

# La nueva inmigración: desplazamientos transnacionales de trabajadores por empresas de trabajo temporal

**Manuel González Rendón**

PROFESOR TITULAR DE ORGANIZACIÓN DE EMPRESAS

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

**F.J. Calvo Gallego**

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo**

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

UNIVERSIDAD DE HUELVA

## 1. Introducción: objetivos de la comunicación<sup>144</sup>

Cuando se habla de “inmigración” se hace referencia a un fenómeno de una enorme complejidad, con múltiples facetas y manifestaciones. Ello es cierto incluso cuando se adopta una perspectiva estrictamente jurídica, como es la que corresponde a esta mesa temática, y por ende a la comunicación que ahora se presenta. Incluso cuando se utiliza un concepto legal o jurídico de inmigración, que en principio parece referirse a una única realidad o práctica, pronto se observa como en realidad el Derecho incluye dentro de esta categoría a una pluralidad de supuestos, caracterizados por un elemento común, la integración de personas originarias de un Estado en el mercado de trabajo de otro. Pero compartiendo este mismo elemento integrador se pueden distinguir multitud de situaciones, cada una de las cuales recibe un tratamiento jurídico diferenciado. Así, no es desde el punto de vista del Derecho el mismo caso el de un trabajador nacional de un Estado que entra con fines laborales en otro Estado con el que no existe ninguna relación jurídica particular, que el del que se traslada entre Estados que forman parte de un espacio económico integrado; el del trabajador que se desplaza a otro mercado de trabajo a la búsqueda de un empleo, que

144 Esta comunicación se enmarca en una línea de investigación iniciada por sus autores con motivo de la elaboración de un informe, por encargo de la Consejería de Trabajo e Industria de la Junta de Andalucía, sobre “El impacto de las empresas de trabajo temporal en el mercado de trabajo de Andalucía”; este informe, previsto en el Plan Andaluz por el Empleo, será próximamente publicado en la Colección Andaluza de Relaciones Laborales de la Editorial Tecnos, incorporando algunos aspectos de la presente comunicación.

el que lo hace para aceptar una oferta de trabajo ya realizada por un empleador del Estado de recepción. El Derecho suele darle en general la calificación y el tratamiento de inmigración incluso a situaciones relacionadas con la movilidad por motivos laborales, pero que en principio no se incluirían per se en esta categoría: así, el regreso del inmigrante a su Estado de origen al final del período de empleo; o la reunificación de la familia del trabajador migrante.

El objeto de esta comunicación es presentar un supuesto particular de movilidad laboral transnacional, los desplazamientos temporales de trabajadores por empresas de trabajo temporal, y señalar los principales problemas que presenta desde el punto de vista del Derecho. Nos referimos a lo que técnicamente sería calificable como una puesta a disposición internacional de mano de obra, en la que una empresa de trabajo temporal (en adelante ETT), contrata a unos trabajadores para cederlos a una empresa usuaria establecida en el territorio de otro Estado. La elección de este tema de estudio se justifica desde varios puntos de vista: se trata de un supuesto alejado de lo que convencionalmente tiende a ser considerado como inmigración, la movilidad de trabajadores a la búsqueda de empleo, si bien es a nuestro juicio no es más que una modalidad de ésta; plantea problemas jurídicos delicados, pues en su regulación se mezclan sectores del ordenamiento jurídico tan diversos como el Derecho Internacional Privado, el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social, encontrándose sus fuentes de regulación tanto en el Estado como en la Unión Europea; ha sido objeto de atención creciente por parte de los operadores jurídicos, particularmente en el ámbito de la Unión Europea; y, por último, se trata de una materia cuya regulación en España se plantea como inmediata, toda vez que existe un Anteproyecto de Ley dedicado a este supuesto de inmigración cuya aprobación parece ser será inmediatamente tras el verano. Este Anteproyecto, como veremos, no es de aplicación exclusiva a las ETT, pero es indudable que éstas plantean problemas particulares cuando de desplazamientos transnacionales se trata. Coincide la regulación de las puestas a disposiciones internacionales de trabajadores, además, con una reciente reforma de la ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (en adelante LETT), lo que plantea problemas adicionales de coordinación entre diversos textos legislativos.

Todas estas razones nos llevan a considerar el tema de los desplazamientos temporales de trabajadores por empresas de trabajo temporal como un objeto adecuado de atención, en particular en el marco de unas jornadas como éstas, dedicadas al estudio de la inmigración desde una perspectiva amplia, abierta y pluridisciplinar. Dada la complejidad del problema que analizamos, y las limitaciones que una comunicación de este tipo nos impone, nos fijamos un objetivo modesto: tan solo presentar el problema, señalando sus líneas esenciales y sus fuentes de regulación; así como realizar un primer análisis de su regulación en el anteproyecto de ley de desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (en adelante ALDT).

## 2. Los desplazamientos transnacionales de trabajadores

### 2.1. La actitud tradicional del Estado ante el fenómeno de la inmigración

No es éste lugar para analizar en detalle el Derecho de las migraciones, que se ha convertido ya a estas alturas en una rama del ordenamiento jurídico donde confluyen reglas y normas que en principio corresponderían a varios de los sectores en los que tradicionalmente se ha dividido la ciencia jurídica: Derecho del Trabajo, por supuesto, pero también Derecho de la Seguridad Social, Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, Derecho Administrativo, Derecho Penal, etc. Lo que sí cabe afirmar es que esta regulación persigue unos objetivos muy claros, a modo de principios que inspiran toda la regulación y que a veces pueden resultar contradictorios entre sí. En concreto se pueden identificar dos grandes principios que han guiado la actuación del Estado en materia de movimientos migratorios:

- de un lado, el control del mercado nacional de trabajo, para el que la inmigración supone la entrada de trabajadores provenientes de otro mercado de trabajo. Esta entrada puede tener efectos considerados nocivos por el Estado: mayor competencia en el mercado de trabajo, en perjuicio de los trabajadores nacionales; descontrol sobre esta nueva población activa; mestizaje cultural y/o racial considerado inadecuado; incremento del gasto en protección social para una población no nacional; mayores gastos sociales por la unificación de las familias migrantes.... El Estado quiere reservarse para sí el control de la población que habitará en su territorio, y la inmigración supone, junto a las catástrofes humanitarias, la principal causa de flujos poblacionales; y quiere también controlar el flujo de personas en el mercado de trabajo.
- de otro, la garantía del estatuto jurídico del trabajador migrante. Este se encuentra en una situación de particular desprotección que le hace acreedor de un tratamiento legal específico: lejos de su propio Estado, reside en el territorio del que no es ciudadano, cuya lengua y cultura puede desconocer; puede encontrarse en una situación de ilegalidad; incluso siendo legal, puede estar fuera del sistema de protección social del Estado de acogida.

Una y otra finalidad se justifican fácilmente, a la luz de las características del fenómeno migratorio y la pluralidad de intereses en juego. En este caso, la complejidad de intereses tradicional de las relaciones laborales se ve complicada aún más por la introducción de un nuevo colectivo, el de trabajadores migrantes, que pueden tener también sus organizaciones, y que pueden tener intereses distintos cuando no opuestos a los de los trabajadores nacionales. La postura de los sujetos empresariales frente a este colectivo varía, aunque pueden llegar a ser utilizados por éstos como un mecanismo de desequilibrio del mercado de trabajo en perjuicio de las organizaciones sindicales nacionales. Es, como siempre, el Estado el que tiene que arbitrar el equilibrio entre los distintos intereses, en función de la capacidad de cada uno de los

colectivos implicados, y de los objetivos de política del Derecho propios de cada uno. Con este colectivo de trabajadores migrantes se produce una peculiaridad, y ésta es que presenta particulares problemas de representación, en cuanto no forman parte de pleno derecho de la comunidad política, suelen estar infrarrepresentados en las organizaciones sindicales, y, en muchos casos, se insertan en el mercado de trabajo en sectores de la economía en los que no funcionan los cauces ordinarios de representación de intereses. Esto determina que muchos de los instrumentos tradicionales de tutela en el sistema político y en el de relaciones laborales resulten inadecuados o insuficientes para la defensa de sus intereses.

