

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

LA MOVILIDAD DE TRABAJADORES AL EXTRANJERO:

ASPECTOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Virginia Volpe Sainz

DIRECTOR

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano

Pamplona

23 de Mayo de 2018

Resumen

El presente trabajo tiene como propósito de estudio la movilidad internacional de trabajadores. Se trata de un fenómeno que ha adquirido una gran importancia en los últimos años ya que se ha motivado por la internacionalización de las empresas y la búsqueda de oportunidades de negocio fuera de nuestras fronteras. El objetivo de este trabajo está orientado a distinguir los distintos supuestos que existen de desplazamientos y qué normativa será de aplicación cada uno de ellos. Para ello, se analizarán las reglas de conflicto aplicables teniendo en cuenta lo establecido en el Reglamento de Roma I y en la Directiva 96/71/CE, dependiendo del tipo de desplazamiento. El trabajo concluye con una breve descripción del régimen de Seguridad Social.

Palabras clave: movilidad internacional de trabajadores, desplazamiento al extranjero, legislación aplicable al contrato de trabajo internacional.

Abstract

The purpose of this paper is to study the international mobility of workers. It is a phenomenon that has acquired great importance in recent years, which has been motivated by the internationalization of companies and the search for business opportunities beyond our borders. The aim of the present study is to distinguish between the different assumptions of displacements that exist and the regulations that will be applied to each one of them. To do this, it will be considered rules of this type that have an arrangement in the Rome I Regulation and in Directive 96/71 / EC, depending on the type of displacement. The work concludes with a brief description of the Social Security System.

Keywords: international mobility of workers, displacement abroad, legislation applicable to the international labor contract.

Índice

| | |
|--|----|
| I. INTRODUCCIÓN: LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE TRABAJADORES AL EXTRANJERO | 1 |
| II. ARTICULACIÓN CONTRACTUAL DE LA MOVILIDAD DE TRABAJADORES AL EXTRANJERO | 3 |
| III. LEGISLACIÓN APLICABLE..... | 4 |
| 1. Marco genérico | 4 |
| 2. Las reglas de conflicto del Reglamento de Roma I: el problema del lugar habitual de prestación de servicios | 4 |
| 2.1 La posición del TJUE..... | 4 |
| 2.2 Conclusión: el esquema aplicativo de las reglas de conflicto según el TJUE 9 | |
| 3. Movilidad de trabajadores en Europa: desplazamientos temporales..... | 10 |
| 3.1 Directiva 96/71 y Directiva de aplicación 2014/67/UE | 10 |
| 3.2 Propuesta de modificación de la Directiva 96/71/CE | 13 |
| 3.3 Ámbito de aplicación de la Directiva: desplazamientos temporales..... | 14 |
| 3.4 Normas específicas derivadas de la Directiva 96/71/CE en caso de desplazamientos temporales | 16 |
| IV. SEGURIDAD SOCIAL | 18 |
| 1. Desplazamientos a países de la Unión Europea | 18 |
| 2. Desplazamientos fuera de la Unión Europea..... | 20 |
| 2.1 Convenios bilaterales | 20 |
| 2.2 Convenios especiales..... | 23 |
| V. CONCLUSIÓN | 25 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA..... | 27 |
| VII. ANEXO JURISPRUDENCIA | 28 |

I. INTRODUCCIÓN: LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE TRABAJADORES AL EXTRANJERO

El fenómeno de la movilidad de trabajadores a otros países ha adquirido en los últimos años una gran relevancia debido al proceso de internacionalización de las empresas. Las empresas, a la hora de abordar las necesidades de atender trabajo en el extranjero, pueden optar por diversas opciones¹.

En primer lugar, la opción más tradicional es la movilidad de trabajadores que ya se encuentran en la plantilla de la empresa para que pasen a prestar servicios a otra empresa situada en el extranjero. Dentro de esta primera opción hay diversas posibilidades. Cabe, por un lado, que el desplazamiento tenga un carácter temporal. Por otro lado, puede ocurrir que el desplazamiento tenga una vocación definitiva en el tiempo. Dependiendo de cuál sea la situación puede tener relevancia en el contrato de trabajo del trabajador en origen y la normativa aplicable.

En segundo lugar, puede ocurrir que la empresa decida contratar a un trabajador con el propósito de destinarlo desde el inicio al extranjero, es lo que se conoce como expatriación impropia. Cabe también que la empresa contrate directamente al trabajador en destino, en este caso no habrá normalmente vínculo con España.

En los últimos tiempos también suele ser habitual la movilización de personal procedente de terceros países (trabajadores que prestan servicio en un Estado distinto al de residencia), en este caso cabe la posibilidad de que sean trabajadores nuevos de empresas procedentes de terceros países o trabajadores de un centro de trabajo en el extranjero, que preste servicios a un tercer Estado de forma temporal o indefinida.

Entre las prácticas que se consideran más modernas pueden distinguirse los siguientes supuestos: en primer lugar, los desplazamientos de personal con una relación profesional con el Estado de procedencia que se desplaza de forma continuada pero breve; en segundo lugar, la expatriación virtual, es decir una coordinación del trabajo de forma remota con la ayuda de las nuevas tecnologías complementada con viaje puntuales al extranjero; por último opción son los *interim manager*, son profesionales con experiencia en dirección y gestión de empresas que se incorporan de forma externa para llevar a cabo una misión ejecutiva durante un

¹ Vid. al respecto: MATORRAS DIAZ-CANEJA, A “La expatriación de trabajadores”, en AA.VV. (SANCHEZ-CERVERA VALDES, J.A Y MATORRAS DIAZ-CANEJA, A., Dir.): *Aspectos jurídico-laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 100 y ss.

tiempo determinado. Se considera como una colaboración internacional con el personal local.

La empresa tiene que tener en cuenta diferentes aspectos para saber cuál es la opción más idónea, así deberá tener en cuenta la causa de la expatriación, la configuración y características del proyecto, la voluntad de las partes, la existencia o no de un pacto previo a la expatriación y factores geográficos. Además, la elección de cualquiera de estas opciones está sujeta a la legislación migratoria de los distintos países ya que hay algunos de estas políticas pueden complicar la constitución de una relación laboral en destino. Por último, también hay que tener en cuenta aspectos como los fiscales que pueden ser más favorables dependiendo del destino.

Dentro de este elenco de posibilidades el presente trabajo se va a centrar en aquellos supuestos en los que el trabajador con contrato en España es destinado a trabajar al extranjero.

Partiendo de este objetivo, se analiza, en primer lugar, como pueden articularse contractualmente esa orden de desplazamiento al extranjero.

En segundo lugar, se analiza a la normativa laboral aplicable, como se verá a continuación, resulta esencial determinar cuál es el país al que se destina al trabajador y el tiempo previsto de la situación de movilidad. Ambos factores pueden ser determinantes a la hora de fijar cuál es la normativa laboral aplicable al contrato.

Se dedica un último apartado al análisis de algunas cuestiones relacionadas con el Régimen de Seguridad Social.

