

LA PROTECCION TRANSNACIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD: UNA ASIMETRIA COMUNITARIA Y SUS REMIENDOS INSTITUCIONALES

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 18.11.2011 / Aceptado: 25.11.2011

Resumen: A pesar de la existencia de una normativa comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo vinculante para todos los Estados Miembros, y a pesar de que el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional cuenta con una regulación consolidada, sin embargo, es posible distinguir una zona gris en la regulación de la protección de los derechos laborales en materia de seguridad y salud. De suerte que, independientemente de cuestiones sustantivas referidas a las obligaciones empresariales en esta materia, se observa que hay una asimetría clara entre la regulación comunitaria, y nacional existente, y su efectividad última a través de –inexistentes hoy– mecanismos coercitivos.

Palabras Clave: desplazamiento temporal de trabajadores, prestación de servicios transnacional, seguridad y salud en el trabajo.

Abstract: In spite of the existence of an European legislation in the matter of security and health at work for all the Member States, and although the posting of workers within the framework of a transnational provision of services counts on a consolidated regulation, nevertheless, it is possible to distinguish a gray zone in the regulation of the protection of labour rights in the matter of security and health. In such a way that, independent of substantive issues referred to the enterprise obligations in this matter, it is observed that there is a clear asymmetry between the European and national regulation, and its last effectiveness through - nonexistent today - coercive mechanisms.

Key words: posting of workers, transnational provision of services, health and safety at work.

Sumario: I. Consideraciones previas sobre la movilidad geográfica transnacional. 1. Delimitación inicial-intuitiva- del objeto de estudio. 2. La movilidad geográfica: el desplazamiento de trabajadores. 3. Desplazamientos internos y desplazamientos internacionales. El quid de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores desplazados. 4. El desplazamiento internacional de trabajadores. Tipos y criterios de clasificación. A) El criterio temporal. B) El criterio del elemento geográfico. C) El criterio económico-organizativo. 5. Delimitación final del objeto de estudio. II. Los derechos de seguridad y salud del trabajador desplazado en el marco de una prestación transnacional de servicios: una cuestión de derecho sustantivo español. 1. Derecho sustantivo versus Derecho Adjetivo. 2. Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados (desde/ a) España, en el marco de una prestación transnacional de servicios. 3. Las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud respecto de los trabajadores desplazados. 4. Los sujetos obligados en materia preventiva: la dualidad empresarial. III. La efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados: una cuestión de Derecho adjetivo. 1. La pluralidad de sujetos implicados en la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados. A) La duplicidad de empresarios. B) La duplicidad de representaciones de los trabajadores. C) La pluralidad de Administraciones Públicas. 2. Los mecanismos de tutela de los derechos de Seguridad

y salud en el marco del desplazamiento. A) Tutela *a priori*. B) Tutela *a posteriori*. 3. Algunos problemas de (in)eficacia de la tutela de los derechos de seguridad y salud. A) La falta de comunicación a la autoridad administrativa del desplazamiento de trabajadores. B) Ineficacia de las sanciones administrativas: la (in)competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española. El principio de territorialidad y las limitaciones de la colaboración administrativa internacional. C) Las dificultades de ejecución extraterritorial de resoluciones administrativas sancionadoras y de sentencias judiciales. IV.- Algunas reflexiones finales sobre una problemática coral. 1. La globalización económica perfecta y la globalización imperfecta del Derecho Social: los límites del Estado (del *ius puniendi* nacional) y los límites de las organizaciones supranacionales. 2. Algunas propuestas (realistas e idealistas) de *Lege ferenda*. A) Tutelas *a priori*. B) Mecanismos de *ius puniendi* supranacional. C) Extrapolación de mecanismos. D) La *Gobernanza social* en los códigos de conducta empresarial: la responsabilidad social de la prevención. 3. En síntesis: los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados y los límites del Derecho Social.

I. Consideraciones previas sobre la movilidad geográfica transnacional

1. Delimitación inicial -intuitiva- del objeto de estudio

1. El trabajo que aquí se presenta tiene como objetivo presentar, analizar y resolver algunos de los problemas que suscita el desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Por el tipo de trabajo del que se trata, obviamente aquí no se puede atender en toda su integridad a la problemática de la movilidad geográfica internacional. De ahí que, bien es cierto de un modo más recurrente del que sería deseable, ha sido necesario llevar a acabo una labor de contención del propio objeto de estudio¹.

2. En primer lugar, se ciñe esta investigación a un aspecto muy concreto, cual es de la protección transnacional de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados. O dicho de otro modo: en primer lugar se opta por analizar un tipo de movilidad geográfica, la de carácter *temporal*, discriminando la figura del traslado; en segundo lugar se opta por prestar atención a la movilidad *internacional* de trabajadores, dejando a un lado la movilidad geográfica dentro del territorio español; y, en tercer lugar, de entre todos los aspectos implicados en la movilidad temporal de trabajadores de carácter transnacional, se enfoca uno concreto, el relativo a los derechos de seguridad y salud de dichos trabajadores en algunos supuestos.

3. A pesar de esta primera labor de depuración, la protección de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios no deja de ser una problemática coral, en la que se superponen materias jurídicas diversas pero anudadas entre sí. De ahí que, en primer lugar, se haya de superar una primera dificultad, la de «reconstruir» esta problemática, deslindando los distintos aspectos jurídicos en liza desde la perspectiva del Derecho sustantivo; para después, en un segundo momento, tratar de reconstruir, sin mayores dosis de voluntarismo, esta realidad jurídico-económica de un modo no problemático, atendiendo a los mecanismos *-de lege data y de lege ferenda-* existentes.

¹ En diferentes direcciones, y por distintos motivos. En primer lugar porque el desplazamiento de trabajadores en el marco de prestaciones de servicios de carácter transnacional entre empresas establecidas en distintos Estados resulta ser una realidad poliédrica, que necesitaría ser abordada desde múltiples perspectivas (las propias del Derecho Laboral y del Derecho Social Comunitario, del Derecho Internacional Privado y del Derecho Internacional Público, incluso desde el Derecho Administrativo o desde el Derecho Procesal). Pero, aún desde la óptica puramente *ius-social*, el desplazamiento transnacional presenta diversas manifestaciones jurídicas, y ni todas han sido objeto de una regulación homogénea, ni cuando lo han sido responden a la misma axiología. En suma, se trata aquí de plantear algunos de los problemas, en abstracto, que en principio este fenómeno socio-económico genera respecto de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores desplazados. Problemas aún parcialmente sin resolver, a falta de una regulación específica e integral

4. De un modo más preciso, en realidad lo anterior se reduce a determinar de qué modo los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados se mantienen y se ven modulados en los supuestos en que la prestación de trabajo se realiza en régimen de desplazamiento transnacional. Junto a esa perspectiva material o sustantiva, se ha de prestar atención a la vertiente adjetiva de la protección de los derechos de seguridad y salud, de suerte que se ha de analizar si existen medios y procedimientos para hacer efectivos esos derechos y si, de existir, están o no modulados y si resultan efectivos. Todo esto, de un modo obvio, requiere una atención más profunda pero, se ha de insistir, contenida.

2. La movilidad geográfica: el desplazamiento de trabajadores

5. Dentro de la institución jurídica de la movilidad geográfica (como modificación que el empresario, sobrevenidamente, realiza del lugar de la prestación de servicios) se diferencian dos manifestaciones atendiendo, ya no a las implicaciones que el cambio del lugar tiene en el equilibrio contractual cuando dicho cambio de lugar de trabajo exige un cambio de residencia, sino a la duración que se prevé tenga la modificación de esta condición de trabajo. Manifestaciones que son el desplazamiento temporal de trabajadores y el traslado, permanente o definitivo, de trabajadores².