## 2.2. Definición de desplazamiento temporal de trabajadores

Cuando se habla de desplazamiento temporal de trabajadores se está haciendo referencia a un fenómeno de movilidad internacional de la mano de obra que presenta unas peculiaridades muy marcadas en relación con los supuestos tradicionales de inmigración. Se producen cuando una empresa traslada a su personal de forma temporal al territorio de otro Estado, para poder prestar en éste sus servicios. En estos desplazamientos los trabajadores no entran en el territorio de otro Estado a la búsqueda de un empleo, o para responder a una oferta de trabajo. Por el contrario se trata de trabajadores ya contratados, y es en ejecución de un contrato de trabajo preexistente que se trasladan al territorio de otro Estado. LYON-CAEN ha dicho, por ello, que es una "movilidad en el empleo", y no una movilidad por el empleo. Es, además, una movilidad que no se produce por iniciativa del trabajador, sino que ésta es de la empresa; el trabajador se limita a obedecer las órdenes de desplazamiento que la empresa dispone. Se trata, también, de una movilidad claramente temporal, para la realización de una obra o servicio determinado, que se agota en su prestación y que provoca a su finalización el retorno del trabajador; es por ello que no suele producir los problemas de reagrupamiento familiar que otros tipos de inmigración plantean.

Existe, con todo, una nota en este tipo de desplazamientos que constituye a nuestro juicio el elemento más decisivo desde el punto de vista de su régimen jurídico: se trata de una movilidad instrumental; esto es, que no es un fin en sí mismo, no tiene como objetivo final la entrada de trabajadores en el mercado de trabajo de otro Estado. Por el contrario, sirve para la consecución de un fin distinto, que es el que en última instancia lo justifica. Este fin es que la empresa que emplea al trabajador pueda desarrollar su actividad en el territorio de otro Estado; tal fin no sería posible si la empresa no pudiera desplazar a sus trabajadores al Estado en el que pretende operar, puesto que la empresa en tanto organización productiva incluye necesariamente su capital humano.

Este carácter instrumental produce importantes consecuencias en el plano jurídico, en particular cuando esta prestación de servicios empresariales en otros Estados recibe una particular protección por el Derecho en aquellas organizaciones suprana-

cionales que han establecido la integración de sus mercados como uno de sus objetivos a lograr. Este es claramente el caso de la Comunidad Europea, proyecto basado en la realización de un mercado común en el que las empresas pueden operar libremente, ofreciendo sus servicios en la totalidad del territorio de éste con independencia de su nacionalidad. Este principio económico de ampliación de los mercados de servicios hasta una dimensión europea se articula jurídicamente mediante la libertad de prestación de servicios y la libertad de establecimiento, que abre las fronteras económicas a las empresas que prestan éstos.

Los desplazamientos temporales de trabajadores inciden en los dos aspectos que el Estado pretende garantizar en su tratamiento de los movimientos migratorios. De un lado, se produce una movilidad internacional de trabajadores, con las posibles consecuencias negativas para ellos ya señaladas. Por otro, se produce en el Estado de acogida una entrada de trabajadores que, por haber sido contratados en el territorio de otro Estado, disfrutan de unas condiciones de trabajo diferentes a las de los trabajadores nacionales de aquél; lo que puede provocar, también, distorsiones en la competencia en la medida en que diferentes condiciones de trabajo generan diferentes costes laborales, y por ende diferentes costes de producción. Aquí no se trata tan sólo de una posible competencia entre trabajadores nacionales y extranjeros; la competencia se produce también entre empresas. A los objetivos tradicionales de la intervención estatal en los fenómenos migratorios se une otro, que poco tiene que ver con finalidades o preocupaciones sociales: la ordenación del mercado interior de servicios, de modo tal que las posibilidades de alteración de costes que los desplazamientos suponen no provoquen distorsiones de la competencia en los mercados internos de los Estados en los que éstos servicios se presten. Esta finalidad de defensa de la competencia, como era previsible, llama a una intervención reguladora de la Comunidad Europea.

Además, los desplazamientos temporales de trabajadores, en cuanto instrumentales que son, inciden en otra tendencia de política del Derecho Europeo que poco tiene que ver con cuestiones laborales: la garantía de las libertades económicas comunitarias. Esto es, que a la hora de regular estos fenómenos habrá de tenerse en cuenta que cualquier regulación que se establezca no podrá tener como efecto, directo o indirecto, limitar el derecho de las empresas a ofrecer sus servicios en el territorio de otro Estado miembro. Aparece aquí un nuevo objetivo legislativo, en clara contraposición con los tradicionales de defensa del estatuto jurídico del trabajador y de control del mercado de trabajo; y en cuanto contrapuesto deberá ser equilibrado con éstos. Esto hace que en la cuestión de los desplazamientos temporales de trabajadores se produzca una mezcla de finalidades económicas y sociales característica del Derecho Europeo, pero sin parangón en los ordenamientos nacionales. No es ya equilibrar las prioridades de trabajadores y empresarios, como es común en el Derecho del Trabajo; se trata de combinar libertades empresariales comunitarias y objetivos sociales, en una construcción jurídica técnicamente difícil.

Este tipo de desplazamientos ha llamado la atención de los estudiosos de las relaciones laborales en los últimos tiempos<sup>145</sup> no sólo por los potenciales efectos de distorsiones de la competencia que provocan. También por el incremento de su importancia, en el marco de una Europa en la que los costes laborales todavía presentan grandes variaciones entre los distintos Estados miembros. Y en el marco, también, de un proceso generalizado de descentralización productiva que hace que los supuestos de prestación de servicios entre empresas se hayan convertido en la forma natural de organizar la producción. Pero la principal causa de esta atención es la constatación de la falta de instrumentos normativos adecuados para hacer frente a estos problemas, incluso en un momento en el que se ha producido ya una cierta codificación del Derecho Internacional Privado en materia de obligaciones contractuales. No había, a principios de los noventa, instrumentos jurídicos para evitar los problemas derivados de los desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea; y no los había en el ámbito natural para solucionar éstos, el Derecho Comunitario, dado que los distintos Derechos nacionales no podían pretender ofrecer una solución adecuada a un problema que es por definición supranacional.

Tras unas primeras soluciones, parciales e insuficientes, ofrecidas por el Tribunal de Justicia en sentencias como la famosa RUSH PORTUGUESA<sup>146</sup>, la Comunidad Europea procedió a intervenir mediante la aprobación de la directiva 96/71/CE, de 12 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios<sup>147</sup>, que constituye hasta la fecha el texto fundamental en esta materia. La directiva parte de la constatación de la realidad de estos despla-

mientos temporales de trabajadores por iniciativa de sus empresas en el mercado europeo de los noventa: "la realización del mercado interior ofrece un entorno dinámico para la prestación de servicios transnacional al invitar a un número cada vez mayor de empresas a desplazar a sus trabajadores temporalmente para trabajar en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado en que trabajan habitualmente".

El objetivo de esta Directiva es asegurar la aplicación por cada Estado del núcleo de su legislación laboral también a los trabajadores que se encuentran prestando temporalmente sus servicios en su territorio, por iniciativa de sus empleadores en uso de la libertad de circulación de servicios. Esto es, se identifica lo que la Comisión denominaba en los trabajos preparatorios de la directiva como "núcleo duro" del Derecho del Trabajo vigente en cada Estado miembro, lo más esencial de las condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores empleados en éste; y se aseguraba que éstas se aplicaran igualmente a los trabajadores que fueran desplazados temporalmente al territorio del Estado por sus empresas. En otras palabras, que a partir de la entrada en vigor de la directiva existe en cada Estado miembro una especie de "orden público laboral", formado por su normativa laboral aplicable a los contenidos esenciales de la relación de trabajo. Y que éste se aplicará a todos los trabajadores que presten sus servicios en el territorio del Estado, con independencia de que lo hagan permanente o temporalmente, para empresas establecidas en el Estado o desplazados por empresas situadas fuera de éste.

Según señala su artículo 1º, la Directiva se aplicará "a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores (...) en el territorio de un Estado miembro"; a con-

145 Sobre estos problemas existe también en nuestra doctrina una cierta cantidad de material, entre el que podemos citar el fundamental de M.E. CASAS BAAMONDE, "Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios", en A.A.V.V., *El espacio social europeo*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1991, pg. 83 sigts.; de la misma autora, "Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma", *Relaciones Laborales*, tomo 1994-I, pg. 3 sigts; también F.J. CARRASCOSA GONZÁLEZ & M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Desplazamientos temporales de trabajadores y legislación aplicable al contrato de trabajo", *Relaciones Laborales*, tomo 1993-II, pg. 384 sigts; así como W. DAUBLER, "La directiva relativa al desplazamiento de trabajadores: ¿un instrumento para protegerse del dumping social?", *Revista de Treball*, nº. 24, 1994, pg. 81 sigts. También desde el punto de vista específico de las ETT se había analizado esta cuestión: véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cesión de Trabajadores y Empresas de Trabajo Temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pg. 226 sigts.