II. ARTICULACIÓN CONTRACTUAL DE LA MOVILIDAD DE TRABAJADORES AL EXTRANJERO

A la hora de decidir cómo se articula contractualmente el desplazamiento del trabajador al extranjero, influyen elementos que tienen que ver con el objeto del desplazamiento, pero también tiene influencia la legislación migratoria de países.

Hay distintas opciones de contratación, dos de ellas son el mantenimiento de la relación laboral en origen y la extinción del contrato en origen.

En el primer caso el trabajador tiene un contrato con una empresa española y se decide su desplazamiento a otro país. En este supuesto puede optarse por que se mantenga un vínculo laboral con el país origen. Así sucederá normalmente cuando se prevea que el desplazamiento va a tener una duración acotada en el tiempo².

En estos casos el empresario puede optar por suspender la relación laboral en origen y desplazar al trabajador al extranjero. En este caso también suele ser habitual que se celebre un nuevo contrato en destino, sobre todo, para evitar problemas derivados de la legislación migratoria. No obstante, puede suceder que se mantenga el vínculo laboral en España y que no sea necesaria la realización de un nuevo contrato en destino.

Existe otra posibilidad que es mantener la contratación con el país de origen, pero a la vez realizar un nuevo contrato en el país de destino, esto es lo que se conoce como doble vínculo.

Hay ocasiones en las que la movilidad del trabajador se articula contractualmente extinguiendo el contrato laboral en origen y celebrando un nuevo contrato en destino. En este supuesto el único empresario presente en la relación laboral es el del país de destino. En estos casos se pueden plantear problemas a la hora de determinar si hay que tener en cuenta el tiempo de prestación de servicios en España en caso de una posterior extinción contractual. Igualmente, se pueden plantear problemas en caso de que no se haya indemnizado al trabajador una vez extinguido el contrato.

² RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 36 y ss. Y MATORRAS DIAZ-CANEJA, A “La expatriación de trabajadores” en), en AA.VV. (SANCHEZ-CERVERA VALDES, J.A Y MATORRAS DIAZ-CANEJA, A., Dir.): *Aspectos jurídico-laborales...*, op. Cita, págs. 100 y ss.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE

1. Marco genérico

Las empresas que deciden desplazar trabajadores tienen que tener en cuenta dos aspectos importantes para saber qué legislación aplicar al contrato de trabajo. Los aspectos son: el tiempo de desplazamiento y el lugar de destino.

A la hora de establecer el lugar de destino hay que hacer una separación en países pertenecientes a la Unión Europea y países que están fuera de esta. En cuanto al tiempo del desplazamiento tenemos los temporales y los prolongados o definitivos.

Las legislaciones aplicables son el Reglamento de Roma I “Reglamento (CE) n o 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)” y 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.

El Reglamento de Roma I se aplica en los casos de desplazamientos a países no pertenecientes a la UE y desplazamientos definitivos dentro de la UE. Es una normativa erga omnes, es decir que será de aplicación general.

En el caso de desplazamientos temporales en la UE, tenemos que tener en cuenta las reglas generales del Reglamento Roma y además las normas específicas sobre esta cuestión de la Directiva 96/71/CE. Esta norma es de aplicación para las empresas establecidas en un Estado Miembro que desplacen a trabajadores a otro Estado para la prestación de servicios con carácter temporal.

2. Las reglas de conflicto del Reglamento de Roma I: el problema del lugar habitual de prestación de servicios

2.1 La posición del TJUE

Hay que empezar diciendo que el Reglamento de Roma I es la transformación del Convenio de Roma de 1980. Este era un Tratado de la Comunidad Económica Europea que buscaba la unificación de los criterios sobre las obligaciones contractuales. Tanto el antiguo Convenio como el actual Reglamento han intentado

ampliar la seguridad en cuanto a la ley aplicable. Lo que se consigue es que todos los Estados firmantes tengan la obligación de ofrecer la misma estabilidad en materia contractual³. La aplicación de esta normativa no admite excepciones nacionales o normas especiales.

Para hablar de la elección de la legislación aplicable al contrato hay que tener en cuenta el artículo, el 8⁴, sobre los contratos individuales de trabajo. Este artículo señala literalmente: “1. *El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.* 2. *En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.* 3. *Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.* 4. *Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país”*.

El objetivo de este artículo es impedir que el empresario imponga al trabajador la elección de la ley al contrato, perjudicando así las condiciones de trabajo.

Se deduce de este artículo que la legislación que se aplica es la que elijan las partes. Esta ley, en todo caso, no puede impedir la aplicación de las normas imperativas que hubieran sido aplicables a falta de elección.

Pero en el caso de que no haya acuerdo, el contrato se regirá por la ley del país donde se realiza el trabajo habitual. En el caso de que no se pueda establecer la legislación a aplicar, la ley será la del país donde se encuentre el establecimiento a

³ LORENTE MARTINEZ, I.: “Convenio de Roma 1980 y Reglamento de Roma I. Ley aplicable a las obligaciones contractuales” *Cuaderno de Derecho Transaccional*, Vol. 7, num. 1, Marzo 2015, pags 269 a 276

⁴ Sobre esta cuestión CALVO CARACAVA, A y CARRASCOSA GONZALEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Comares, Vol. II, 2017 (17ª ed.), pags. 1280 y ss.

través del cual el trabajador ha sido contratado. En cualquier caso, cuando el contrato tenga vínculos más estrechos con otro país distinto al lugar habitual, el contrato se rige por la normativa de ese país.

Con esta regulación surgen dos problemas: qué se considera lugar habitual y qué se entiende por vínculos más estrechos. Por lugar habitual hay que entender que es el lugar donde se realiza de forma continuada la realización de la prestación de servicios. A día de hoy seguimos con las incógnitas de cómo llegar a interpretar estos dos conceptos. El TJUE está intentando, desde hace varios años y en distintas sentencias, aclarar la situación y establecer unos criterios de carácter sustancial que vinculan el contrato de trabajo con el ordenamiento jurídico de distintos países. Las sentencias a las que hacemos referencia son el caso Schlecker (STJUE de 12 de septiembre de 2013, asunto C-64/12), Voogsgeerd (STJUE de 15 de diciembre de 2011, asunto C-384/10), Koelzsch (STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10) y Ryanair (TJUE de 14 de septiembre de 2017, asunto C-168/16 y C-169/16)⁵.

En el primer caso, la protagonista es Dña. Boedecker, trabajadora de la empresa Schlecker (multinacional con sucursales en varios Estados Miembros) en Alemania⁶. Presta servicios durante 15 años (hasta 1994) en Alemania, la empresa entonces decide mandarla con un nuevo contrato a los Países Bajos realizando las funciones de dirección de varias sucursales de ese mismo país. Tras varios años, en Junio de 2006, la empresa comunica a la trabajadora que el puesto que lleva ocupando va a ser suprimido por lo que se le va a trasladar a Alemania, con las mismas condiciones contractuales (es decir, manteniendo el contrato de los Países Bajos), a realizar funciones de jefe de departamento de contabilidad. En Julio de ese mismo año la trabajadora se traslada a Alemania, pero a los pocos días de empezar es baja por enfermedad percibiendo una prestación por ello del gobierno alemán. A partir de ahí la trabajadora empieza procedimientos judiciales en los Países Bajos con la finalidad de determinar que el derecho aplicable a su relación laboral es el neerlandés y no al alemán. Por las dudas interpretativas que plantea la aplicación del Convenio Roma (anterior al Reglamento) se decide plantear unas cuestiones al TJ. Este llega a

⁵ Un comentario en esta sentencia en: FOTINOPOULOV BASURKO, O.: “Cerrando el círculo: el caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado”, Revista Temas laborales, num. 123, 2014 págs 79 y ss.