6. No procede a aquí retomar estos sub-institutos jurídicos sino de un modo instrumental, de ahí que sirva advertir que el traslado queda al margen de este estudio, no porque no presente importancia, sino porque, en orden a circunscribir el objeto de investigación de opta por prestar atención al desplazamiento de trabajadores. El carácter temporal del desplazamiento plantea, de un lado, problemas jurídicos de una intensidad aparentemente menor, por la menor duración de la modificación de la condición laboral –lugar de trabajo– que entraña un cambio de residencia. Pero, de otro lado, plantea problemas distintos, derivados de esa propia duración limitada en el tiempo. O dicho de otro modo, la temporalidad implica una reversibilidad cierta al lugar de trabajo inicialmente determinado y, en consecuencia, hace necesario prever en todo caso un ajuste doble del equilibrio contractual *antes-durante* y *durante-tras* el desplazamiento³. Dicho de otro modo, se plantea la cuestión de determinar cuál es el régimen jurídico-preventivo aplicable a la prestación de servicios durante el desplazamiento, y cuál sería el régimen aplicable después del desplazamiento.

3. Desplazamientos internos y desplazamientos internacionales. El *quid* de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores desplazados

7. Hasta momentos relativamente próximos en el tiempo, el tratamiento jurídico del desplazamiento se circunscribía al ámbito puramente interno; es más, con algunas pequeñas excepciones, se observa como, plásticamente, en la negociación colectiva se presta atención al desplazamiento dentro del territorio español. Tratamiento legal y convencional que se concreta en: bien la determinación de las causas justificativas de la decisión empresarial de proceder a modificar el lugar de trabajo de un trabajador; a saber la concurrencia de causas ordinarias o extraordinarias de carácter económico-productivo; bien en

² Regulados en el Art. 40 Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante), pero que traducen una institución dual presente en otros ordenamientos laborales.

³ Sin embargo, el elemento temporal y su problemática teórica particular no siempre son exclusivos de la figura del desplazamiento. En efecto, aunque la temporalidad es el elemento que deslinda formalmente los institutos del desplazamiento y del traslado como manifestaciones de la movilidad geográfica, no es realmente siempre un elemento exacto; en la medida en que, paradójicamente, no tiene como antítesis la permanencia en el cambio de lugar de trabajo con el correspondiente permanente cambio de residencia. Esto es así, dado que el tratamiento que el legislador laboral español hace de la movilidad geográfica incorpora parámetros temporales (doce meses en un arco temporal de tres años) que, en puridad, distorsionan la figura del traslado. Hipotéticamente, el traslado, por oposición al desplazamiento habría de ser definitivo: pero solo lo es de un modo ficticio. Porque, junto a los cambios de lugar de trabajo con cambio de residencia definitivos y permanentes, también son considerados traslados a efectos laborales los supuestos de movilidad geográfica que superan, sin ser definitivos, los límites temporales legales. En estos casos, en los traslados –aquí llamados– ficticios por no ser definitivos (por ser temporales pero con una duración que excede a la prevista en la norma), se plantearían los mismos problemas (los de ajuste y reajuste antes-durante y durante-tras la movilidad geográfica). De ahí que, independientemente de que aquí se opte por focalizar la atención sobre la figura del desplazamiento, no se ha de excluir la posibilidad de que parte de las cuestiones problemáticas y de las eventuales conclusiones se puedan extrapolar a este tipo de traslado.

la determinación del régimen aplicable referido a derechos y obligaciones del trabajador y del empresario antes y durante del desplazamiento (los derechos retributivos e indemnizatorios, derecho de permanencia o inamovilidad, por poner algunos ejemplos); o incluso, por último, en el establecimiento de garantías (procedimiento de decisión del desplazamiento, plazo y procedimiento de comunicación de la orden de desplazamiento, por ejemplo), y efectos jurídicos de la orden de desplazamiento y de la (des)obediencia de dicha orden (posibles sanciones empresariales, procedimiento de impugnación de la decisión, etc.).

8. *A priori*, esta modalidad interna de desplazamiento no plantearía en la actualidad mayores problemas jurídicos que los relativos a la aplicabilidad y efectividad de la normativa legal y convencional existente. De ahí que se opte por dejar a un lado los desplazamientos internos, para prestar atención a los desplazamientos internacionales. No cualesquiera, sino aquellos que se producen en el marco de una prestación transnacional de servicios de carácter mercantil, entre una entidad empresarial empleadora de un trabajador que está establecida en un Estado determinado, y otra entidad empresarial prestataria o destinataria del servicio contratado que tiene establecimiento en un Estado distinto del de la empresa prestadora y que recibe al trabajador desplazado que es quien efectivamente le presta los servicios pactados.

9. En este caso, la relación mercantil de dos empresas radicadas en Estados distintos, sirve de marco para que un trabajador vea modificada la condición laboral «lugar de trabajo» de un modo tan relevante que se hace necesario un cambio de residencia que lleva a su vez aparejado un cambio de Estado. Esta situación jurídica plantea numerosos problemas de muy distinto orden, referidos, por simplificar, a la determinación de la legislación aplicable a la relación laboral⁴. Y estos problemas de determinación de las normas aplicables a la relación laboral se proyectan no solo en la vertiente sustantiva (referida a los derechos y deberes dimanantes de la prestación laboral para todas las partes implicadas), sino también en la vertiente adjetiva (de la exigibilidad judicial y administrativa del cumplimiento del régimen jurídico sustantivo); de suerte que el carácter transnacional que adquiere la relación laboral provoca una distorsión en la relación jurídica, a la que se ha de devolver las zonas necesarias de certidumbre, especialmente por lo que se refiere a la protección de la salud laboral de los trabajadores desplazados.

10. Con carácter general, no es nuevo el interés jurídico por la movilidad geográfica temporal internacional, como pone de manifiesto que el hecho de que ya fue regulada en el año 1999 en el ordenamiento español (Ley 45/1999, de 29 de noviembre, de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, *BOE* de 30 de noviembre de 1999 en lo sucesivo Ley 45/1999)⁵; en

⁴ Algo que solo parcialmente resolvía la normativa de Derecho Internacional Privado referida a la determinación de la ley aplicable a los contratos laborales. (Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales). Por esta razón resultó un avance significativo que la Directiva 96/71/CE estableciera una regla de conflicto prevalente, a saber, la legislación del lugar de ejecución temporal del contrato, en lo referido a ciertas normas mínimas. Se rompía así el continuismo de la legislación aplicable al contrato (M. E. CASAS BAAMONDE, «Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la Era global: objetivos y significación de la ley». En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER, (Dir.) *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, 2002, p. 25).

⁵ La Ley 45/1999, justificaba en su exposición de motivos su propia existencia a partir del auge de las prestaciones de servicios de carácter transnacional en el interior de la Unión Europea; que daba lugar a una nueva circulación de trabajadores como era el desplazamiento temporal de trabajadores con fundamento en el ejercicio por su empresario de la libre prestación de servicios. En este sentido la defensa de la libre competencia entre empresas, de un lado, y la evitación de situaciones de discriminación entre trabajadores como consecuencia de distintos niveles de protección en las legislaciones nacionales, de otro lado, justificaron que el legislador español procediera a trasponer la Directiva 96/71/CE. En otros ordenamientos, la reacción legislativa se produjo incluso antes de que reaccionara el legislador comunitario, quizás como consecuencia del asunto *Rush portuguesa* (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de marzo de 1990 Asunto C-113/89). Es el caso de Francia que, en 1993, introdujo la regla que de que las empresas extranjeras establecidas en otro estado quedan sometidas a una parte muy importante del Derecho Social francés (Art. L.431-5 Y D. 341-5-1 a D. 341-5-14, del Código de Trabajo francés). Igualmente, en Alemania, la *Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)* de 26 de febrero de 1996 anticipaba la transposición, si bien ha sido reformada en el año 2009.