146 Sentencia del TJCE de 27 de marzo de 1990, asunto C-113/89. Para un estudio contextualizado de esta sentencia, véase C.J. MOREIRO GONZÁLEZ & M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el mercado de trabajo", *Documentación Laboral*, nº 40, 1993, pg. 95.

147 Empieza a haber ya una cierta bibliografía sobre esta directiva; podemos citar, entre otros, los trabajos de G.G. BALANDI, "La direttiva sul distacco di lavoratori all'estero", en V.V.A.A., *Scritti in onore*

di G.F. Mancini, Milán, 1998; P. DAVIES, "Posted workers: single market or protection national labour law systems?", *Common Market Law Review*, nº 34, 1997, pg. 571 sigts.; J. DRUHER & I. DUPRE, "The posting of workers directive and employment regulation in the European Construction Industry", *European Journal of Industrial Relations*, nº 3, 1998, pg. 309 sigts.; W. EICHHORST, *European Social Policy between National and Supranational Regulation: Posted Workers in the Framework of Liberalized Services Provision*, Working Paper no 98/6 del Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Colonia, 1998; P. JUÁREZ, "El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado", *Relaciones Laborales*, nº 7, 1999, pg. 70 sigts.; E. MARTINA, *Posted workers and parental leave: two cases of EC social policy making in Austria*, Working Paper del Institut für Staats- and Politikwissenschaft, Universidad de Viena, 1997; F. MEYER, "Libre circulation des travailleurs et libre prestation du services (à propos de la directive détachement du travailleur)", *Revue Internationale de Droit Economique*, nº. 1, 1998, pg. 57 sigts; M.A. MOREAU, "Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne", *Journal de Droit International*, nº. 4, 1996, pg. 889 sigts.; A. OJEDA AVILÉS, "Negociación colectiva europea y trabajadores desplazados. Comentarios a la directiva 96/71/CE", *Aranzadi Social*, tomo 1997-V, pg. 49; R. SMITH & C. VILLIERS, "Protecting internationally posted workers", *The Juridical Review*, no. 3, 1996, pg. 167 sigts;

tinuación se señalan tres supuestos de desplazamientos a los que se aplicará la directiva: subcontratación, empresas de trabajo temporal y grupos de empresas. En esta comunicación nos ocuparemos tan sólo de uno de estos supuestos, lo que la directiva denomina con una terminología bastante bárbara como "agencias de trabajo interino", y que nosotros conocemos por ETT.

Esta directiva presenta notables particularidades frente al resto de las laborales conocidas hasta la fecha. Si quiera por su objeto, que es el de establecer reglas solucionar un supuesto concreto de conflicto de leyes, con lo que su objeto sería más encuadrable en el Derecho Internacional Privado que en el Derecho del Trabajo. Pero también por las finalidades que persigue, que no son ya las clásicas de las directivas laborales (protección de los trabajadores y evitar distorsiones de la competencia), sino que a éstas se une una nueva, la de facilitar a las empresas comunitarias el ejercicio de sus libertades económicas. La "infiltración del Derecho del Trabajo por el Derecho de la Economía" que desde hace tiempo se viene denunciando desde distintos sectores económicos se manifiesta aquí con suma claridad.

### 3. La trasposición de la directiva 96/71/CE en el Derecho español

El legislador español se ha visto enfrentado a la necesidad de trasponer la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo "sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios", de 16 de diciembre de 1996, norma cuyo plazo de trasposición terminaba el 16 de diciembre de 1999<sup>148</sup>. Para ello ha elaborado un Anteproyecto de Ley, que ha sido ya enviado al Consejo Económico y Social<sup>149</sup> y al Consejo de Estado, cuya tramitación parlamentaria se prevé para el momento de reanudación de la actividad del Parlamento tras las vacaciones estivales. Nos encontramos, por ello, ante una reforma en ciernes, y trabajaremos con un texto de la norma que aún no es definitivo, si bien es previsible que no sufra modificaciones de importancia a lo largo de su tramitación parlamentaria.

Nuestro legislador laboral se ha tomado el tema con bastante tranquilidad, teniendo en cuenta que ha esperado hasta prácticamente seis meses antes de la terminación del plazo para de trasposición para presentar el Anteproyecto, lo que le obliga a actuar con cierta premura. Esta necesidad de cumplir un plazo de trasposición predeterminado explica, entre otras cosas, que se haya optado por incluir en este Anteproyecto una nueva reforma de la Ley 14/1994, en lugar de hacerlo en su lugar

148 Según disponía el artículo 7 de la directiva.

149 Dictamen 10/99, aprobado en Sesión Extraordinaria del Pleno del Consejo Económico y Social de 9 de junio de 1999.

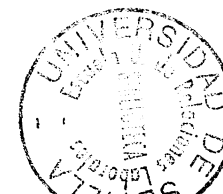
natural, el proceso de reforma de esta ley iniciado a finales de 1999. Nos encontramos, en realidad, ante dos procesos de reforma paralelos e independientes, cada uno de los cuales obedece a razones diferentes, internas en un caso, y comunitarias en el otro. La existencia de un plazo determinado para dar cumplimiento al segundo de estos procesos de reforma, lo que no ocurría en el primero, explica que se optara por dar curso a cada uno de ellos por separado, particularmente cuando el proceso de reforma de origen interno se presentaba difícil y con un éxito incierto; mientras que la implementación de la directiva 96/71 no parecía provocar en principio mayores dificultades. Como siempre, lo ocurrido nada tiene que ver con lo previsto: la reforma de la Ley 14/1994 iniciada en el Parlamento culminó en julio de este año con la aprobación de la ley 29/1999, que así precedió a la reforma "europea", que precisamente era la única que tenía un plazo preclusivo para su aprobación. Las paradojas del proceso legislativo. El caso es que, a pesar de todos los plazos, tendremos que trabajar con el borrador de "Anteproyecto de Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional", de mayo de 1999 (en adelante ALDT).

#### 3.1. Ámbito de aplicación del ALDT

La delimitación del ámbito de aplicación del ALDT se realiza mediante la interacción de dos de sus preceptos, los artículos 1 y 2. El artículo 1 del ALDT recoge lo que el legislador denomina como "objeto" de su regulación, afirmando que *"la presente Ley tiene por objeto establecer las condiciones de trabajo que los empresarios deben garantizar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo"*. Lo que viene a indicar que el ALDT presta atención tan sólo a uno de los posibles supuestos de desplazamientos temporales de trabajadores, aquellos que resultan en la entrada del trabajador en territorio español; esto es, aquellas prestaciones de servicios que se traducen en la "importación" de trabajadores procedentes de otros Estados.

El artículo 2, siguiendo de cerca la técnica legislativa de la directiva, enumera los distintos supuestos de prestación de servicios transnacional que darán lugar a la aplicación del ALDT; para ello ofrece una definición de lo que deba entenderse por este "desplazamiento en el marco de una prestación de servicios"; así, se entiende por éste el desplazamiento *"efectuado por las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley durante un período limitado de tiempo en cualquiera de los siguientes supuestos:*

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



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

Así, desde un punto de vista funcional se delimita una pluralidad de supuestos que comparten como elemento común su carácter transfronterizo, ya que en todos los casos la empresa que utiliza los servicios se encuentra en un Estado distinto del de establecimiento de la que los presta; territorialmente, lo determinante de la aplicación del ALDT es que la empresa que presta los servicios se encuentre situado en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (en adelante EEE)<sup>150</sup>, y la empresa usuaria en territorio español. Ello por mandato del artículo 1.2 del ALDT, según el cual la ley *"será de aplicación a las empresas establecidas en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, públicas o privadas y de cualquier rama o sector de actividad, que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, con exclusión de las empresas de la marina mercante respecto de su personal navegante"*.