⁶ Sobre esta sentencia vid.: CARRILLO POZO, L.F., “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: El reglamento de roma I”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, numº 132, 2017, págs. 129 y ss

la conclusión, a través de la aplicación del art. 8 RRI, de que incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo de forma habitual, durante un largo periodo y sin interrupción en el mismo país, se le aplique el Derecho del país con el que hay un vínculo más estrecho en vez de la legislación del lugar habitual de prestación de servicios. A esta conclusión se llega porque hay que tener en cuenta unos elementos significativos de vinculación como, por ejemplo, la tributación o de afiliación a la Seguridad Social. En consecuencia, se considera aplicable la legislación alemana.

En la segunda sentencia, el protagonista es el trabajador Voogsgeerd con residencia en Países Bajos que realiza en el año 2001 un contrato con la empresa Navoglobe, con establecimiento en Bélgica. Mediante acuerdo se decide que la ley aplicable al contrato sería la de Luxemburgo. El trabajo que se realiza es el de ingeniero de máquinas a bordo de buques. En el año 2002 el trabajador es despedido, al año siguiente el trabajador decide denunciar a la empresa y pide una indemnización más intereses por una rescisión abusiva del contrato, ya que pide que se le aplique el art. 6.1 del Convenio de Roma, de acuerdo con el cual sería de aplicación la ley belga con independencia de la elección que habían hecho las partes anteriormente. Tras varios recursos la justicia belga decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones que están todas relacionadas con saber cuál sería el lugar habitual de trabajo y por lo tanto que legislación sería de aplicación.

Hay que tener en cuenta que al tratarse de trabajos del sector marítimo hay que considerar cuál es el Estado en el que el trabajador realiza su trabajo, recibe las instrucciones y el lugar en el que tiene las herramientas para poder determinar en qué país cumple con sus obligaciones de realizar el trabajo. El Tribunal resuelve el asunto diciendo que cuando no puede determinarse el lugar habitual de prestación de servicios se acudirá al lugar del establecimiento del empleador que contrato al trabajador, entendiéndose por tal aquel al que esta vinculado por su ocupación efectiva.

En el tercer caso también estamos ante un conflicto relativo a qué legislación aplicar al contrato. El Sr Koelzsch es contratado como camionero por una empresa con domicilio social en Luxemburgo pero con la flota de camiones establecidos en Alemania. El trabajador presta servicios a la empresa desde 1998 hasta 2001, momento en el que es despedido. Este pide la anulación del despido y una indemnización por daños y perjuicios por la falta de preaviso y salarios atrasados. Tras la sentencia y los posteriores recursos, los tribunales de Luxemburgo decidieron

suspender el caso y plantearlo al TJUE porque no conseguían resolver el conflicto. La cuestión que se le plantea al TJUE es cuál sería el país en el que se realizaba habitualmente el trabajo, en el caso de que el trabajador preste servicios en distintos países, pero regresa sistemáticamente a uno de ellos. El Tribunal acude al art. 8 RRI, hay que interpretar este artículo de forma que, se considera lugar habitual de trabajo aquel en el que, por circunstancias de la actividad, el trabajador cumple la mayor parte de sus obligaciones frente al empresario. Por estas circunstancias se entienden los elementos relativos a la realización del trabajo, en este caso son por ejemplo los lugares desde donde el trabajador lleva a cabo el transporte, donde reciben las instrucciones, lugar de las herramientas del trabajo. Por todo esto el lugar habitual de trabajo se considerará Alemania.

En el último asunto también nos encontramos ante el mismo conflicto que en los anteriores, qué país se considera del de lugar habitual, aunque en este caso se refiere a un supuesto de competencia judicial internacional regulado por el Convenio de Bruselas y no de legislación aplicable. En este caso se ven afectado varios trabajadores de Ryanair, entre los cuales se encuentra un español. Este trabajador empieza a trabajar en 2008, la legislación que se le aplica en un principio es la irlandesa ya que la prestación servicios se consideraba realizada ahí, así como la matriculación de los vehículos utilizados. Pero el problema está en que el aeropuerto principal de esa aerolínea estaba en Bélgica, esto obliga a los trabajadores a residir en ese país ya que los vuelos comienzan y finalizan en esa localidad. En 2011 se termina la relación laboral. Una de las cuestiones a tener en cuenta es que la contratación de estas personas realmente se realiza a través de la empresa Crewlink, que es una sociedad neerlandesa con domicilio social en Irlanda. Los trabajadores despedidos piden una indemnización. La interposición de las demandas es en Bélgica ya que las condiciones del derecho irlandés son menos ventajosas que el belga. En 2013 el Tribunal se declaran no competentes en el asunto y deciden elevarlo al TJ, la pregunta es qué ley debería ser de aplicación en el caso de que no exista un único lugar habitual. Para aclarar este asunto el Tribunal acude al Reglamento de Bruselas I más concretamente en su art. 19. Para determinar cuál es el lugar habitual el tribunal dice que hay que tener en cuenta aspectos como el lugar al que regresa una vez finalizadas sus misiones, el lugar donde recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo y el lugar en el que se encuentran las herramientas de trabajo, pero también el estacionamiento de los aviones. Por lo tanto, el lugar habitual no es asimilables al de

base que establece el anexo III del Reglamento (CEE) nº 3922/91. Por lo tanto, la conclusión es que los trabajadores pueden defender sus derechos en el país donde han desempeñado su trabajo.

Se entiende que el concepto de lugar habitual de servicios no debe identificarse automáticamente con la base, aunque puede ser un elemento a tener en consideración. No obstante, habría que tener en cuenta otros indicios como el lugar donde recibe instrucciones y organiza su trabajo o el lugar donde se encuentran sus herramientas.

2.2 Conclusión: el esquema aplicativo de las reglas de conflicto según el TJUE

De acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento Roma (art. 8) y con jurisprudencia analizada del TJUE que lo interpreta, resulta claro que, en defecto de pacto sobre la legislación aplicable al contrato de trabajo, habrá de acudir a la ley del lugar habitual de prestación de servicios y, en su defecto, a la ley del lugar del establecimiento de contratación. No obstante, el TJUE deja claro que, en todo caso, cuando el contrato presente vínculos más estrechos con la legislación de otro Estado habrá de aplicarse dicha normativa.

Sin embargo, en la práctica resulta problemático determinar cuáles son los elementos que tendremos en cuenta para determinar el lugar habitual de prestación de servicios. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE parece que se podrán tomar en consideración todos los elementos que ayuden a determinar el país en el que se realiza la parte sustancial de su actividad.

