentemente, difíciles de resolver. Como ventajas esenciales, las TIC aportan un marco esperanzador para la transición ecológica o la redistribución de la riqueza, especialmente si se regulan de manera adecuada. Sin embargo, existen riesgos inherentes a la tecnología que podrían incrementar la brecha existente en el mercado laboral, delimitando las oportunidades de los más competentes y excluyendo a aquellos menos preparados. La adaptación y la regulación progresiva del sistema educativo será clave para optimizar el aprovechamiento de los beneficios y el acceso equitativo a los mismos.

En último lugar, el décimo tercer capítulo representa la digitalización del sector productivo español y sus desafíos. Al respecto, la economía digital implica el desarrollo de una serie de procesos de transformación que pueden ser medidos mediante diversos indicadores cuantificables, como el número de patentes relacionadas con la Inteligencia Artificial o las tendencias en comercio electrónico. A partir de estas métricas, es posible determinar el momento en el que se encuentra la digitalización económica en España y compararla con otros entornos, discutiendo las implicaciones sociales de estos procesos.

A modo de conclusión, se trata de una obra esencial para comprender desde múltiples perspectivas cuáles son los desafíos que la Industria 4.0 comporta para el entorno socioeconómico contemporáneo y cómo el derecho laboral

habrá de actualizarse para afrontar estos retos, planteando las posibles líneas de actuación y cómo ha iniciado ya este proceso de cambio. Sin duda, un manual que se convertirá en un referente para todo aquel que precise comprender los impactos de la digitalización y las aplicaciones de la tecnología en el entorno laboral desde una perspectiva crítica e innovadora.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”, construyendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternational.it.