Este primer acercamiento a la delimitación del ámbito de aplicación del ALDT es, sin embargo, falso, pues inmediatamente la misma Ley se ocupa de ampliar los supuestos regulados por ella; en concreto se producen las siguientes aplicaciones:

- En primer lugar, se entiende incluido dentro del ámbito de aplicación del ALDT el supuesto de un *"trabajador de una empresa de trabajo temporal puesto a disposición de una empresa usuaria en el extranjero y desplazado territorialmente por ésta a España, en el marco de una prestación de servicios transnacional"* (art. 2.2); esto es, que el elemento transfronterizo no se produce en la puesta a disposición en sí, sino en la utilización del trabajador por la empresa usuaria, que será por definición extranjera y prestadora de servicios a una empresa establecida en España.
- En segundo lugar, la Disposición Adicional Primera del ALDT contiene el régimen jurídico de aplicación a los *"desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuados por empresas establecidas en España"*; esto es, que el ALDT contiene también la regulación de la prestación de servicios transfronterizas por parte de empresas establecidas en España, con lo que el elemento de internacionalidad sería justo el contrario del previsto por su artículo primero. En este supuesto se incluiría, por mandato del artículo 2.1.1º.c, la puesta a disposición de trabajadores por parte de ETT, en este caso españolas, a empresas usuarias, en este caso establecidas fuera de nuestro país.

150 Un estudio de los aspectos laborales del EEE en J. GARCÍA MURCIA, "Aspectos sociales en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo", *Derecho de los Negocios*, no. 44, 1994, pg. 36 sigts.

- En tercer lugar, y desde el punto de vista territorial, la Disposición Adicional Tercera amplía una vez más el ámbito de aplicación del ALDT, al establecer que *"las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a las empresas establecidas en Estados distintos de los previstos en el artículo 1.2 de la presente Ley en la medida en que tales empresas puedan prestar servicios en España en virtud de los establecido en los Convenios internacionales que sean de aplicación"*. De lo que se desprende que en realidad el ALDT no se aplica territorialmente a las empresas establecidas en el Espacio Económico Europeo, como señala el artículo 1.2, sino a las de cualquier país que puedan operar legalmente en España; en nuestro caso, a cualquier ETT que, por estar establecida en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o en virtud de un Convenio internacional bilateral o multilateral del que España y el Estado de establecimiento sean parte, pueda prestar sus servicios en territorio español; a salvo, claro está, que el Convenio internacional disponga otra cosa.

Así las cosas, puede afirmarse que el ALDT prevé su aplicación a todos los supuestos de puesta a disposición transfronteriza de trabajadores; o lo que es lo mismo, en los que existe un elemento de internacionalidad. El elemento de conexión, que determina la aplicación de una legislación española como lo es el ALDT, es que una de las dos empresas involucradas, la que presta los servicios o la que los recibe, esté establecida en España. La nacionalidad del trabajador desplazado es irrelevante a efectos de su aplicación: el artículo 2.1.2º del ALDT define al trabajador desplazado como *"el trabajador, cualquiera sea su nacionalidad, de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley desplazado a España durante un período limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional, siempre que exista una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento"*; la Disposición Adicional Primera tampoco considera relevante el dato de la nacionalidad del trabajador a efectos de aplicar su régimen.

El ALDT contiene el régimen jurídico de estas prestaciones de servicios transnacionales, distinguiendo según sea "exportación" o "importación" de servicios; esto es, que el suministro de trabajadores a través de las fronteras españolas se haga en una dirección u otra. En la regulación de estos supuestos resultarán de aplicación sin embargo no sólo las disposiciones del propio ALDT, sino también otros textos normativos vigentes en España, señaladamente, la Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

### 3.2. Las empresas de trabajo temporal en el ALDT

El Anteproyecto afecta a las ETT desde dos puntos de vista; o, mejor dicho, contiene dos regulaciones que resultan de aplicación a las ETT: de un lado, lo que constituye el objeto esencial del texto, la regulación de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, que se aplicará directa-

mente a las ETT en determinadas circunstancias legalmente previstas; de otro, se produce una reforma de la Ley 14/1994, a la que se añade un nuevo capítulo VI, con el título de "Actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal". De ello se ocupa la Disposición Final Primera del ALDT, que lleva por denominación precisamente la de "Modificaciones de la Ley 14/1994". Este capítulo resulta por ello de aplicación a la generalidad de las ETT. Dentro de esta reforma de la Ley 14/1994 hay que distinguir, por último, dos supuestos que el legislador diferencia claramente: la actividad de las ETT de Estados miembros del Espacio Económico Europeo en territorio español, de un lado; y la actividad en el Espacio Económico Europeo de ETT españolas, de otro. Para ello este nuevo capítulo VI se divide en dos secciones, de aplicación respectiva a la "actividad en España de empresas de trabajo temporal del Espacio Económico Europeo", y a la "actividad en Espacio Económico Europeo de empresas de trabajo temporal españolas". En realidad, tanto el ALDT como la Ley 14/1994, con la nueva redacción que resulta, van a aplicarse a ambos casos en todos los supuestos incluidos en su ámbito de aplicación; esto es, trabajadores españoles desplazados por sus empresas al extranjero; y trabajadores extranjeros desplazados por sus empresas a territorio español.

La directiva, como vimos, incluía en su ámbito de aplicación a las ETT (aunque las denominaba erróneamente como empresas de trabajo interino). De la misma manera, el anteproyecto de ley las incluye, como hemos visto, al incluir entre los supuestos de aplicación de sus disposiciones el desplazamiento "efectuado por las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley durante un período limitado de tiempo en cualquiera de los siguientes supuestos: (...) el desplazamiento de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria que este establecida o que ejerza su actividad en España"<sup>151</sup>.

### 3.3. Régimen jurídico de la puesta a disposición de trabajadores en España por parte de ETT extranjeras

#### 3.3.1. Libertad de prestación de servicios de trabajo temporal

El aspecto más importante de este régimen jurídico es el principio de libertad en la prestación de estos servicios; esto es, que las ETT extranjeras pueden operar libremente en España, si son titulares de la libertad de prestación de servicios por su origen geográfico, dentro del cumplimiento de lo dispuesto por el propio ALDT. Así lo expresa el nuevo artículo 22 de la Ley 14/1994, que afirma que

*"Las empresas de trabajo temporal establecidas en otros Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo podrán desplazar libremente a sus trabajadores para su puesta a disposición de empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España".*

Aunque el artículo 22 parece limitar esta posibilidad a las ETT establecidas en el EEE, como vimos la Disposición Adicional Tercera del ALDT ampliaba su régimen –y por tanto la libertad de prestación de servicios de trabajo temporal–, a empresas establecidas en otros países en determinadas circunstancias. Incluso si no nos encontramos en un supuesto de este tipo –una empresa establecida en un Estado que tenga firmado un convenio internacional con España–, no parece que del tenor literal del artículo 22 deba desprenderse necesariamente una prohibición de ETT extranjeras en nuestro país, sino que habrá que estar a otros factores para determinar la posibilidad o no de operar en España.

Este principio de libertad no tendría que haber sido explicitado, en realidad, toda vez que no es una concesión del Derecho español, sino un mero reflejo de la libertad de prestación de servicios reconocida en el Tratado de Roma. Ya en 1981 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tuvo ocasión de afirmar que la noción de "servicios" que aparecía en el entonces artículo 60 del Tratado de Roma podía incluir la puesta a disposición de trabajadores, por ser una actividad profesional que reúne las condiciones establecidas por esta disposición<sup>152</sup>. Más adelante indicó, en una sentencia posterior, que resultaría contrario al Derecho Comunitario que se impidiera o dificultara que las empresas que ejercitan esta libertad desplazarán a sus trabajadores al territorio del Estado en el que estos servicios van a ser efectivamente prestados. De ahí que el principio de libertad de entrada de ETT extranjeras no sea más que una necesaria consecuencia de nuestra pertenencia a la Unión Europea<sup>153</sup>.