Tampoco resulta claro determinar cuáles son los elementos para fijar cuál es el vínculo más estrecho con el contrato. No hay una unanimidad sobre los elementos que pueden integrar el vínculo, pero se podrían considerar como tales el lugar del establecimiento, la nacionalidad, la residencia, la moneda pactada para el pago del salario, el idioma del contrato o el domicilio del trabajador⁷. El TJUE es de la opinión que se tendrán vínculos más estrechos con aquellos países en los que el trabajador por cuenta ajena pague impuestos, tributos y afiliación a la Seguridad Social.

⁷ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 56 y ss.

A la luz de la jurisprudencia del TJUE parece claro que cuando los desplazamientos tengan un carácter temporal y no se haya pactado una ley aplicable al contrato, la ley aplicable será la del lugar habitual de prestación de servicios, esto es, la ley del país de contratación.

En los supuestos en los que la movilidad tenga un carácter permanente en el tiempo, habrá que analizar cuál es el lugar habitual de servicios y, en todo caso, determinar si el contrato mantiene vínculos más estrechos con otro país.

Por otra parte, en la práctica se van a plantear problemas para decidir cuál es la ley del lugar habitual de servicios en los casos en los que no se sepa cuánto va a durar el desplazamiento y también en aquellos casos de contratos de trabajo plurilocalizados, esto es, casos como los de los trabajadores que prestan servicios en varios países a la vez.

3. Movilidad de trabajadores en Europa: desplazamientos temporales

Cuando se produzca la movilidad de trabajadores dentro de la UE también han de aplicarse las reglas de conflicto del Reglamento Roma I. Como ya se ha explicado anteriormente, para los desplazamientos definitivos dentro de Europa hay que aplicar los mismos criterios que se aplican para los casos de desplazamientos fuera de Europa, es decir el Reglamento de Roma I.

No obstante, cuando el desplazamiento tenga un carácter temporal y se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 96/71, hemos de tener en cuenta las reglas específicas de esta Directiva.

3.1 Directiva 96/71 y Directiva de aplicación 2014/67/UE

La Directiva tiene como objetivo homogeneizar el nivel de protección, con el objetivo de que garanticen unas condiciones mínimas en materia laboral y evitar prácticas de competencia desleal.

No obstante, su aplicación ha dado lugar a problemas. En primer lugar, hay problemas porque han proliferado prácticas fraudulentas que persiguen como único objetivo contratar a trabajadores en países con unas condiciones laborales inferiores

para desplazarlos a otros, llevándose a cabo, con ello prácticas de competencia desleal. Han proliferado empresas buzón o pantalla y situaciones de falsos autónomos, también se plantean problemas en los casos de subcontrata.

Esta situación ha generado protestas de los Estados Miembros. Con el fin de evitar algunas situaciones se ha aprobado la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014. Esta Directiva se ha transpuesto al ordenamiento nacional mediante el Real Decreto Ley 91/2017 de 26 de mayo, que modifica la Ley 45/1999 de 29 de noviembre.

Entre las medidas de aplicación se prevén una serie de garantías.

En primer lugar, la Directiva refuerza las obligaciones de información respecto de las condiciones de trabajo y trata de asegurar que sea de difícil acceso.

En segundo lugar, la Directiva refuerza el deber de cooperación transfronteriza, la Directiva 2014 pretende asegurar que los servicios de inspección de trabajo funcionan bien y que la información se difunda de forma correcta y comprensible entre los distintos Estados de tal forma que en caso de tener que imponer una sanción, esta quede reconocida por el Estado de origen. El art. 7 de la citada Directiva habla de que el Estado en el que se establece el prestador de servicios es el que se encarga de determinados aspectos como *“la inspección de las condiciones de empleo que se han de cumplir conforme a la Directiva 96/71/CE es responsabilidad de las autoridades del Estado miembro de acogida en cooperación, cuando sea necesario, con las del Estado miembro de establecimiento”* así como del *“seguimiento, control y adopción de las medidas de supervisión o garantía de cumplimiento necesarias con respecto a los trabajadores desplazados a otro Estado miembro, de acuerdo con el Derecho, las prácticas y los procedimientos administrativos nacionales”*, además deberán garantizar el cumplimiento de las condiciones impuestas por la Directiva y en caso de sospecha de fraude podrá solicitar la información que considere necesaria

Con este objetivo de reforzar el intercambio de información su art. 9 la Directiva permite que los países de destino puedan pedir al que presta el servicio información sobre el desplazamiento, copias de los contratos y otra información relativa a las condiciones de trabajo. Además, se le puede exigir al prestatario el nombramiento de una persona que sirva de enlace tanto para la entrega de toda la documentación, así como hacer la interlocución con los distintos agentes sociales que pueden llegar a intervenir.

En cuanto al problema de las empresas buzón es que se benefician de los salarios más bajos que deben pagar a los trabajadores desplazados. Estas empresas en realidad son prestadoras de servicios ya que no realizan otra actividad que no sea desplazar a sus trabajadores. La forma que tiene la Directiva para combatir este fraude queda recogida en el art. 4 los desplazamientos reales y prevención de abusos. Uno de los puntos de este artículo nos viene a decir que el cumplimiento de la aplicación de la Directiva las autoridades competentes podrán realizar evaluación de elementos que deben ayudar a comprobar que se cumplen los requisitos marcados por la legislación. En los casos en que las comprobaciones son para evitar que las empresas solo realizan funciones administrativas se utilizaran elementos como por ejemplo el lugar donde la empresa tiene su domicilio social o el lugar en el que el trabajador se encuentra desplazado, la legislación aplicable al contrato. Este mismo artículo hace referencia a una serie de elementos que son necesarios para conocer si realmente es de carácter temporal, estos son la posible limitación de la prestación de servicios, fecha de inicio, posibilidad de regresar una vez finalizada la prestación de servicios o la naturaleza de la actividad.

El problema del falso autónomo es un fenómeno que ha ido en aumento a lo largo del tiempo. La cuestión es que no hay una clara definición de trabajador por parte de la Directiva 96/71, sino que dice que hay que atenerse a lo que mande el ordenamiento de acogida. La Directiva 2014 no impone una solución como tal, sino que autoriza a las autoridades competentes a investigar si realmente se está ante un desplazamiento de un trabajador a través de hechos relacionados con el trabajo.

El último problema que tenemos es cómo se decide aplicar el tema de la responsabilidad solidaria en una cadena de contratos. Como ocurre muchas veces y sobre todo en el sector de la construcción las empresas subcontratas no pagan a los trabajadores. Para solventar esta cuestión, la Directiva 2014 dice que los Estados Miembros son los encargados de establecer las reglas para la responsabilidad solidaria, pero esto no está formulado de tal forma que sea obligatorio, si no que los mismos Estados son los que deciden si implementarla o no.

Aun tratando estos problemas, hay otros que siguen presentes como por ejemplo privar a los actores sociales de conseguir unas mejores condiciones para los

desplazados⁸. El problema está en que cada Estado Miembro tiene su propia regulación laboral por lo que es complicado delimitar unas condiciones a nivel comunitario. El problema es que no existe una única legislación internacional que dirija la conducta de las empresas. Además, en Europa, cada Estado Miembro tiene su propio sistema de convenios colectivos por lo que se convierte en un problema a la hora de aplicarlos a nivel internacional.