En España, la Ley 45/1999 impuso a los empresario incluidos en el ámbito de aplicación, la obligación de garantizar a los trabajadores desplazados determinadas condiciones de trabajo correspondientes al –así denominado en la jerga comunitaria– núcleo duro de disposiciones imperativas de protección mínima de los trabajadores. Y entre esas disposiciones se encuentran, a lo que aquí interesa, las condiciones ligadas a la prevención de riesgos laborales. En síntesis, de un modo más preciso, la

transposición de la Directiva (CEE) 96/71⁶, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DOCE L 18, de 1 de enero de 1997 (en adelante Directiva 96/71). Sin embargo, es cierto es que dicha normativa se intuye insuficiente en un ámbito concreto, cual es el de la seguridad y salud en el trabajo.

11. En el caso de los desplazamientos internos regidos por el Derecho español, en la medida en que el cambio de lugar de trabajo y de residencia no entraña elementos de extraterritorialidad, no se plantean dudas respecto de la prevención de riesgos laborales: rige la normativa legal, reglamentaria y convencional en su caso, española. Es decir, no hay problemas de determinación de la legislación –sustantiva– aplicable. Como tampoco se suscitan dudas acerca de las vías de exigibilidad del cumplimiento de dicha normativa; que serán las específicas de la jurisdicción social española, así como de la Administración Laboral española.

12. Por el contrario, cuando dicha movilidad se produce fuera del territorio español, genera vicisitudes muy diversas a las que produce la movilidad interna. No solo surgen cuestiones en torno al Derecho material que rige los derechos y obligaciones de salud laboral, sino que, también, nacen serios problemas en torno a la efectividad de la tutela de esos derechos difusos por cuanto que el trabajador desplazado puede sufrir las vicisitudes de la extraterritorialidad de la prestación de servicios.

13. En el caso de los desplazamientos internos, los dos centros de imputación del Derecho preventivo (material y adjetivo) –empresario y trabajador– permanecen dentro del territorio español. Por el contrario, en los desplazamientos internacionales, uno de esos centros de imputación, bien el trabajador, bien el empresario, no comparten, durante el desplazamiento, ni territorio, ni, aparentemente, legislación aplicable. Bien porque el empresario tenga su establecimiento fuera de España y desplace a España, a un trabajador, bien porque sea una empresa con establecimiento en España la que desplace fuera de España a uno de sus trabajadores. Esta disociación puede plantear no pocos problemas, no solo de determinación de la legislación aplicable a las obligaciones y derechos preventivos, sino también de efectividad de la tutela legal de los derechos de seguridad y salud reconocidos al trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios internacional.

14. Todas estas cuestiones no son solo cualitativamente relevantes sino que, además, son susceptibles de ser crecientemente importantes desde un punto de vista cuantitativo, dado que se puede prever que el número de desplazamientos internacionales de trabajadores se multiplique en las dos

ley define: primero, cuáles son las empresas incluidas en el ámbito de aplicación, y cuales son los trabajadores desplazados objeto de protección (artículos 1 y 2, DA 1ª, 2ª y 4ª Ley 45/99); segundo, cual es el núcleo duro de condiciones laborales que deben ser garantizadas a los trabajadores desplazados (artículos 3 y 4 Ley 45/99); tercero, los instrumentos de efectividad de las obligaciones ligadas al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicio (artículo 5 y siguientes y disposición adicional 3ª) y; cuarto, el régimen específico de las Empresas de Trabajo Temporal (disposición final 1ª que modifica el capítulo VI de la ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

⁶ El desplazamiento internacional de trabajadores venía a regularse, por primera vez de un modo específico, por la Directiva 96/71; norma comunitaria que venía a resolver una problemática intensa, a la que la jurisprudencia comunitaria desde el asunto *Rush portuguesa*, (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de marzo de 1990 Asunto C-113/89) había dado soluciones parciales, y respecto de la que la doctrina demandaba insistentemente soluciones normativas. (Por todos, véase, J.J. MARTÍNEZ MURILLO, «Cesión de trabajadores, subcontratación y *dumping socia*», *Gaceta jurídica de la CE*, 1991, B-67, p.18). En efecto, existían ciertas normas, propias del Derecho Internacional Privado, contenidas en el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (que ha sido sustituido por el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DOUE*, L 177, de 4 de julio 2008) que resolvían algunos problemas de determinación de la legislación aplicable al contrato de trabajo que contenían situaciones privadas internacionales. Sin embargo, eran normas que no contenían soluciones aceptablemente precisas para los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios.

Por su parte, las soluciones jurisprudenciales se referían a aspectos muy concretos, que, a lo que aquí interesa, no permitían delimitar los perfiles de la tutela de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores. En consecuencia, con un iter normativo azaroso (Vid. G. PALAO MORENO, «Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.» *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, Vol. XLIX, 1, pp. 378 y ss.), se aprueba la Directiva 96/71.

direcciones (*desde y hacia* España). O dicho de otro modo, en las últimas décadas, la globalización económica viene planteando nuevos retos jurídicos que tienen mucho que ver con los límites sobrevenidos de las legislaciones nacionales.

15. En el caso español esos retos han sido menores⁷, por cuanto la presencia internacional de las empresas había sido muy limitada y, en consecuencia, también había sido anecdótico el desplazamiento de trabajadores desde empresas españolas a empresas establecidas fuera de España; si bien, no ha sido inusual lo contrario, es decir, que empresas españolas hayan venido recibiendo trabajadores desplazados desde empresas establecidas en otros países, especialmente en algunos sectores, como la construcción, y especialmente en zonas transfronterizas (localidades limítrofes con Portugal y Francia).

16. No obstante, es presumible que esta situación varíe como consecuencia mediata o inmediata de la última crisis económico-financiera. Esa situación económica ha hecho madurar (incluso ha agotado parcialmente) los mercados internos, de tal modo que, al menos en el caso español, se esté procediendo a un impulso de la internacionalización de las empresas establecidas en España. Internacionalización que no es totalmente nueva, porque ha sido, como es habitual, un fenómeno económico espontáneo a partir de los años 90⁸. Lo novedoso es, en la actualidad, que la internacionalización de las empresas se erija como uno de los elementos centrales de una Política Pública económica y comercial tendente a la superación de una situación de crisis⁹.

17. Junto a lo anterior, aparentemente, en España, la transnacionalización de la actividad empresarial no habría presentado mayor repercusión teórica o práctica, al menos desde un punto de vista cuantitativo, dado que en ciertos momentos el número de trabajadores afectados por un desplazamiento internacional no hacía patente una eventual problemática nueva. Lo que no habría justificado, a lo que aquí se refiere¹⁰, un estudio en profundidad en lo relativo a la tutela de sus derechos de seguridad y salud. Sin embargo, en los últimos meses, se ha puesto de relieve que, en aras de la recuperación económica, se abre y se potencia la internacionalización de las empresas.

⁷ Tal es así que apenas hay datos estadísticos al respecto.

⁸ J. SANTISO GIMARAS, «La internacionalización de las empresas españolas: hitos y retos». *ICE*, 2007, n° 839, pp. 89-102.