El principio de libertad de prestación de servicios de trabajo temporal se ve completado por una paralela libertad de las empresas usuarias para utilizar sus servicios. Así, el nuevo artículo 23 de la Ley 14/1994 indica que

*"las empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España podrán celebrar contratos de puesta a disposición con las empresas de trabajo temporal a que se refiere el artículo 22 cuando éstas, de conformidad con la legislación de su Estado de establecimiento, estén válidamente constituidas y reúnan los requisitos para poner a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, trabajadores por ellas contratados".*

151 Artículo 2.1.c del ALDT.

152 Fue con ocasión de la sentencia de 17-XII-1981, asunto 279/80, JOHN WEBB.

153 Esta vez fue la sentencia de 27-V-1990, asunto C-113/89, RUSH PORTUGUESA.

### 3.3.2. Requisitos para operar en España

El artículo 22.1 ALDT impone, de todas formas, una serie de requisitos para que las ETT extranjeras puedan operar en España. Requisitos que excluyen de acuerdo con la Memoria Explicativa del Anteproyecto, todos aquellos que supongan *“una duplicidad de cargas y de formalidades injustificada”*, para las ETT extranjeras. Esta voluntad legislativa no es más que el reflejo de la doctrina JOHN WEBB. Una exigencia injustificada del cumplimiento de unos requisitos ya cumplidos en su Estado de origen podría resultar contraria al Derecho Europeo. Así lo entiende el legislador laboral español: de acuerdo con la Memoria Explicativa del Anteproyecto, esta exigencia injustificada supondría *“una desventaja frente a los prestadores de servicios establecidos en España y por extensión una restricción de la libertad comunitaria fundamental de prestación de servicios”*. En realidad, si lo que se pretende con la regulación legal de la actividad de las ETT es controlar su actividad y garantizar el tratamiento jurídico de los trabajadores en misión, el que estos mecanismos de control sean cumplidos en el Estado de origen de la ETT asegura en muchos casos el cumplimiento de estos fines, sin que por ello resulte necesario su reiteración en el nuestro. Para facilitar el control del cumplimiento de estos requisitos el artículo 5.4 ALDT, como veremos, establece disposiciones de aplicación específica a las ETT extranjeras que operen en España.

En concreto estos requisitos son:

a) *La empresa de trabajo temporal deberá, de conformidad con la legislación de su Estado de establecimiento, estar válidamente constituida y reunir los requisitos para poner a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.*

Esto es, que la LETT no exige a las ETT extranjeras su constitución como ETT en España, de acuerdo con lo previsto en su propio articulado: autorización administrativa, registro, garantía financiera, etc... Basta con que se haya constituido legalmente en su Estado de origen, de acuerdo con su propia legislación en la materia. En otras palabras, una vez considerada ETT de acuerdo con una legislación nacional, lo será también a efectos de prestar sus servicios en el resto del territorio del EEE. En términos de Derecho Internacional Privado, que se sigue aplicando la ley del lugar de establecimiento y constitución a cada ETT por más que el Derecho comunitario haya ampliado el ámbito de prestación de sus servicios al conjunto del territorio del EEE.

La exigencia de este requisito legal se reitera en el artículo 22 de la ley 14/1994, el que se limita la posibilidad de que las empresas usuarias establecidas en España utilicen los servicios de las ETT extranjeras a que éstas *“estén válidamente constituidas y reúnan los requisitos para poner a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, trabajadores por ellas contratados”*.

b) *El contrato de puesta a disposición entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria, sin perjuicio de la legislación aplicable al mismo, deberá for-*

*malizarse por escrito y adecuarse a lo dispuesto en el Capítulo II de la presente Ley, a excepción de la obligación de formalización en el modelo reglamentariamente establecido.*

Este segundo requisito es de carácter formal, y supone que todo contrato de trabajo de un trabajador enviado en misión por una ETT extranjera a territorio español deberá constar por escrito. Con esto se generaliza el requisito de forma escrita ya previsto por el artículo 10 LETT para los trabajadores en misión de ETT españolas. En otras palabras, que todo trabajador en misión que preste sus servicios a empresas usuarias españolas deberá disponer de un contrato de trabajo escrito, con independencia de la nacionalidad de la ETT que lo emplea. Lo que este artículo está haciendo, en realidad, es aceptar que el régimen de la forma de estos contratos sea el establecido por la legislación que resulte de aplicación a la contratación por la ETT, de acuerdo con la normativa general de Derecho Internacional Privado en materia de contratos de trabajo; normalmente ésta será la del Estado de origen de la ETT, pero es también posible pensar que se aplique la de un tercer Estado (por ejemplo, porque la ETT acuda a éste en busca de trabajadores para enviar a España). De ahí que no se exija la utilización del modelo de contrato reglamentariamente establecido por la legislación española. Y ello porque la contratación de estos trabajadores se produce en el territorio de otro Estado, el de origen de la ETT o cualquier otro; la aplicación de la normativa española en cuanto a la formalización del contrato no parece en consecuencia conveniente. Siempre y cuando esta normativa extranjera imponga la forma escrita, lo que ocurre en la práctica totalidad de los casos; sólo cuando ello no ocurra se producirá una aplicación parcial de la legislación laboral española en derogación de la extranjera: la exigencia de forma escrita.

Por lo demás, este artículo 22 impone la aplicación a las ETT extranjeras del Capítulo II de la propia Ley 14/1994; esto es, el capítulo en el que se regula el contrato de puesta a disposición. Con ello se hace uso de lo dispuesto en el artículo 3.1.d) de la directiva 96/71, que establecía la aplicación de la legislación del Estado en el que se prestaban los servicios en lo relativo a *“las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de empresas de trabajo interino”* (sic). Esta aplicación de la legislación española estaba ya prevista por el artículo 3.2 del ALDT, en la que se afirma que en los supuestos de trabajo temporal transfronterizo en España las ETT extranjeras *“deberán ajustar su actividad a lo establecido para tales supuestos en la Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”*.

Es lógico, puesto que en este Capítulo se determinan cuestiones tales como los supuestos de utilización de las ETT, la duración de las misiones, exclusiones a su uso, etc. Esto supone garantizar un principio de igualdad para las ETT españolas y extranjeras en cuanto a su actuación en el mercado de los servicios de trabajo temporal en España, puesto que ambas podrán ser utilizadas en unos mismos supuestos y bajo unas mismas condiciones. Desde el punto de vista de las empresas usuarias español-



las esta disposición establece un principio de neutralidad en la utilización de los servicios de ETT: el dato de su nacionalidad ni amplía ni limita las posibilidades de uso de una de estas empresas en España. Este principio de neutralidad se garantiza por razones principalmente económicas, para regular la competencia en este mercado, pues así se asegura que todas las ETT operen en unas mismas condiciones<sup>154</sup>.

La aplicación del Capítulo II de la LETT debería suponer también, por supuesto, la aplicación del RD 4/1995, de desarrollo de aquélla, en lo que a este contrato se refiere; sólo que éste RD sólo contiene una disposición específica sobre el contrato de puesta a disposición, el artículo 14, que se dedica precisamente al modelo oficial en el que éste deberá ser recogido. Y es éste modelo el que el artículo 22 excluye de su aplicación.

c) *El contrato de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador que aquélla desplace a España tendrá una duración coincidente, al menos, con la del contrato de puesta a disposición.*

Esta disposición supone aplicar una regla de Derecho laboral español a unos contratos de trabajo celebrados fuera de España; regla que no es de las previstas en el artículo 3.1 ALDT, en el que se contiene una relación de las condiciones de trabajo españolas que serán de aplicación a los trabajadores temporalmente desplazados a España. Es por ello que nos encontramos ante un supuesto especial, específico del supuesto de las ETT, que supone una ampliación de lo dispuesto en el régimen general para los desplazamientos temporales de trabajadores. La nueva previsión legal se aplica, en principio, con carácter supletorio, como medida de seguridad; esto es, tan sólo si el régimen legal aplicable no garantiza una duración mínima coincidente, al menos, con la del contrato de puesta a disposición. El objetivo de esta medida es claro, asegurar una mínima estabilidad para el trabajador desplazado, de manera que éste no va a poder quedar desvinculado de la ETT que lo envía antes de la terminación del contrato de puesta a disposición. Aunque lo ideal, a decir verdad, sería que se hubiera asegurado también el retorno del trabajador en misión a su Estado de origen a la terminación de ésta, cosa que la ley española no asegura. Esta previsión legal puede interpretarse también desde el punto de vista de la protección del mercado de

154 Así lo señala la Memoria Explicativa del Anteproyecto de LDT: *"tégase en cuenta que si se aplica sin más la ley extranjera que rija el contrato de puesta a disposición, además de conculcar la normativa española sobre condiciones de suministro de la mano de obra en cuanto materia del orden público laboral, podrían producirse situaciones de competencia desleal, al originarse una ventaja comparativa a favor de las empresas de trabajo temporal establecidas en otro Estado del EEE a las que se permitiese celebrar contratos de puesta a disposición con empresas usuarias establecidas o que ejercen su actividad en España para supuestos distintos de los fijados con carácter taxativo por la normativa española"*. En pg. 30 de la Memoria Explicativa.

trabajo español de la entrada de trabajadores extranjeros, puesto que supone prohibir que con una única puesta a disposición entre más de un trabajador en misión a nuestro territorio. La duda que podría plantearse se refiere a la legalidad de esta figura desde el punto de vista del Derecho Comunitario, en cuanto puede suponer una cierta restricción a la entrada de trabajadores comunitarios en España.