3.2 Propuesta de modificación de la Directiva 96/71/CE

Al margen de los problemas de esta Directiva para perseguir las situaciones de fraude, existe una propuesta de modificación de la propia Directiva 96/71, para corregir algunos problemas aplicativos de la misma⁹. Alguno de los motivos son acotar el concepto de salario o precisar el sueldo aplicable así como definir la temporalidad del desplazamiento. Uno de los puntos a tratar en la propuesta de modificación es la remuneración. El concepto hasta ahora utilizado es “remuneración”, se pretende cambiarlo por “cuantía de salario mínimo”.

La Comisión cree que sería necesario el cambio ya que se considera que hay una amplia brecha salario entre el personal local y el desplazado dependiendo también del país y del sector. Y quiere dejar claro cuáles serían los elementos integrales para reducir las posibles diferencias. La Comisión Europea elige este término porque se considera que puede abarcar más que cuantía, ya que hace referencia a todos los elementos de remuneración que son de obligado cumplimiento por los Estados Miembros establecidos mediante disposiciones legales o convenios colectivos. En el nuevo concepto se podrían incluir nuevos elementos que no quedaban recogidos en el anterior, como la prima de antigüedad, las primas y los complementos de peligrosidad, las primas de calidad, las pagas extraordinarias, los gastos de viaje o los bonos de comida. Aunque hay conceptos de esta lista que ya están incluidos en “cuantía de salario mínimo” de algunos países.

⁸ Sobre esta cuestión: CALVO GALLEGO, F. J.: “De las migraciones por el empleo a las migraciones en el empleo: las normas como ventaja competitiva entre Estados y el riesgo de dumping social”, *CEF. Trabajo y Seguridad Social*, núm. 416, noviembre de 2017, págs. 17 y ss.

⁹ COM 2016/0128 final, de 8 de marzo de 2016

La Comisión utilizó la jurisprudencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea en el asunto *Sähköalojen ammattiliitto*¹⁰ para aclarar la incertidumbre de los niveles salariales a garantizarse. Se sentenció que el salario mínimo «no puede depender de la libre elección del empresario que desplaza trabajadores, con el único fin de ofrecer el trabajo de sus empleados desplazados a un precio menos elevado que el de los trabajadores locales». Habrá que tener en cuenta que en ningún momento la Directiva prohíbe la aplicación de condiciones más favorables independientemente de si a procedencia es del país de origen o de destino.

Por otro lado la Comisión quiere ampliar el apartado 3, letra c) del art. 1, obligando a las empresas ETT's a garantizar las condiciones que se aplican en el art. 5 de la Directiva 2008/104/CE. Es decir, garantizar al trabajador las mismas condiciones que un trabajador contratado directamente por la empresa usuaria.

Por último, un tema muy importante que trata la propuesta de reforma es la temporalidad del desplazamiento. Cuando el desplazamiento, a contar desde el primer día del desplazamiento, sea superior a 24 meses se considerará que el país al que viaje el trabajador se convertirá en lugar habitual de trabajo y por lo tanto será de aplicación el Reglamento de Roma I. Por lo que el trabajador tendrá obligación de cotizar a la Seguridad Social correspondiente en el país de acogida. Para evitar problemas y posibles ilegalidades por los desplazamientos, la Comisión obliga a los empresarios a definir el puesto, la duración y sobre todo el número de trabajadores que se van a desplazar.

3.3 Ámbito de aplicación de la Directiva: desplazamientos temporales

Las condiciones laborales que se deben cumplir son las relativas a la forma y la duración del contrato, derechos de los trabajadores, obligaciones del empresario y negociación colectiva.

Además de las posibles situaciones descritas anteriormente, la Directiva obliga a los Estados que desplazan a los trabajadores a cumplir con los marcados por los países de destino en materia de descansos, salarios mínimos, vacaciones, medidas de protección. Siempre que sean más favorables para el trabajador.

¹⁰ SENTENCIA del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de febrero de 201, asunto C-396/13

En este caso es necesario que el desplazamiento se considere temporal (art. 4.3 Directiva 2014/67/UE). Para que sea temporal se deben cumplir unos requisitos, el trabajador deberá tener un contrato vigente en un Estado Miembro (distinto al de desarrollo habitual de trabajo) o perteneciente al Espacio Económico Europeo. A la vez deberá mantener un vínculo con la empresa encargada del desplazamiento.

La empresa, por su parte, tiene que tener su actividad principal en un Estado de la Unión Europea. Además, la actividad tiene que ser real. La empresa no puede dedicarse a la cesión ilegal de trabajadores. En el art. 1.3¹¹ quedan recogidos distintos supuestos¹² en los que se puede llevar a cabo un desplazamiento temporal. Para cada uno de estos casos se deben cumplir con unos requisitos¹³.

Uno de los supuestos es cuando una empresa desplaza a un trabajador a un Estado Miembro mediante un contrato. Los requisitos que se deben cumplir en este caso son que exista una relación laboral entre la empresa que desplaza y el trabajador durante todo el tiempo de desplazamiento, debe haber un contrato entre las empresas implicadas en el desplazamiento y el trabajo se deberá realizar en un Estado Miembro distinto al de origen y el titular de la relación laboral debe ser la empresa de origen.

En este caso el tipo de contrato se realizaría con la empresa del país de origen, pero con la modificación del lugar de prestación de servicio durante todo el periodo de desplazamiento.

Otro supuesto es cuando hay un desplazamiento de un trabajador a un Estado Miembro en el que hay un centro de trabajo de la misma empresa o un establecimiento de una empresa que pertenezca al grupo empresarial de origen. Es requisito imprescindible, en este caso también, que exista una relación laboral entre la empresa

¹¹ La presente Directiva se aplicará en la medida en que las empresas a que se refiere el apartado 1 adopten una de las siguientes medidas transnacionales: a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; o c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento .

¹² RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 40 y ss.

¹³ Dossier Práctico, *Trabajadores en el Extranjero* (Desplazados y Expatriados), LEFEBVRE F. págs. 55 y ss

de origen y el trabajador desplazado. Los requisitos son como los del caso anterior con la diferencia que el lugar de trabajo de destino tiene que pertenecer a la empresa de origen. Para la tipología de contrato en este supuesto existe la posibilidad de un nuevo contrato en la nueva empresa, pero existe la posibilidad de mantener o no el vínculo con la empresa de origen.

El último caso es cuando hay un desplazamiento de trabajadores a una empresa usuaria que ejerza su actividad en un Estado Miembro. Son los casos de trabajos interinos y a través de ETT's. En este caso también tiene que existir una relación laboral entre el trabajador y la empresa que suministra la mano de obra. Las ETT's, para poder llevar a cabo el desplazamiento de trabajadores deben disponer de la autorización administrativa correspondiente cumpliendo una serie de requisitos, según lo previsto en el art. 2 de la Ley 14/1994¹⁴. Las EET's tienen limitado por ley la tipología de contrato que pueden llevar a cabo, como ocurre en el primer caso por imposición del país se suele tener una tipología de contrato de doble vínculo.

3.4 Normas específicas derivadas de la Directiva 96/71/CE en caso de desplazamientos temporales

Tal y como se interpreta para que se considere que hay un desplazamiento de un trabajador es necesario que exista un contrato de trabajo entre las partes. Además, la prestación de servicio debe aparecer limitada en el tiempo.