⁹ En efecto existe un cierto empuje institucional a este fenómeno, como ponen de manifiesto las recientes reformas normativas. Sirvan dos ejemplos. En primer lugar, en desarrollo de la Ley 11/2010, de 28 de junio, el Real Decreto 1797/2010, de 30 de diciembre, aprueba el Reglamento del Fondo para la internacionalización de la Empresa; norma reglamentaria que ha entrado en vigor el 21 de enero de 2011. Y, en segundo lugar, en la misma línea se inserta el capítulo VI del Título II de la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de economía sostenible, *BOE* de 5 de marzo de 2011; en el que se recoge un elenco de instrumentos que ponen de relieve la importancia de la actuación de las empresas en el ámbito internacional, a las que se les reconocen nuevos retos y necesidades en un marco de mayor competencia en el comercio internacional

¹⁰ Sin que se trate de datos estadísticos muy recientes, sirva traer aquí algunos datos del año 2000. que resultan clarificadores por cuanto se corresponden con una fase de expansión económica. Y, aún así, es posible percibir el carácter marginal del desplazamiento transnacional. Se diferencian de una parte (Tabla I) datos referidos a los desplazamientos intra-comunitarios y, de otro los desplazamientos extracomunitarios, desde España a Terceros Estados con los que hay suscrito convenio bilateral de Seguridad Social (Tabla II)

Tabla I

| | |
|-------------|--------------------------|
| Total | 5.953 desplazamientos UE |
| Alemania | 1.032 |
| Austria | 23 |
| Bélgica | 276 |
| Finlandia | 4 |
| Francia | 2.667 |
| Grecia | 112 |
| Italia | 434 |
| Portugal | 800 |
| Reino Unido | 391 |
| Suecís | 39 |

Tabla II

| | |
|-----------|-----|
| Andorra | 438 |
| Argentina | 162 |
| Australia | 1 |
| Brasil | 217 |
| EE. UU. | 203 |
| Filipinas | 6 |
| Marruecos | 111 |
| Méjico | 149 |
| Paraguay | 5 |
| Suiza | 53 |
| Venezuela | 79 |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obrantes en la Tesorería General de la Seguridad Social a 30 de junio de 2000.

18. De ahí que se pueda presumir que, si bien no es predecible que un número elevado de trabajadores sean desplazados masivamente de un modo inmediato en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, no es menos cierto que los que sí lo vayan a ser, lo serán con unas implicaciones que no se pueden infravalorar, ni desde el punto de vista teórico ni práctico. Aún más, los –relativamente poco numerosos– trabajadores desplazados en la actualidad padecen la situación jurídica difusa, en la que no hay claridad en lo relativo a cuáles son y qué grado de exigibilidad tienen los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios.

19. No importa solo la existencia actual de indeterminación normativa, también se ha de prestar atención a que es previsible que, sucesivamente, en los próximos meses-años, como consecuencia de los impulsos públicos variados y de la reacción empresarial a la crisis económica, sí se incrementen considerablemente los flujos de desplazamientos internacionales de trabajadores con origen y/o destino empresas establecidas en España¹¹.

4. El desplazamiento internacional de trabajadores. Tipos y criterios de clasificación

20. Los problemas jurídicos (en la vertiente preventiva, por concretar) derivados del desplazamiento internacional de trabajadores no son idénticos en todos los supuestos de desplazamiento internacional, de ahí que sea necesario deslindar los distintos tipos de desplazamiento internacional de trabajadores. En la medida en que no todos esos tipos pueden ser objeto de estudio, es preciso deslindar con mayor profundidad por cuáles se opta.

21. Para sintetizar, lo serán los desplazamientos de trabajadores, que se produzcan en el marco de una prestación transnacional de servicios entre empresas radicadas en distintos estados del ámbito comunitario, en los términos de la directiva 96/71. Dicho de otro modo, y al margen de alguna matización ulterior, se presta atención a aquel desplazamiento de trabajadores que supone el ejercicio mediato de la libre circulación de trabajadores comunitaria; ejercicio que es mediato en la medida en que sea la consecuencia de que el empleador del trabajador desplazado ejerza otra libertad comunitaria como la libre prestación de servicios (Art. 49 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)¹².

¹¹ En febrero de 2011, el gobierno español, en el marco del fomento de la internacionalización económica de las empresas españolas, ha realizado diversos intentos de buscar nuevos mercados (en sectores tales como la construcción y las obras públicas o la energía, y sus sectores afines o instrumentales, como ingeniería, o consultoría) en estados de oriente medio (Quatar, Emiratos Árabes, por poner lo ejemplos más relevantes en los que se prevé que intervengan empresas españolas. Paralelamente, algunas constructoras (FCC) han conseguido adjudicaciones de obras públicas en el norte de África, (construcción de líneas de ferrocarril en Argelia, por ejemplo) y, en el sector energético, algunas empresas proceden a la expansión de sus centros de explotación, es el caso de Repsol en Alaska (marzo 2011).

¹² Quedan excluidas, entonces, algunas situaciones jurídicas adyacentes. De una parte, en el desplazamiento internacional que es aquí objeto de estudio la libre circulación de los trabajadores se ejercita de un modo mediato, subordinada al ejercicio empresarial de la libre prestación de servicios; lo que permite dejar fuera del ámbito de estudio la libre circulación de servicios inmediata o principal, de los trabajadores que se desplazan de un estado a otro, con el eventual traslado de su lugar de residencia, para acceder al empleo. Porque habría que diferenciar la «movilidad para el empleo», de la «movilidad en el empleo». En el primer caso, el trabajador ejerce su libertad de circulación para buscar un empleo en otro Estado Miembro; y en el segundo caso, el trabajador ejerce la libre circulación, como consecuencia de que su empleador ejerce su libertad de prestar servicios en territorio comunitario, y en consecuencia desplaza a sus trabajadores. (A. LYON CAEN, «Le droit la mobilité et les relations de travail: quelques perspectives». *Revue du Marché Commun*, 1991, pp. 108-113)). En este caso, no hay dualidad empresarial, ni prestación laboral con elementos de extraterritorialidad y, ni siquiera habría elementos de internacionalidad (dejando a salvo las cuestiones de nacionalidad), dado que el trabajador circulante no es desplazado por ningún empresario sino que se desplaza por voluntad propia para buscar un empresario.

De otra parte, no se habrá de prestar atención a los derechos de seguridad y salud de los trabajadores transfronterizos, que no son desplazados por su empresario, con el consiguiente cambio de residencia, para que preste servicios para otro empresario. En estos trabajadores, hay una disociación entre lugar de residencia y lugar de prestación de servicios, que, por ende, pertenecen a Estados distintos. Pero, en este caso, la condición laboral «lugar de trabajo» no muta, sino que es siempre (dejando a salvo eventuales desplazamientos en los términos aquí asumidos) la misma; de ahí que sea un punto de conexión fijo a efecto de la determinación del régimen de protección de la seguridad y salud del trabajador. Aquí hay elementos de internacionalidad, pero ni hay elementos empresariales duales, ni hay extraterritorialidad sobrevenida de la relación laboral, aunque sí haya elementos de internacionalidad.

A) El criterio temporal

22. Como ya se apuntó más arriba, en la regulación interna de la movilidad geográfica (Art. 40 ET), el criterio temporal permite deslindar, dentro de esa institución jurídico-laboral de la movilidad geográfica, dos sub-institutos, como son el desplazamiento *stricto sensu* del derecho laboral interno español, y el traslado. Y el elemento determinante de esa dualidad es un elemento temporal (que la duración del cambio de lugar de trabajo no supere un lapso de doce meses en un arco temporal de tres años). Ahora bien, en este trabajo, atendiendo a que el concepto comunitario de desplazamiento temporal que se asume, y sobre el que eventualmente se volverá, no distingue entre desplazamiento-traslado, aquí se opta por lo siguiente. Solo son objeto de estudio aquellos desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (en los términos de la normativa comunitaria) que tengan el carácter de *temporal*. Y, a efecto del tratamiento de la cuestión referida a la protección de la seguridad y salud los trabajadores desplazados, se asimilan los desplazamientos inferiores a doce meses en un arco temporal de tres años, y los desplazamientos de duración superior, y se excluyen los traslados definitivos O dicho de otro modo, resulta relevante, a efectos preventivos, que se trate de una modificación sustancial de la condición laboral «lugar de trabajo» reversible, de duración determinada. No es que las modificaciones definitivas o presuntamente permanentes no susciten cuestiones relevantes desde la perspectiva preventiva, que sí las suscitan; lo que sucede es que se trata de una problemática distinta, con perfiles diferenciados a la que plantean los desplazamientos temporales, especialmente respecto de obligaciones preventivas, que pueden ser de tracto único o de tracto periódico.