*"d) La empresa de trabajo temporal estará sujeta a lo establecido en la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, y deberá garantizar a sus trabajadores desplazados las condiciones de trabajo previstas en la misma, no siendo de aplicación el Capítulo III de la presente Ley"*

Este último requisito no lo es tal, en realidad. Tan sólo se reitera la inclusión de este supuesto de "importación" de trabajo temporal entre los regulados por el ALDT, como uno de los tres posibles tipos de desplazamientos temporales de trabajadores; con la previsión del artículo 2.1.c) ALDT hubiera bastado. Algo de más enjundia tiene lo relativo a las condiciones de trabajo de los trabajadores en misión, lo que analizaremos en otro epígrafe de este mismo trabajo.

Por su parte, el nuevo artículo 22.2 de la Ley 14/1994 se refiere al tratamiento fiscal de las ETT extranjeras que operen en España, indicando que su derecho a prestar servicios en nuestro país *"se entiende sin perjuicio del cumplimiento (...) de las obligaciones tributarias de las empresas a que se refiere el apartado 1"*.

### 3.3.3. Información a la autoridad laboral

En esta materia el ALDT no introduce prácticamente ninguna nueva previsión en la Ley 14/1994, por lo que serán sus disposiciones las que se apliquen directamente para ordenar las obligaciones administrativas de las ETT extranjeras que presten sus servicios en España. Son los artículos 5 y 6 ALDT los que se ocupan principalmente de esta cuestión.

La principal obligación de las ETT extranjeras que pretendan desplazar trabajadores a España es la que el ALDT denomina como "comunicación de desplazamiento". Esta comunicación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.1 ALDT deberá realizarse *"antes del desplazamiento y con independencia de su duración"*; esto es, antes de enviar los trabajadores a España. Parece que ésta es la fecha relevante; obviamente, tal comunicación se producirá con posterioridad a la celebración del contrato de puesta a disposición, y antes de su ejecución mediante la puesta a disposición de los trabajadores en España.

La finalidad de esta comunicación es, curiosamente, explicada en el propio texto del artículo 5.1, en el que se dice que ésta se realiza *"a efectos de asegurar el cumplimiento de la presente Ley"*. Titular del derecho a recibir esta comunicación es, según reza este mismo artículo, *"la autoridad laboral española competente por razón del territorio"*

donde se vayan a prestar los servicios". Quién sea esta autoridad se determina en el capítulo III del ALDT, dedicado a "competencias administrativas". El artículo 7, que se ocupa precisamente "órganos competente en materia de información", dispone en su apartado 1º que "la autoridad laboral del territorio donde se vayan a prestar los servicios en España es el órgano competente para informar sobre las condiciones de trabajo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3, deben garantizar las empresas que desplacen a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional".

El contenido de la comunicación aparece recogido con carácter general en el apartado 2 del artículo 5. Salvo el caso precisamente de las ETT, para las que el artículo 5.4 impone, además, una serie de informaciones adicionales. No es éste el único aspecto en el que el ALDT recoge un régimen especial, más rígido, para las ETT: en el apartado 3 del artículo 5, en efecto, se exonera de la obligación de comunicar el desplazamiento a la autoridad laboral española cuando éste no alcanza un mínimo de duración (dependiendo del supuesto del que se trate); esta exoneración no se produce para las ETT, que tendrán que dar cumplimiento a la obligación de comunicar el desplazamiento en todo caso.

Respecto del contenido general de la comunicación de desplazamiento, ésta deberá contener en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2 ALDT:

- a) La identificación de la empresa que desplaza al trabajador.
- b) El domicilio fiscal de dicha empresa.
- d) Los datos personales y profesionales de los trabajadores desplazados.
- e) La identificación de la empresa o empresa y, en su caso, del centro o centros de trabajo donde los trabajadores desplazados prestarán sus servicios.
- f) La fecha de inicio y la duración previstas del desplazamiento.
- g) La determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España con indicación del supuesto que corresponda de los previstos en el artículo 2.1.1º.

En el caso de las ETT extranjeras que pongan trabajadores a disposición de empresas usuarias establecidas en España, esta comunicación deberá incluir, además:

- a) La acreditación de que reúne los requisitos exigidos por la legislación de su Estado de establecimiento para poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.
- b) Sin perjuicio de lo señalado en la letra f) del apartado 2, la precisión de las necesidades temporales de la empresa usuaria que se traten de satisfacer con el contrato de puesta a disposición, con indicación del supuesto que corresponda de los previstos en el artículo 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

Junto a esta obligación de comunicación, el artículo 6 ALDT establece una obligación de comparecencia y de aportar documentación que aparece recogida en los siguientes términos:

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

Hay que tener en cuenta que el artículo 8 ALDT dispone que "corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la presente Ley desarrollando las funciones establecidas en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social".

Ya vimos con anterioridad que el nuevo artículo 22.2 de la Ley 14/1994 se refiere al tratamiento fiscal de las ETT extranjeras que operen en España, indicando que su derecho a prestar servicios en nuestro país "se entiende sin perjuicio del cumplimiento (...) de las obligaciones tributarias de las empresas a que se refiere el apartado 1". En este sentido el artículo 5.5 ALDT dispone, con carácter general pero también para las ETT, que "la autoridad laboral pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a los efectos oportunos, las comunicaciones de desplazamiento que hubiere recibido, en los términos que se establecerán reglamentariamente". Con esta remisión de las comunicaciones de desplazamientos a las autoridades del Fisco se les facilita a éstas el control del cumplimiento por las ETT extranjeras de sus obligaciones fiscales.

### 3.3.4. Condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados

Este aspecto constituye sin duda el núcleo de la regulación que analizamos, puesto que la principal finalidad de la directiva y del ALDT es precisamente la garantía de estas condiciones de trabajo. El ALDT dedica dos preceptos a esta cuestión. Uno es general, el 3, sobre "condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados"; otro es específico, el 4, dedicado a la "cuantía mínima del salario de los trabajadores desplazados".

La filosofía de la directiva era, como vimos, asegurar que los trabajadores desplazados temporalmente al territorio de un Estado disfrutaran de las mismas condiciones de trabajo que los trabajadores empleados permanentemente en su mercado de trabajo. Así lo recoge el artículo 3.1 ALDT, que dispone que "los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española", indicando inmediatamente una serie de materias sobre las que deberán versar estas condiciones de trabajo. En concreto son estas materias:

- El tiempo de trabajo;
- La cuantía del salario;
- La no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial;
- El trabajo de menores;

- La prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores;
- La igualdad de trato y la no discriminación por razón de sexo, origen, estado civil, edad dentro de los límites legalmente marcados, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa, lengua o disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate;
- El respeto a la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual;
- La libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión;

Esto por lo que se refiere al contenido material de estas condiciones de trabajo. Desde un punto de vista formal el ALDT identifica también las fuentes de regulación de estas condiciones, afirmando en su artículo 3.4 que *“a los efectos de esta ley, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate”*.

Como se observa, este principio tiene un alcance muy amplio, alcanzando a la mayoría de lo que entendemos por Derecho individual del Trabajo. Desde un punto de vista de Derecho Internacional Privado, sería tanto como una explicitación de las normas que constituyen un “orden público laboral” que se aplicaría de forma imperativa a todos los trabajadores que prestaran sus servicios en un determinado Estado, por encima de la elección de la legislación aplicable que se hubiera podido producir.