En este caso resulta de aplicación la Directiva 96/71 intenta poner un punto de equilibrio entre la libre económica y la protección del trabajador.

¹⁴ Ley 14/1994 sobre la regulación de empresas de trabajo temporal. 1. Las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal deberán obtener autorización administrativa previa.

La autorización será única, tendrá eficacia en todo el territorio nacional y se concederá sin límite de duración. 2. Para obtener la autorización, la empresa deberá justificar ante el órgano administrativo competente el cumplimiento de los requisitos siguientes: a) Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social. b) Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1. c) Encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. d) Garantizar, en los términos previstos en el artículo siguiente, el cumplimiento de las obligaciones salariales, indemnizatorias y con la Seguridad Social. e) No haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones. f) Incluir en su denominación los términos «empresa de trabajo temporal» o su abreviatura "ETT".

Esta norma obliga a aplicar una normativa en concreto en función del país de destino, pero siempre teniendo en cuenta que las condiciones que será de aplicación al trabajador. Esto queda reflejado en el art. 3.1 a 3.7¹⁵.

Según el art. 3.1 se aplica la legislación del Estado de destino en materia de: periodo máximo de trabajo y el mínimo de descanso, la duración mínima de vacaciones retribuidas, las cuantías de salario mínimo, las condiciones de trabajo en los casos de tratarse de ETT's, seguridad, higiene y salud en el trabajo, las medidas de protección a aplicar en los casos de mujeres embarazadas y la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En cuanto al salario mínimo se debe de definir según la legislación del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el desplazado. Esto puede que no sea aplicable en los casos en los que la contratación es a través de una ETT o cuando el desplazamiento es inferior a un mes.

Con este fin la Directiva entiende que con independencia de la legislación aplicable al contrato se deberían respetar las condiciones de trabajo del lugar de destino recogidas en la ley o en el convenio colectivo de aplicación general.

Este núcleo que en todo caso de debe respetar afecta a las siguientes materias: *“los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; 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; las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; 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; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación”*.

Con todo esto se garantizan condiciones mínimas para los trabajadores desplazados.

¹⁵ AA.VV.: *“Trabajadores en el extranjero (desplazados y expatriados) Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social”*, Dossier practico, Francis Lefebvre, 2002, pags 53 y ss

IV. SEGURIDAD SOCIAL

Todo trabajador desplazado al extranjero necesita una cobertura de Seguridad Social¹⁶.

Lo primero es saber cuál será el país de destino, ya que la situación es distinta en caso de que el país pertenezca o no a la Unión Europea.

Existen tres situaciones que se pueden diferenciar, países de la UE, países que no pertenecen a la UE pero con los que existe un convenio y países distintos a la UE con los que no existe un convenio.

1. Desplazamientos a países de la Unión Europea

La legislación que se aplica a Europa, pero también a los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo, es el Reglamento 883/2004 de 29 de abril sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. De acuerdo con el art. 11.3 del Reglamento las personas que ejerzan una actividad en un Estado Miembro están sujetas a la legislación de este Estado.

Al tratarse de relaciones entre distintos países, es importante tener en cuenta el art. 8 “*el presente Reglamento sustituirá a cualquier otro convenio de seguridad social aplicable entre los Estados Miembros*”, siempre que no se trate de convenios suscritos con países que no pertenecen ni a la UE ni al EEE.

El objetivo de este Reglamento es garantizar la protección de los derechos de Seguridad Social de los trabajadores. En la normativa se establece las reglas que se utilizan para elegir la legislación aplicable. Este Reglamento tiene unos principios básicos aplicables, son la elección de una única legislación aplicable, tanto en lo referente a las obligaciones con la Seguridad Social como en cuanto a los derechos de percibir prestaciones, que suele coincidir con el lugar habitual de prestación de servicios.

¹⁶ AA.VV.: *Trabajadores en el extranjero (desplazados y expatriados) Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, op.cita, págs 53 y ss Y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, op.cita, págs. 125 y ss Y MATORRAS DIAZ-CANEJA, A “La expatriación de trabajadores” en), en AA.VV. (SANCHEZ-CERVERA VALDES, J.A Y MATORRAS DIAZ-CANEJA, A., Dir.): *Aspectos jurídico-laborales*, op. Cita, págs. 100 y ss.

No obstante esa regla general, para los casos de desplazamientos temporales tenemos que aplicar el art. 12.1: *“La persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada”*.

Para estas dos excepciones la legislación que se aplica es la del primer Estado, es decir la del país desde el que se sale para prestar servicios a otro.

Un segundo principio que aplica el Reglamento es el de la igualdad de trato. Los trabajadores desplazados tienen que tener una equiparación de las condiciones frente al personal propio del Estado de destino.

Para que un desplazamiento se considere temporal y por lo tanto se pueda aplicar la normativa del lugar de origen, es necesario que se cumplan unos requisitos, como por ejemplo ejercer la actividad para una empresa que desplaza al trabajador a un Estado Miembro para realizar la prestación de servicios siempre y cuando la duración no supere los 24 meses y el trabajador no vaya a sustituir a otro. Otro requisito es que exista una relación laboral entre el trabajador y la empresa que desplaza, y que se mantenga durante todo el tiempo que dura el desplazamiento. Por lo tanto, en el caso de que el desplazamiento vaya a durar más de lo establecido será de aplicación la normativa del estado de destino. En el caso en el que la duración inicial del desplazamiento fuera de 24 meses, pero se termina prolongando se podrá mantener la legislación del país de origen siempre y cuando haya un acuerdo entre los implicados.

Para evitar que las empresas solo contraten para desplazar es necesario que el trabajador haya estado de alta¹⁷ al menos un mes en el país de origen y en caso de que el periodo sea inferior habrá que comprobar las circunstancias que concurren.

Para comprobar si sigue existiendo la relación laboral con el país de origen hay que comprobar si mantiene la obligación de remuneración, es decir si la empresa mantiene la organización y dirección de la actividad. Esto por ejemplo no ocurre en

¹⁷ Estos aspectos quedan recogidos en la Decisión N°2 de 12 de junio de 2009 relativa a la interpretación del art. 12 del Reglamento 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.

los casos en los que el trabajador es contratado para trabajar en un Estado Miembro distinto al de origen, pero a la vez lo mandan a prestar servicios a un tercer Estado.

2. Desplazamientos fuera de la Unión Europea

En un desplazamiento fuera de Europa hay que comprobar si existe o no un convenio bilateral. En bases a la existencia del convenio la legislación que se aplica será una u otra. El objetivo de los convenios es definir que legislación será de aplicación y todo lo relativo a las distintas prestaciones a las que puede acceder el trabajador.

2.1 Convenios bilaterales

Los convenios bilaterales siguen el principio de totalización, es decir se reconocen todos los periodos cotizados en los distintos países donde se ha prestado servicio a la hora de pedir la jubilación.