23. A su vez, dentro de los desplazamientos internacionales de trabajadores de duración limitada, se ha de tener en cuenta que cabe que se trate de desplazamientos de corta o de larga duración. Y aquí dicha duración (corta, media o larga duración) modularía, como se tratará de exponer más adelante, la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Atendiendo a los plazos que, a otros efectos, se emplean en la normativa reguladora del desplazamiento transnacional de trabajadores, de un modo más instrumental que sustancial, se podrían distinguir: desplazamientos «relámpago» o de muy corta duración (inferiores a ocho días), de duración media (menos de tres meses), y de larga duración (mas de tres meses).

B) El criterio del elemento geográfico

24. En el desplazamiento internacional, y esto resulta ser obvio de partida, el elemento geográfico es crucial, porque deslinda este tipo de desplazamiento del meramente interno, en el que se modifica el lugar de la prestación de servicios laboral de un trabajador, que le entraña la necesidad de cambiar de residencia, pero siempre dentro del territorio nacional (español, en este caso). Sin embargo el elemento geográfico en el desplazamiento internacional no es omnímodo. Bien es cierto que se requiere que la

Análogamente, y al margen de que se puedan plantear cuestiones jurídicas muy relevantes en materia de seguridad y salud, quedan excluidos del concepto de trabajador desplazado internacionalmente en el marco de una prestación transnacional de servicios los tele-trabajadores. En el caso del fenómeno del tele-trabajo cabe que haya una dualidad empresarial, cabe que sí se manifiesten elementos de extraterritorialidad y de transnacionalidad virtual (porque el destinatario del resultado de la prestación laboral se pueda encontrar en un lugar distinto del lugar en el que se realiza dicha prestación), pero está ausente, en sí mismo, el desplazamiento material que entraña cambio de lugar de trabajo con cambio de residencia. En efecto, el fenómeno del tele-trabajo transnacional plantea muchas cuestiones jurídicas de orden preventivo, pero muy específicas, de ahí que excedan el objeto de este estudio.

Por último como elemento intrínseco a la propia movilidad geográfica, quedan también excluidos los supuestos en los que, *ab initio*, la prestación laboral se ha pactado que sea susceptible de ser realizada en centros de trabajo móviles. Esto excluye todas aquellas actividades que se desarrollan son una ubicación geofísica concreta, porque el puesto de trabajo tiene el carácter de móvil o itinerante, (por ejemplo, las actividades de transporte en todas sus variantes, la actividad de marina mercante, la actividad pesquera, o la de instalación de tendidos eléctricos, por poner ejemplos más concreto), o porque la movilidad es inherente a la propia actividad (por ejemplo, la de representación comercial). En estos casos, es inhabitual que haya dualidad empresarial, y la extraterritorialidad de la prestación laboral es inherente a la propia actividad, y por ello la protección del trabajador responderá a las especialidades de dicha actividad; de ahí que la problemática en torno a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores sea diversa a la de los desplazamientos internacionales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios.

empresa empleadora de un trabajador esté establecida en un Estado, y que desplace en el marco de una prestación transnacional de servicios a otro Estado, en el que se encuentra la empresa receptora de la prestación mercantil de la primera empresa. Pareciera entonces que lo único remarcable es que la empresa de origen del desplazamiento, y la empresa de destino han de estar establecidas en Estados distintos. De esta forma, aparentemente el elemento geográfico se circunscribe a que la dualidad empresarial (una empresa empleadora que desplaza una empresa de destino en último término de la prestación laboral del trabajador desplazado) sea simultánea a la dualidad de Estados de establecimiento empresarial.

25. Sin embargo, a efecto de la problemática que trata de resolver este trabajo, el elemento geográfico ha de verse con mayor detenimiento, de tal forma que este criterio geográfico no solo diferencia al desplazamiento interno del desplazamiento internacional, sino que permite diferenciar distintos tipos de desplazamientos internacionales. Atendiendo a cual sea el Estado en el que están establecidas las empresas de origen y de destino; atendiendo a un criterio geográfico es posible establecer una clasificación de desplazamientos internacionales ciertamente variada. Y la distinción no es irrelevante, ni desde el punto de vista práctico ni teórico, en la medida en que, en ciertas zonas geográficas rigen normas supranacionales susceptibles de crear/resolver problemas específicos en materia preventiva.¹³

26. Así pues, para concretar los distintos tipos de desplazamiento internacional a partir del criterio geográfico, y, se han de emplear dos tipos de dicotomía, intercambiables, a saber: a) Estado de origen *versus* Estado de destino del desplazamiento, partiendo de una visión –llámese– *hispanocéntrica* en la que es una variable recurrente que se trate de una empresa de origen o de destino establecida en España y, b) estado perteneciente a la Unión Europea (UE) o al Espacio Económico Europeo (EEE) *versus* Tercer Estado.

27. De esta dicotomía doble se derivaría una clasificación inicial en la que se distinguen los siguientes tipos de desplazamiento: 1. Desplazamiento de un trabajador empleado por una empresa establecida en España a una empresa establecida en un estado perteneciente a la UE/EEE (por ejemplo, Portugal, Francia, Polonia, Rumania); 2. Desplazamiento de un trabajador empleado por una empresa establecida en España a una empresa establecida en un Tercer Estado (por ejemplo: Brasil, Marruecos, India, China, o EEUU); 3. Desplazamiento de un trabajador empleado por una empresa establecida en un Estado de la UE/EEE (por ejemplo, Portugal, o Francia, Polonia, Rumania) a una empresa establecida en España; y, 4. Desplazamiento de un trabajador empleado por una empresa establecida en un Tercer Estado (por ejemplo: Brasil, Marruecos, India, China, o EEUU) a una empresa establecida en España.

C) El criterio económico-organizativo

28. Por último, como tercer panel de la tipología de desplazamientos internacionales que se pretende que constituyan el objeto de este estudio, es preciso tomar en cuenta un criterio organizativo o económico-organizativo. Criterio que permite discriminar la forma jurídico-organizativa que tienen las empresas implicadas en el desplazamiento temporal de un trabajador en el marco de una prestación transnacional de servicios. Este criterio, por una parte, es necesario tomarlo en consideración, en la medida en que la

¹³ Como mero apunte, en el ámbito comunitario, se ha venido prestando una intensa atención a la seguridad e higiene en el trabajo (encuadradas en la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la puesta en marcha de medidas destinadas a promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, *DOCE* de 29 de junio de 1989, se han aprobado sucesivas Directivas de desarrollo, referidas a ciertos aspectos preventivos relevante (protección de grupos específicos, lugares de trabajo, equipos, o ciertos agentes físicos, químicos o biológicos); de ahí que la materia preventiva responda a unos niveles de homogeneidad no comparables con otras materias en las que sirve aplicar reglas de coordinación (como es el caso de la materia «Seguridad social»). Ya fuera del ámbito comunitario, también es destacable el papel de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo marco se han concluido algunas normas relativas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, que solo algunos Estados han suscrito, pero que ofrecen un núcleo duro de elementos jurídicos de aplicación, más o menos estandarizados. Por último, es necesario no olvidar la eventual existencia de acuerdos o convenios bilaterales de cooperación o análogos entre España y otros Estados; lo que también ofrecería un marco concreto, en el que sí resultan relevantes los elementos geográficos.