Esta aplicación de las condiciones de trabajo españolas a los trabajadores desplazados a España no es completa ni automática. Se prevé, así, la posibilidad de que a estos trabajadores se les apliquen las condiciones de trabajo recogidas en la normativa nacional de sus empresas, en vez de las españolas, si esto resulta más favorable para ellos<sup>155</sup>. Así lo dispone el artículo 3.5, que contiene una especie de cláusula de

155 El ALDT contempla otra excepción al principio general de aplicación de las condiciones de trabajo españolas: se trata del supuesto previsto en el artículo 3.3, desplazamientos de duración inferior al mes en supuestos de subcontratación y de grupos de empresas. En estos casos se excluye la aplicación de la normativa nacional española sobre vacaciones anuales retribuidas y cuantía del salario. El ALDT establece también una regla para el cómputo de este período: la duración del desplazamiento se computará sobre un período de referencia de un año a contar desde su comienzo; con una particularidad, si el trabajador desplazado sustituye a otro que lo hubiera sido anteriormente para ocupar el mismo puesto de trabajo, se computará a estos efectos la duración de uno y otro desplazamiento, para evitar sustituciones de trabajadores para camuflar ficticiamente la duración del desplazamiento. Como se ve este supuesto no es aplicable a los trabajadores puestos a disposición por ETT extranjeras en España.

norma mínima que permite soluciones alternativas si éstas resultan más favorables para los trabajadores:

*“Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación a los trabajadores desplazados de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo”*.

Un tema esencial en la regulación de los desplazamientos transfronterizos de trabajadores lo es el relativo a los salarios que recibirán éstos durante su estancia en el Estado de prestación temporal de servicios. Es un tema esencial no sólo por cuanto afecta directamente a los intereses de los trabajadores, sino sobre todo porque es aquí donde pueden producirse las distorsiones de la competencia que la intervención comunitaria pretende evitar. De ahí que el ALDT haya previsto un régimen especial para los salarios de los trabajadores en misión (y cualquiera otro desplazado), que se encuentra en el artículo 4 del ALDT, intitulado *“Cuantía mínima del salario de los trabajadores en misión”*. Este título es expresivo de su contenido, puesto que en este precepto no se establece, como veremos, un sistema salarial de aplicación a estos trabajadores, o una remisión a la normativa española en la materia, sino tan sólo un mecanismo de valoración y validación de la retribución que van a recibir. En efecto, el artículo 4.1 afirma que

*“Los empresarios que desplacen trabajadores a España deberán garantizar a éstos la cuantía mínima del salario prevista en las disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios colectivos a que se refiere el artículo 3.4 para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado”*.

Como se ve, no se está señalando qué salario recibirán los trabajadores en misión, o cómo se determinará su cuantía. Tan sólo se dice que, una vez fijado éste como corresponda –normalmente de acuerdo con la legislación y los convenios colectivos del Estado de la ETT–, su cuantía no podrá ser inferior a la que corresponderá pagar a un trabajador español que ocupara un puesto de trabajo equivalente. Esto es, se utiliza un sistema muy similar al recogido en el nuevo artículo 11.1 de la Ley 14/1994, en la redacción introducida por la ley 29/1999, en el que se recoge un principio de equiparación salarial que opera también imponiendo un mínimo a la retribución que pueden cobrar estos trabajadores. En uno y otro caso, artículo 4 ALDT y artículo 11.1 LETT, el sistema es muy parecido: se fija un salario de referencia, más o menos el que vendría a cobrar un trabajador “normal” que ocupara el puesto de trabajo, y se establece éste como un mínimo para la retribución que podrán cobrar los trabajadores.

En el caso del ALDT, el segundo inciso del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 2 se ocupan de establecer como se realizará esta comparación. De acuerdo con el artículo 4.1 ALDT:

*“A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende por cuantía mínima del salario la constituida, en cómputo anual y sin el descuento de los tributos, de sus pagos a cuenta y de las cotizaciones de Seguridad Social a cargo del trabajador, por el salario base y los*

*complementos salariales, las gratificaciones extraordinarias y, en su caso, la retribución correspondiente a horas extraordinarias y trabajo nocturno. En ningún caso se incluirán en la cuantía mínima del salario cualesquiera mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”.*

Mediante la aplicación de este precepto se determinará lo que podemos denominar como “salario de referencia”, que no será el que se pagará a los trabajadores en misión en España; sólo servirá para evaluar la retribución de éstos, que si es superior o igual al salario de referencia será válida. En caso contrario, y aunque el ALDT no lo diga muy claramente, habrá que incrementar su retribución hasta llegar a este nivel; y ello porque el ALDT habla de “cuantía mínima” y de “garantizar a los trabajadores desplazados”. Para efectuar esta operación el artículo 4.2 dispone que

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

El apartado 3 del artículo 4, por último, establece una regla relativa a la responsabilidad sobre los salarios de los trabajadores en misión en España. De acuerdo con este precepto,

*“En los desplazamientos definidos en la letra c) del artículo 2.1.1, la responsabilidad de la empresa usuaria respecto de las obligaciones de naturaleza salarial se ajustará a lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”.*

Esto es, se aplicará la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria respecto de las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas por la ETT con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. La misma responsabilidad subsidiaria recogida en el artículo 42 ET, y que el mismo artículo 4.3 ALDT extiende a los demás supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación. Por más que esta sea una regla general, teniendo en cuenta la especialidad del caso (un trabajador en misión cuya empleadora está en otro Estado), quizás no hubiera sido descabellado prever una responsabilidad solidaria para estos supuestos de trabajo temporal transnacional. Responsabilidad solidaria que, por otra parte, una mayoría de la doctrina exige para cualquier supuesto de trabajo temporal, en línea con lo previsto por el artículo 43 ET; y que se intentó introducir a lo largo del proceso de reforma de la LETT de 1999, aunque sin éxito.

Queda, por último, la cuestión de la legislación de extranjería. Dado que las ETT extranjeras se hayan establecido en otro Estado, del que desplazarán a sus empleados, es previsible que éstos sean igualmente extranjeros, por lo que habrá que determinar las condiciones en las que estos trabajadores podrán entrar en España. El principio general

en estos casos es el de neutralidad, entendiéndose que el hecho de ser desplazados por su empresa no altera en modo alguno su tratamiento legal en España como trabajadores extranjeros: según el nuevo artículo 22.2 de la Ley 14/1994 la entrada de trabajadores en misión de ETT extranjeras “se entiende sin perjuicio del cumplimiento de la normativa sobre entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España”.

### **3.4. Régimen jurídico de la puesta a disposición internacional de trabajadores por empresas de trabajo temporal españolas**

Como se ha visto, el ALDT, por más que en principio tuviera como objeto natural la regulación de los desplazamientos temporales de trabajadores a España, se ocupa también en algunas de sus disposiciones de regular los desplazamientos de trabajadores a otros países por parte de empresas españolas. En este último caso las posibilidades de regulación por parte de España son más limitadas, puesto que la sede natural para su ordenación reside en el legislativo de los Estados a los que los trabajadores se desplazan. En el caso de los Estados firmantes del EEE esto es claro: todos ellos son destinatarios de la directiva 96/71, luego todos tienen que implementarla en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Y esta directiva, como vimos, se ocupa de las condiciones de trabajo que den asegurarse a los trabajadores desplazados al territorio de cada Estado. Es lógico, por otra parte, que la actividad legislativa del Estado se ciña al ámbito de su territorio.

Aún así, hay un cierto espacio de regulación para los desplazamientos de trabajadores desde España al territorio de otros Estados; esto es, de la “exportación” de trabajadores desde España. Entre estos supuestos se incluye, por supuesto, la puesta a disposición de trabajadores por parte de ETT españolas a empresas usuarias establecidas en terceros Estados; y ello por estar incluidas las ETT dentro del ámbito de aplicación del ALDT.

Los supuestos de exportación de mano de obra por parte de ETT española aparecen regulados en el ALDT en dos lugares diferentes. De un lado, en la Disposición Adicional Primera, en la que con carácter general se regulan los “desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuados por empresas establecidas en España”. De otro, en la Disposición Final Primera, en la que se introduce un nuevo capítulo a la Ley 14/1994, cuya sección segunda se dedica a regular la “actividad en el Espacio Económico Europeo de empresas de trabajo temporal españolas”. De esta forma, tenemos una regulación general aplicable a todos los supuestos de desplazamientos de trabajadores al extranjero, que se aplicará a las ETT a la par que a los otros supuestos previstos en el ALDT; más una regulación especial, específica de las ETT. Esta regulación es, como se verá, notablemente escasa, por lo antes dicho: y es que quién tiene que ocuparse de regular las condiciones de los trabajadores desplazados es el Estado de acogida, que es donde se van a prestar los servicios.