A día de hoy hay una treintena de convenios bilaterales firmados¹⁸, en du gran mayoría con Sudamérica, pero también hay el convenio multilateral entre España y

¹⁸ ANDORRA: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, de 9 de noviembre de 2001
ARGENTINA: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, de 28 de enero de 1997
AUSTRALIA: Convenio entre España y Australia sobre Seguridad Social, de 31 de enero de 2002
BRASIL: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 16 de mayo de 1991
CANADA: Convenio sobre Seguridad Social entre España y Canadá, de 10 de noviembre de 1986
CABO VERDE: Convenio de Seguridad Social entre España y Cabo Verde de 23 de noviembre de 2012
COLOMBIA: Convenio de Seguridad Social entre España y Colombia de 14 de julio de 2011
COREA: Convenio de Seguridad Social entre España y Corea de 14 de julio de 2011
CHILE: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, de 28 de enero de 1997
ECUADOR: Convenio general sobre Seguridad Social entre España y Ecuador, de 1 de abril de 1960
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: Convenio de Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América, de 30 de septiembre de 1986
FILIPINAS: Convenio de Seguridad Social entre España y Filipinas, de 20 de mayo de 1988
JAPÓN: Convenio de Seguridad Social entre España y Japón de 12 de noviembre de 2008
MARRUECOS: Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979
MÉJICO: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, de 25 de abril de 1994

10 países de Sudamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Ecuador, Paraguay, Perú, Portugal y Uruguay). Aunque alguno de esos países aun firmando el convenio multilateral han terminado firmando uno bilateral.

Con la aplicación de los convenios se busca identificar que normativa es de aplicación. La mayoría de ellos se basan en el principio de asimilación de condiciones y de no acumulación de prestaciones. Es decir, unificar los periodos de cotización para obtener una única prestación.

La legislación que se aplica en la mayoría de los convenios es la del país de origen, aunque caben excepciones como en los casos de transporte aéreo o trabajo a bordo de buques. La ley del país de origen también se va a mantener en los desplazamientos, el problema está en que cada convenio es el que regula la duración máxima.

Las prestaciones que se recogen en los convenios no son las mismas, pero si hay algunas que son fijas, incapacidad, muerte y supervivencia y jubilación. La mayoría recogen las de accidente de trabajo y enfermedad profesional. La prestación de desempleo solo queda recogida en dos convenios.

La prestación de incapacidad temporal y de maternidad es reconocida por el país cuya ley se aplica. Para la prestación de incapacidad permanente, muerte y supervivencia hay que determinar cómo se contabilizan los periodos cotizados en otros países. Países como Argentina, Colombia, Chile, Filipinas pueden realizar la totalización de los periodos cotizados en otros países de dos formas distintas, la primera cuando se cumplen con los requisitos para obtener la prestación de un país solo se tendrá en cuenta los periodos cotizados en ese país. La segunda opción es cuando el país tiene en cuenta los periodos cotizados en otros países como si fueran

PARAGUAY: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Paraguay, de 24 de junio de 1998

PERÚ: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, de 16 de junio de 2003

REPÚBLICA DOMINICANA: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana, de 1 de julio de 2004

RUSIA: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la Federación de Rusia, de 11 de abril de 2007

TÚNEZ: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001

UCRANIA: Convenio sobre Seguridad Social entre el Reino de España y Ucrania, de 7 de octubre de 1996

URUGUAY: Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, de 1 de diciembre de 1997

VENEZUELA. Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela, de 12 de mayo de 1988

propios. Por tanto, la prestación se calcula como si fuera un único país, pero el importe va en proporción al tiempo cotizados en cada Estado.

La asistencia sanitaria solo es reconocida por seis países, va en función de la legislación nacional del país donde está asegurado el trabajador.

La prestación de accidente de trabajo y enfermedad profesional no es recogida por todos los países, no es reconocida por Australia, Canadá, Colombia y EE. UU. La legislación que se utiliza para la prestación de enfermedad profesional es la del país donde el trabajador estuviera asegurado durante el tiempo en que se desarrolla la actividad en la que se origina la enfermedad. En el caso de un agravamiento de la enfermedad cada convenio aplica una cosa. Hay algunos convenios, como por ejemplo el de Filipinas o Rusia que dicen que se hará cargo de la prestación el Estado que concede la prestación siempre y cuando el trabajador no este prestando servicios en otro Estado. Si el agravamiento de la enfermedad es causa por la actividad que se realiza en un segundo Estado será este el que se encargue del pago de la diferencia entre lo que va a cobrar el trabajador con el agravamiento y la prestación que tendría en ese nuevo país pero sin el agravamiento.

La prestación de desempleo queda contemplada solo en dos Convenios, el de Chile y Australia. En el primero, para que se conceda la prestación en el caso de que el trabajador sea trasladado a otro país es necesario que el segundo país tenga la cobertura por desempleo. En el caso de Australia, solo se aplica la prestación a los trabajadores que se les aplica la legislación española. Además, es necesario que el trabajador resida en España para poder cobrar la prestación.

En cuanto al Convenio Multilateral hay que tener en cuenta que no desplaza los convenios bilaterales, sino que será de aplicación la legislación más favorable. Para decidir que legislación se aplica es necesario comprobarla en cada materia. En el Convenio se recoge la regla general de aplicación, es decir, se aplica la legislación de origen. En los casos de que las condiciones de trabajo sean muy especiales como por ejemplo misiones diplomáticas o personal de empresas de transporte, así como para los desplazamientos temporales se aplicará la legislación del país de origen.

En cuanto a la temporalidad del desplazamiento para que se considere temporal es necesario que tenga una duración de doce meses con la posibilidad de una prórroga de otros doce siempre y cuando exista el consentimiento del Estado en que se desarrolla la actividad. En el caso de trabajadores autónomos la duración máxima será de doce meses, pero sin posibilidades de prórroga. Además, existe la condición

de que el trabajador no podrá retornar al país de destino si no han transcurrido doce meses desde que termino el desplazamiento anterior.

En cuanto a la temporalidad prevista por el Convenio Multilateral no se aplica para los países Argentina y Chile ya que en sus convenios bilaterales ofrecen mejores condiciones con unos plazos más amplios.

Las prestaciones que cubre este Convenio son las de invalidez, vejez, supervivencia, accidente de trabajo y enfermedad profesional, pero en el caso de que haya alguna prestación que cubre un convenio bilateral que este excluida del Multilateral será de aplicación a los trabajadores que queden afectados por el convenio.

Para poder hacer el cálculo de la prestación se tendrá en cuenta el art. 13 del convenio, cada Estado calculara la prestación en función de lo cotizado en ese mismo país, cuando no se alcance el periodo para acceder a la prestación entonces se contabilizarán las cotizaciones de los demás Estados como si hubieses sido las del país que aplica la legislación.

2.2 Convenios especiales

En los casos en los hay un desplazamiento a países fuera de Europa con los que no existe lo visto en el apartado anterior¹⁹, hay que ver lo establecido por la legislación de Seguridad Social tanto española como la del país de destino.

Los trabajadores que se encuentran desplazados a estos países tienen la condición de asimilado al alta, tal y como indica la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982.