normativa comunitaria (en la que se apoya el concepto de desplazamiento internacional aquí asumido y cuya concreta problemática preventiva se examina) lo ha empleado en la Directiva 96/71 (Art. 1.3º)

29. De otra parte, a efecto de la delimitación del contorno de la protección de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados sí pueden resultar relevantes las formas jurídicas de las empresas de origen y de destino. Y esto es así por cuanto en es relevante en materia preventiva la existencia de dos empresas, que no siempre tienen idéntica atribución de obligaciones-responsabilidades. Por el contrario, la atribución de obligaciones preventivas es habitual que se reparta, atendiendo a si hay un desplazamiento: a) desde una empresa a otra empresa, en marco de una prestación de servicios bajo la forma de contrata-subcontrata de obra o servicios, de suerte que el desplazamiento se produce desde una empresa contratista a una empresa principal o, incluso, desde una empresa subcontratista a la empresa principal; b) desde una empresa a otra empresa, que pertenecen a un mismo grupo (desde una empresa matriz a una empresa filial o viceversa); c) desde un centro de trabajo radicado en un Estado a un centro de trabajo radicado en un Estado distinto, pertenecientes a una misma empresa –multinacional– desde el punto vista económico-empresarial; d) desde una empresa que adopta la forma de Empresa de Trabajo Temporal (ETT), a una empresa usuaria.¹⁴

5. Delimitación final del objeto de estudio

30. Con carácter previo, de un modo abstracto, producido un desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, se plantean ciertas dudas, en primer lugar, referidas a cuál haya de ser la legislación que rija el contrato durante su desarrollo en el territorio del Estado de destino. Porque son posibles, al menos, dos hipótesis. De una parte, en la medida en que no haya novación contractual, y no haya mutación subjetiva alguna, podría argumentarse que al trabajador desplazado, dado que mantiene su vínculo contractual con su empresario independientemente de que haya de prestar materialmente los servicios para otro empresario, se le habría de seguir aplicando la legislación conforme a la que suscribió su contrato; y por ende, en materia de prevención de riesgos laborales habría de regir esa legislación del Estado de origen¹⁵. De otra parte, paralelamente, podría admitirse que, al modificar/trasladar el lugar de prestación de servicios de un Estado a otro, la legislación del primero perdería vigencia, a favor de la legislación laboral del Estado de destino; algo especialmente relevante en materia preventiva, por cuanto en el Estado de destino se produce la prestación material de servicios, y se actualizan los riesgos laborales de un modo inmediato.

31. Pero, independientemente de esta dicotomía, en materia de prevención de riesgos laborales habría que partirse de una consideración básica: por el mero desplazamiento, en principio, el trabajador no debería perder sus derechos laborales específicos, individuales y colectivos¹⁶, en materia preventiva,

¹⁴ Con o sin ulterior desplazamiento a otra empresa desde esta última, algo que constituiría un supuesto de doble desplazamiento o de «desplazamiento al cuadrado». Que no es una cuestión meramente teórica. De hecho, por ejemplo, en el Reglamento de Extranjería, que desarrolla la LO 4/2000, tras su reforma por la LO 2/2009, se contempla un supuesto de doble desplazamiento como es aquel en el que un trabajador extranjero (altamente cualificado), desplazado a España por una empresa de un Tercer estado va a supervisar o asesorar en obras o servicios que la empresa radicada en España realiza en el exterior en estados de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo o, incluso, en un Tercer Estado (Art. 110.1.c) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009).

¹⁵ Es lo que proponía en sus redacciones originales la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios del Mercado Interior, *DOUE* L 376 de 27 de diciembre de 2006, p. 36.

¹⁶ Porque, dentro de los –aquí denominados– derechos laborales exportables, y al margen de la normativa específica reguladora del desplazamiento internacional de trabajadores se encuentran, de un modo mediato los derechos de seguridad y salud. En efecto, al trabajador desplazado no se le dejan de atribuir los derechos fundamentales que le sean reconocidos por la legislación laboral del Estado de origen en el que está establecida la empresa que desplaza. De esta forma, en la medida en que los derechos individuales relativos a la seguridad y salud laboral derivan intrínsecamente del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, en principio, la extraterritorialidad no debería suponerles obstáculo alguno. O dicho de otro modo, la protección de la integridad física y de la propia vida del trabajador, en tanto en cuanto se trata de derechos humanos universales, deben trascender, en abstracto, las fronteras de los distintos estados. E idéntica consideración debería darse a otros

aunque algo distinto sería determinar cuál de las legislaciones concurrentes idealmente vaya a ser la competente para otorgar y regular esos derechos. O lo que es lo mismo, *a priori*, el elemento de la extraterritorialidad no debería plantear demasiadas vicisitudes en el ámbito material de la prevención de riesgos laborales, especialmente cuando el desplazamiento temporal se produce entre empresas radicadas en distintos Estados de la UE o del EEE¹⁷.

32. En el marco del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional, la Directiva 96/71 se encarga de exigir a los Estado Miembros (respecto de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional a su territorio por empresas radicadas en otros Estado de la UE o del EEE) que verifiquen el cumplimiento de la normativa interna en lo referido a la prevención de riesgos laborales (Art. 3.1º.e) de la Directiva 96/71). Y, de un modo más concreto, los empresarios que desplacen a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizarles cualquiera que sea la ley que rija el contrato, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral relativas a la prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad o de los menores (Art. 3.1º e) de la Ley 45/1999). O dicho de otro modo, respecto de las materias del núcleo duro de materias definido por la Directiva 96/71, la *lex contractu* cede temporalmente ante la *lex loci laboris temporalis*. Y, esta regla, en sus dos versiones, comunitaria y española, tienen una excepción importante: la aplicación de la legislación del Estado de destino cede ante una legislación de origen más favorable/más protectora¹⁸, se entiende, en materia preventiva (Art. 3.7º de la Directiva 96/71 y Art. 3.5º de la Ley 45/1999).

33. Así pues, a la vista de estas concreciones, ya se puede circunscribir con mayor precisión el sustrato fáctico concreto que se pretende analizar aquí. Dado que, como se ha aclarado antes, se pretende

derechos fundamentales implicados, tales como los referidos a la intimidad, por ejemplo (protección de datos referidos a la salud o de otro tipo, reconocimientos médicos y límites, y sirva un caso concreto, el de la vigilancia de la salud de trabajadoras musulmanas...). De esta forma, el trabajador desplazado temporalmente entre entidades empresariales ubicadas en distintos Estados, no se desprende de su derecho genérico a la protección de su seguridad y su salud en el marco de su prestación laboral, en régimen de extraterritorialidad, lo que se traduce en la vigencia de los derechos individuales (incluso colectivos) pero con la correspondiente dimensión colectiva, referidos a la prevención de riesgos laborales.

¹⁷ Esto es así, puesto que en este ámbito, la acción comunitaria ha llevado a cabo una regulación homogeneizadora muy intensa en esta materia laboral. En efecto, en la materia seguridad y salud, desde las instituciones comunitarias se ha llevado a cabo un enorme esfuerzo de armonización de las distintas legislaciones nacionales, quizás por tratarse de una materia en la que se hallan implicadas la vida y la integridad física, que son bienes jurídicos que gozan de una especial consideración en todos los Estados Miembros. De tal forma que, si bien respecto de otros derechos laborales no hay unanimidad, en lo que se refiere a los derechos de seguridad y salud sí se percibe de forma unánime la necesidad de la igualdad de trato en materia de riesgos laborales de los trabajadores desplazados, respecto de los trabajadores locales o autóctonos. No tanto por razones ligadas al *dumping* social de las empresas, que también, sino quizás por el hecho de que se encuentren implicados derechos fundamentales esenciales. De suerte que la protección de la seguridad y salud se erige como parte de un –eventual– Orden Público Laboral. Concepto este que, en la reciente doctrina del Tribunal de Luxemburgo resulta limitado. En efecto, se mantiene que la calificación como de Orden público que un Estado otorgue a sus disposiciones deben quedar limitadas a las leyes de policía y seguridad que sean cruciales para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 2008, *Comisión vs. Gran Ducado de Luxemburgo*, 319/06).