Nótese que lo relevante a efectos de determinar la aplicación de la legislación española es que la empresa que efectúa el desplazamiento, en el supuesto que nos ocupa una

ETT, esté establecida en España; y que la empresa que reciba sus servicios esté en el extranjero (en el EEE o fuera de él, en los términos que vimos). La nacionalidad de una y otra empresa no es relevante a estos efectos (si bien en la mayoría de los casos será española la empresa que desplaza a los trabajadores); como tampoco lo es la de los trabajadores que se desplazan. Esto es, que no debe entenderse que esta aplicación de la legislación española a desplazamientos al extranjero se hace exclusivamente por motivos de protección de trabajadores españoles, como ocurría con el artículo 1.4 ET.

La normativa española de aplicación a estos supuestos es muy escasa. Lo primero que hay que señalar es que se reconoce a las ETT la libertad de prestación de servicios de trabajo temporal en el extranjero, esto es, que el mercado en el que podrán operar no queda limitado al territorio español. No podría ser de otra manera, como vimos, dada la condición de servicio a efectos del Derecho comunitario de la actividad de estas empresas. Así lo expresa el nuevo artículo 26.1 LETT:

*“las empresas de trabajo temporal que dispongan de autorización administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley podrán poner a sus trabajadores a disposición de empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en otros Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en los términos previstos en la legislación de tales Estados y en la presente Ley”.*

Podría pensarse, dado el texto de la ley, que esta libertad que se está reconociendo a las ETT tiene un alcance territorial limitado, que alcanza sólo al EEE. En otras palabras, que existiría una prohibición para las ETT españolas de ofrecer sus servicios a empresas usuarias establecidas en el territorio de terceros Estados. No creemos que esta interpretación deba ser aceptada. Primero, porque como vimos la limitación de los efectos territoriales del ALDT al EEE es más teórica que real, pudiendo alcanzar a otros Estados en virtud de lo establecido en convenios internacionales particulares, según señala la Disposición Adicional Tercera ALDT; y segundo, porque no hay justificación para tal limitación, puesto que en ningún otro lugar de nuestro ordenamiento jurídico se contiene una limitación de este tipo<sup>156</sup>. Habría que pensar mejor que la referencia que se hace en este precepto opera como una limitación al ámbito de aplicación del ALDT, no a la libertad de las ETT españolas de ofrecer sus servicios a clientes extranjeros; así lo hace la disposición adicional primera del ALDT, que se refiere a *“las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”*. En realidad la auténtica cuestión aquí sería otra, la de determinar los límites geográficos de la movilidad geográfica de los trabajadores, si ésta se reduce o no al territorio nacional; tema esencial que no es objeto sin embargo de este trabajo.

En cuanto al régimen jurídico de este desplazamiento, éste queda regulado por diversas disposiciones. El contrato de puesta a disposición se registrará por lo dispuesto en

<sup>156</sup> Piénsese, de nuevo, en el artículo 1.4 ET, que parte precisamente de lo contrario, de la libertad de contratar trabajadores para enviarlos al extranjero.

la legislación española, ya que el mismo artículo 26.1 LETT afirma que éste *“se registrará por lo dispuesto en el Capítulo II, a excepción de lo dispuesto en los artículos 8.c) y 9, que no serán de aplicación”*. Se produce, así, una aplicación de la LETT a un contrato en el que una parte, la ETT, es española, aunque los servicios se prestarán en el extranjero. Las únicas excepciones a esta aplicación son el apartado c) del artículo 8, que contiene una exclusión de la contratación de los servicios de trabajo temporal en los supuestos de amortización previa de puestos de trabajo en la empresa usuaria; y el artículo 9, que recoge la obligación de la empresa usuaria de informar a los representantes de sus trabajadores sobre la celebración de contratos de este tipo. En este último caso la justificación parece clara, dado que nos encontramos ante una relación jurídica, la existente entre la empresa usuaria y los representantes de sus trabajadores, en la que todas sus partes están situadas en el territorio de otro Estado, del que serán nacionales y a cuya legislación se someterán; ésta será, pues, la que indique qué tipo de información deberá ser suministrada. En cuanto a la primera excepción, da la impresión de que obedece más a problemas de control que a otra cosa.

Por lo que se refiere a las condiciones de trabajo de los trabajadores enviados al extranjero por una ETT los dos preceptos que se ocupan de esta materia contienen una regulación muy similar. Así, para la Disposición Adicional Primera del ALDT,

*“las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de 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”.*

Por su parte, y específicamente para las ETT el artículo nuevo 26.2 LETT afirma que

*“En los supuestos a que se refiere el apartado anterior las relaciones laborales en la empresa de trabajo temporal se registrarán por lo dispuesto en el Capítulo III de la presente Ley. En todo caso, las empresas de trabajo temporal españolas deberán garantizar a sus trabajadores las condiciones de trabajo previstas en el país de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de 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, quedando sujetas a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios”.*

Esta solución legislativa es algo compleja. Por un lado se les aplica el Capítulo III de la LETT, en el que se regulan determinados aspectos de su contrato de trabajo con la ETT. De otro lado, las condiciones de trabajo de este personal en misión se fijarán de acuerdo con la legislación del Estado en que se prestan los servicios. No porque lo diga la legislación española, por supuesto, sino porque lo dice la directiva 96/71 y la legis-

lación de transposición en cada Estado. De ahí que haya que efectuar una diferenciación en cuanto al contenido de este contrato de trabajo con la ETT: si son condiciones de trabajo de las previstas en el artículo 3.1 de la directiva, se aplicará la legislación del Estado en el que se prestan los servicios; el resto de las condiciones se regularán por la legislación española, tanto por el capítulo III LETT como por el resto del Derecho individual del trabajo español. No hay que olvidar que, aunque los servicios se presten en el extranjero, se trata de un contrato de trabajo celebrado en España entre sujetos en principio españoles (desde luego la ETT debe serlo). Esta solución puede alterarse, por supuesto, por acuerdo entre las partes en el contrato, en virtud de lo dispuesto en el Convenio de Roma; aún así, hay que entender imperativa la aplicación de la legislación del Estado de prestación de servicios en cuanto a las condiciones de trabajo del artículo 3.1 de la directiva 96/71, así como del Capítulo III de la Ley 14/1994.

Esta aplicación de la legislación del Estado de servicios a los trabajadores enviados por ETT establecidas en España plantea inmediatamente un problema de información, puesto que a esta empresa le puede resultar difícil conocer las condiciones de trabajo aplicables en países extranjeros. Para ello la directiva 96/71 establecía un sistema de colaboración entre las administraciones laborales de los Estados miembros a fin de que todas ellas puedan disponer de la necesaria información sobre las condiciones de trabajo vigentes en cada Estado<sup>157</sup>. A fin de lograr este objetivo se establece la obligación de las distintas administraciones laborales de cooperar entre sí; y esta cooperación, se dice expresamente, *“consistirá, en particular, en responder a las peticiones justificadas cursadas por dichas administraciones de información relativa al suministro transnacional de trabajadores”*; además, se dispone que *“cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que la información relativa a las condiciones de trabajo y de empleo contemplada en el artículo 3 sea generalmente accesible”*.

En virtud de este procedimiento, las empresas que necesiten recabar información sobre las condiciones de trabajo vigentes en un Estado podrán dirigirse a las autoridades laborales de éste; pero igualmente podrán contactar con las de su propio Estado; y serán éstas las que pongan en funcionamiento el mecanismo de cooperación administrativa destinado a obtener esta información. Así se especifica en el apartado 2 de la Disposición adicional primera del ALDT:

*“Los interesados en un desplazamiento temporal de trabajadores a uno de los Estados a que se refiere el apartado anterior podrán informarse de las condiciones de trabajo que deben garantizarse en el mismo dirigiéndose bien a los órganos competentes en materia de información de tales Estados, bien a los de la Administración laboral española, que dará traslado a tales órganos, informando al solicitante de las peticiones de información recibidas. Cuando la Administración laboral reciba esta información directamente de los órganos competentes de otros Estados la pondrá, asimismo, en conocimiento de los solicitantes”*.

157 Véase el artículo 4 de la directiva, relativo a la cooperación en materia de información.