Hay dos excepciones en las que no será de aplicación lo dispuesto en la Orden Ministerial, la primera es que no se aplica en los casos en los que el desplazamiento se realiza a países con los que hay firmado un acuerdo bilateral que contempla el mantenimiento de la cobertura de Seguridad Social en España. La segunda excepción es para los casos en los que existe un convenio bilateral en el que se aplica la

¹⁹ ALONSO-OLEA GARCIA, B.: *Trabajador Expatriado y Seguridad social*, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs.. 305 y ss. Y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 125 y ss

legislación de Seguridad Social del país de destino, pero se mantiene la situación de asimilado al alta en España para cubrir las contingencias que quedan fuera del ámbito de aplicación de la legislación del país de destino.

Los trabajadores que se encuentran en situación de asimilada al alta se beneficiaran de los establecido por el Régimen de Seguridad Social española.

En cuanto a las prestaciones, en el caso de la asistencia sanitaria e incapacidad temporal la empresa se debe hacer cargo de los gastos iniciales, a posteriori la entidad gestoría procederá al reembolso de esa cantidad.

Para continuar con la cotización y las coberturas de Seguridad Social española existe la posibilidad de firmar un convenio especial, suele ocurrir en los casos en los que el trabajador ya no esta sujeto a la legislación española pero no quiere perder la posibilidad de recibir posibles prestaciones en el futuro por lo tanto se mantiene la cotización en España.

La suscripción de un convenio especial no es posible en los casos en los que existe un convenio bilateral ni norma de coordinación.

A la hora de suscribir un convenio especial hay que tener en cuenta aspectos como los periodos cotizados anteriormente a la hora de hacer el cálculo de una prestación.

Para poder llevar a cabo un convenio especial hay que tener en cuenta la Orden Ministerial TASS 2865/2003 que contiene la regulación específica para este tipo de convenios. Esta Orden impone unos requisitos mínimos, es necesario que el trabajador desplazado para prestar servicios a otro país se haya pasado de la plaza máxima establecido por la legislación, por ejemplo veinticuatro meses en los casos de desplazamiento a Europa.

V. CONCLUSIÓN

El Reglamento de Roma I establece como reglas de conflicto: la ley pactada, la ley del lugar habitual, la ley del establecimiento y la del vínculo más estrecho. A las partes se les permite elegir que normativa será de aplicación siempre y cuando se respeten las normas imperativas. En defecto de pacto se aplicará la ley del lugar habitual, la elección del lugar habitual puede traer problemas en los que la elección del país es entre varios. En los casos en los que no es posible identificar cual es el lugar habitual será de aplicación la ley del país donde se encuentra el establecimiento para garantizar la identificación de una normativa por si no se detecta el lugar habitual. La legislación del lugar con vinculo más estrecho se puede aplicar con independencia de si se conoce el lugar habitual, ya que va en función de la proximidad entre el contrato y la prestación de servicios.

Los problemas se presentan en la práctica porque no siempre resulta fácil determinar los elementos que ayuden a concretar cuál es el lugar habitual de servicios o el de los vínculos más estrechos. Especialmente difíciles son los casos en los que el desplazamiento se prolonga en el tiempo o en los que se trata de prestaciones de servicio en el marco del transporte.

Cuando los desplazamientos tengan carácter temporal y se produzcan en Europa hemos de tener en cuenta la Directiva 96/71, que tiene como objeto homogeneizar el nivel de protección, pero realmente no lo consigue. A raíz del déficit que tiene esta normativa surgen distintos problemas, uno de ellos son las prácticas fraudulentas que llevan a cabo algunas empresas. Estas empresas contratan a personas para desplazarlas con condiciones inferiores a las que le correspondería.

Con motivo de las practicas fraudulenta que surgen a raíz de la Directiva 96/71 se aprueba la Directiva 2014/67/UE, con esta nueva Directiva las empresas que contratan tienen a su disposición toda la información relativa del trabajador desplazado como por ejemplo las condiciones de trabajo o la copia del contrato. Lo que busca es que haya una cooperación entre los distintos países afectados por el desplazamiento, esto queda reflejado en el art. 7 de esta Directiva, hace responsable de la verificación de las condiciones en las que se encuentra el trabajador desplazado a las autoridades del país de acogida. Esta Directiva intenta luchar contras las empresas buzón que buscan pagar menos de los que establece la legislación, esto es a través de evaluaciones.

Para resolver los problemas derivados de la Directiva 96/71 surge la propuesta de modificación por parte de la Comisión en 2016. La Comisión considera que es necesario hacer un cambio del término de “cuantía de salario mínimo” por remuneración ya que este reduciría la brecha salarial que existe entre los locales y los desplazados. El término de remuneración englobaría conceptos que en el anterior no estarían ya que impondría elementos de obligado cumplimiento como por ejemplo la antigüedad. Otro punto que trata la propuesta es la temporalidad de los desplazamientos, en la Directiva 96/71 no se define exactamente que se considera desplazamiento temporal por lo que se decide poner el tope de 24 meses, esto va unido al problema de que país se considera lugar habitual y por lo tanto la legislación que es de aplicación. En el caso de superar el tiempo establecido el país de acogida se convierte en el lugar habitual de prestación de servicios por lo que será la legislación de ese país la que se aplica.

Además de los aspectos puramente contractuales también hay que tener en cuenta lo relativo al régimen de Seguridad Social que se aplica. Hay que diferenciar entre desplazamiento dentro de UE y fuera de ella. En el caso Europa hay que aplicar el Reglamento 883/2009. En los casos en el que el desplazamiento es a países no pertenecientes a la UE hay que ver si existen o no acuerdos bilaterales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social entre los países implicados, en el caso de que no exista convenio, en el caso de que no exista convenio hay que tener en cuenta normas específicas de cobertura. El Reglamento se utiliza para conocer que legislación se aplica, obliga a que haya una única legislación aplicable tanto para la cotización como para la recepción de una prestación y la prohibición de una discriminación de trato. Por regla general se aplica la legislación del país en el que se presta servicio, pero hay excepciones que permiten mantener la legislación española.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: “*Trabajadores en el extranjero (desplazados y expatriados) Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*”, Dossier practico, Francis Lefebvre, 2002
- ALONSO-OLEA GARCIA, B.: *Trabajador Expatriado y Seguridad social*, Aranzadi, Pamplona, 2017.
- CALVO CARACAVA, A y CARRASCOSA GONZALEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Comares, Vol. II, 2017 (17ª ed.).
- CARRILLO POZO, L.F., “*La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: El reglamento de roma I*”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, numº 132, 2017.
- LORENTE MARTINEZ, I.: “*Convenio de Roma 1980 y Reglamento de Roma I. Ley aplicable a las obligaciones contractuales* “*Cuaderno de Derecho Transaccional*”, Vol. 7, num. 1, Marzo 2015.
- MATORRAS DIAZ-CANEJA, A “*La expatriación de trabajadores*”, (SANCHEZ-CERVERA VALDES, J.A Y MATORRAS DIAZ-CANEJA, A., Dir.): *Aspectos jurídico-laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

VII. ANEXO JURISPRUDENCIA

STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10

STJUE de 15 de diciembre de 2011, asunto C-384/10

STJUE de 12 de septiembre de 2013, asunto C-64/12

STJUE de 14 de septiembre de 2017, asunto C-168/16 y C-169/16