¹⁸ Resulta difícil aplicar la cláusula de norma más favorable en materia preventiva, porque dada la relativa homogeneidad de las legislaciones nacionales, resultado del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud comunitaria, resultara difícil determinar cual se la legislación preventiva (en su conjunto) más favorable al trabajador. En efecto no siempre es posible de dilucidar de un modo objetivo en todos los casos, dado que no existe siempre elementos cuantitativos de comparación y los elementos de orden cualitativo no siempre son fácilmente comparables desde una perspectiva de favorabilidad. Quizás haya de acudir al caso concreto. En todo caso, con carácter general, a partir del *Informe Giuliano Lagarde*, aunque referido al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, se ha mantenido que no cabe la comparación global, ni tampoco la comparación analítica de cada norma. Se opta por sistema institucional o analítico corregido, por grupos de normas y articulando compensaciones internas (Véase, por todos, M. E. CASAS BAAMONDE, «Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma» *RL*, 1994 I, p.8; I. GARCIA NINET Y A. VICENTE PALACIO, «La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional» *RMTAS*, 2000, nº 27, p. 25; y R. SERRANO OLIVARES, «Condiciones de trabajo relativas a tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador» En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER, (Dir.) *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, 2002, pp. 69 y ss.).

analizar la problemática de los derechos y deberes de seguridad y salud desde la óptica del Derecho español¹⁹, esta condición previa conduce a que se hayan de analizar: 1º en primer lugar, los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (PST en adelante), por una empresa establecida en España, a una empresa establecida en otro Estado de la UE/EEE, en el que la legislación de Prevención de Riesgos Laborales ofrezca una protección inferior al que ofrece la española; razón por la que se aplica la excepción a la regla general, por la cual rige la legislación del estado de origen, por resultar más beneficiosa al trabajador; y, 2º en segundo lugar, los supuestos de desplazamiento temporal desde otro Estado de la UE/EEE a España de trabajadores en el marco de una PST, cuando la legislación preventiva del Estado de origen no resulte más favorable para los trabajadores y, por ende, no se aplique la excepción a la regla general de la aplicación de la legislación del Estado de desplazamiento.

34. En este punto se ha de llamar la atención sobre un hecho; a tenor de la aplicación de las reglas de conflicto que se contienen en la normativa comunitaria y española, cabría que hubiera, simultáneamente distintas legislaciones aplicables a la relación laboral de un trabajador desplazado; de suerte que sería plausible que se diera que la normativa española de prevención de riesgos laborales resultara aplicable, aún cuando, respecto de otras condiciones de trabajo rigiese la normativa laboral de otro Estado.

35. A lo anterior se ha de añadir algo más; dado que no se puede prestar atención a todos los supuestos de desplazamiento, aquí se opta por, con alguna excepción, realizar un planteamiento abstracto. De forma que los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados se va a enmarcar en un supuesto-tipo general, aquel en el que el desplazamiento de trabajadores es la consecuencia de que una empresa ha contratado con otra la prestación de un servicio o la realización de una obra (conforme a la normativa civil o mercantil). En cumplimiento de ese negocio, la empresa de desplazamiento de origen, desplaza a un trabajador para que desarrolle su actividad laboral en la empresa de destino²⁰.

36. Si bien se haya fijado, como elemento delimitador del sustrato material de los desplazamientos incluidos en este trabajo, el de la aplicación del Derecho español, es cierto que es preciso determinar de qué Derecho se trata. Se ha de llamar la atención sobre el hecho de que no sólo se refiere a la aplicación de la normativa preventiva de rango legal o reglamentario, sino también a la normativa convencional que

¹⁹ So pena de incurrir en ciertos problemas derivados de la unilateralidad del enfoque. Porque, en realidad, lo óptimo habría sido emplear una perspectiva multilateral, pero que exigiría analizar todos los supuestos posibles, analizando todas las eventuales legislaciones nacionales aplicables, en materia de desplazamientos y en materia preventiva. Perspectiva esta que, de nuevo desbordaría un trabajo de estas características.

²⁰ Es cierto que desde el punto de vista técnico-jurídico este supuesto parece corresponderse con una contrata /eventual subcontrata de actividad (propia o no). En la medida en que en los supuestos de subcontratación regiría una normativa específica (laboral y especialmente preventiva), que resuelve aparentemente la mayor parte de cuestiones que ha de plantear un desplazamiento temporal transnacional, se opta aquí por evitar el enfoque de análisis desde esta perspectiva concreta; al margen de algunas mínimas referencias. Porque se pretende, en realidad, obviar una vertiente laboral central, para adoptar una perspectiva más allá. O dicho en otras palabras, se pretende, desde un punto de vista teórico abstracto, y sin poder evitar menciones relevantes como se verá, dejar perfilado un esquema de derechos y obligaciones preventivas referido a trabajadores desplazados y a las empresas implicadas en su desplazamiento, independientemente de la calificación laboral que se pueda hacer de la relación entre empresas, e independientemente de los Estados implicados en el desplazamiento.; si bien se mantiene una visión eurocéntrica relativa. Se delimita así el objeto de estudio, pero no de un modo estricto, en la medida en que se habrán de, al menos, mencionar, aquellas cuestiones trascendentes ligadas al desplazamiento temporal de trabajadores desde una empresa desplazante establecida en España a un Tercer Estado; así como las ligadas al desplazamiento a España desde una empresa desplazante establecida en un Tercer Estado. A sabiendas, en sendos casos, que no rige de modo automático ni la normativa comunitaria ni la española reguladoras de los desplazamientos; aunque sí pueden devenir aplicables de un modo mediato. En este sentido, el Art. 1.4º de la Directiva 96/71 establece que las empresas establecidas en un Tercer Estado no pueden obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en un Estado de la UE/EEE; lo que se ha interpretado que constituye una vía de expansión del régimen jurídico del desplazamiento temporal de trabajadores de la mencionada directiva; y, en el caso de la normativa española, se prevé que la Ley 45/1999 será de aplicación a empresas establecidas en un Tercer Estado en la medida en que esas empresas puedan prestar servicios en España en virtud de los establecido en los convenios internacionales que sean de aplicación (Disposición Adicional Cuarta).

regule derechos y obligaciones de seguridad y salud; tal como dispone, tanto el Art. 3.1º de la Directiva 96/71, cuanto el Art. 3.4º de la Ley 45/1999. Ambas normas establecen que conforman la legislación aplicable a la condición de trabajo en cuestión -en este caso la seguridad y salud- tanto las disposiciones legislativas, como reglamentarias o administrativas, y los convenios colectivos de aplicación general.²¹

37. Sin embargo, esta precisión legal plantea la duda acerca de si se ha de considerar aplicable lo previsto en otro tipo de convenios. Y esto resultaría relevante respecto de los convenios de empresa o de grupo de empresa, por ejemplo, que establecieran eventuales obligaciones preventivas para con los trabajadores desplazados en el marco de una PST (a España, desde una matriz o filial, o desde España, a una matriz o filial). Cuestión nada baladí respecto de las empresas en fase de internacionalización, propias del sector energético, de la construcción, de la consultoría, o de la banca, por poner ejemplos de actualidad. Tanto más, cuanto la doctrina de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos *Laval* y *Rüffert*²² ha relativizado la *vis expansiva* de la Directiva 96/71, atendiendo al ámbito de la fuerza vinculante de los convenios²³. De forma que, en materia preventiva, la exclusión de los convenios que no tengan eficacia general, ligada a la limitación de la extraterritorialidad del convenio, provoca que, a lo que aquí interesa, puedan no resultar aplicables, en caso de desplazamiento transnacional, medidas previstas en instrumentos convencionales propios de una estructura comercial descentralizada que, por otro lado, serían los que mejor responderían a la especificidad de los riesgos laborales, por estar más próximos a la realidad que regulan.

II. Los derechos de seguridad y salud del trabajador desplazado en el marco de una prestación transnacional de servicios: una cuestión de Derecho Sustantivo español

1. Derecho sustantivo *versus* Derecho Adjetivo

38. La problemática referida a la protección de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación transnacional de servicios presenta dos vertientes diferenciadas, una de carácter material referida al Derecho sustantivo aplicable que eventualmente defina los mencionados derechos (elenco y el contenido de los derechos de los trabajadores y de las obligaciones de los empresarios); y otra de carácter instrumental, referida al Derecho adjetivo (mecanismos administrativos y jurisdiccionales) que dota de efectividad a esos derechos subjetivos. Esa doble vertiente es de tal entidad que justifica un tratamiento diferenciado como el que se realiza.

39. Con distintas intensidades y diferentes manifestaciones según el tipo de desplazamiento del que se trate, con dicho desplazamiento transnacional de un trabajador desde una empresa a otra empresa, con carácter general se provoca una eventual disociación entre el Derecho sustantivo

²¹ En este punto es preciso establecer que para el caso español, la polémica sobre cómo interpretar el concepto «convenio colectivo de aplicación general» se ha resuelto mediante la consideración de que «...las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en ... los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate.» (Art. 3.4º Ley 45/1999) Si se observa, paradójicamente, de un modo inevitable, la inexistencia de un sistema homogéneo de negociación colectiva en la Unión Europea conduce a una limitación de fuentes normativas comparables a efecto de la mayor protección del trabajador desplazado.

Algo que se hace patente, por ejemplo, en el sector de la Construcción, donde el Libro II del Convenio General de la Construcción (2007-2011) dedica más de cien artículos a la materia preventiva (Art. 113-241). Por esta razón, no es posible entrar en profundidad en la regulación sectorial dado que cabría incluso llevar a cabo un estudio específico sobre los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una PST. Véase, F. CAMAS RODA Y M. MARTÍNEZ ASO, «El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional». *Revista de Derecho Social*, 2009, nº 45, p. 105-132

²² Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de diciembre, *Laval*, 341/05 y de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, 346/06, respectivamente.

²³ Véase, M. CASADO ABARQUERO, «Hacia la mercantilización de la directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores.» *Justicia Laboral*, 2009, nº 40, pp.20-29.

que regula la protección de la seguridad y salud del trabajador (normativa legal, reglamentaria o convencional reguladora de derechos y deberes preventivos) y el Derecho adjetivo que hace efectiva esa protección (normativa referida a la organización administrativa o jurisdiccional de tutela y a las reglas procedimentales); disociación que exige una fórmula para articular una protección efectiva de la seguridad y salud de los trabajadores desplazados.

2. Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados (desde/ a) España, en el marco de una prestación transnacional de servicios

40. Tanto en el caso de trabajadores desplazados desde España a otro Estado, o desde otro Estado a España, en sendo casos en el marco de una PST, ha de regir la normativa de prevención de riesgos laborales española en los supuestos en que la legislación extranjera resulte más laxa desde la perspectiva del trabajador. O lo que es lo mismo, cuando la legislación española resulte más protectora desde la vertiente de la prevención de riesgos laborales.

41. Presuponiendo aplicable la normativa española de prevención de riesgos laborales, a la vista de dicha normativa, conviene analizar dos grandes núcleos de cuestiones: la primera la de si, a efectos preventivos, se podría considerar que el trabajador que es desplazado a otro Estado por una empresa establecida en España, o a España por una empresa establecida en otro Estado, es un trabajador especialmente sensible desde la perspectiva de la normativa de prevención de riesgos laborales. Y el segundo núcleo de cuestiones se aglutinan en torno a si, acaso, el desplazamiento en sí mismo modula los distintos derechos de los trabajadores y/o las obligaciones empresariales a efecto de su cumplimiento.

42. Por lo que se refiere a la especial sensibilidad del trabajador desplazado, pareciera que no habría una solución indiscutible²⁴. Porque, independientemente de que no haya una definición legal de trabajador especialmente sensible²⁵ podría considerarse, de una parte, que *el desplazamiento por sí mismo no afectaría a un sujeto de un modo tan relevante como para considerar que dicho desplazamiento es una causa general de especial sensibilidad*. Porque lo relevante no ha de ser el desplazamiento, sino las características personales, ligadas a algún rasgo físico, psíquico o sensorial que hacen especialmente sensible a un trabajador a los riesgos ligados a las tareas de su puesto. En efecto, se interpreta que son las características personales, entendidas como algún rasgo físico, psíquico o sensorial personal, las que causalmente vinculadas a determinadas actividades exigen una obligación reforzada de tutela porque condicionan al trabajador para el desempeño de las tareas de su puesto, de un modo tal que la incidencia de los riesgos es mayor en su caso. A lo que se une que se mantiene que la sensibilidad no se posee en abstracto, sino referida a un concreto riesgo. Esta opción lleva automáticamente a excluir que los trabajadores desplazados, sin más puedan ser considerados necesariamente especialmente sensibles, sin perjuicio de que se arbitren mecanismos especiales de tutela.

43. Pero, de otra parte, se puede entender que *el desplazamiento, ligado a las condiciones personales del trabajador, sí puede hacerle especialmente sensible a los riesgos derivados del desplazamiento*. Porque no es menos cierto que, en concreto, un trabajador desplazado sí pueda devenir especialmente sensible en el marco de un desplazamiento temporal por cuanto debido a su edad, su

²⁴ En definitiva, la cuestión requeriría una opción previa entre un concepto subjetivo-individual de sensibilidad o un concepto objetivo. (Por todos, A. MORENO SOLANA, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*. Valencia, 2010, pp. 39 y ss.)

²⁵ En efecto no hay definición alguna; la norma solo ofrece algunos elementos que delimitan un eventual supuesto de sensibilidad. Pero resulta altamente reveladora la definición ofrecida desde la doctrina, a saber la de que es un trabajador especialmente sensible «cualquier trabajador, independientemente de que pertenezca a un colectivo o no, cuyas características personales dan lugar a un condicionante físico, psíquico o sensorial, que le hace particularmente mas vulnerable a los riesgos en el trabajo y los riesgos propios se agravan como consecuencia del trabajo, trabajadores para los que el legislador ha previsto una tutela reforzada», (A. MORENO SOLANA, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*. Valencia, 2010, p. 57).

nacionalidad, su formación general previa, en el nuevo marco de la prestación de servicios sea más vulnerable a los riesgos. En este sentido, no solo son relevantes las condiciones físico-psíquicas o sensoriales entendidas *stricto sensu*.

44. Habría ciertas características personales de un trabajador en concreto que sería equivalentes a condicionantes físico-psíquicas o sensoriales que condicionan la seguridad del trabajador en términos generales. Y sirvan, como ejemplo, aquellos supuestos en los que el trabajador carece, por ejemplo de conocimientos del idioma del Estado de destino del desplazamiento (y no puede entender las instrucciones de seguridad que le ofrecen los sujetos competentes, por ejemplo); o los supuestos en los que carece de una formación académica previa básica o especializada, o los supuestos en los que un trabajador carece de capacidades intelectivas especialmente desarrolladas sin ser por ello un discapacitado psíquico (supuestos estos en los que comprender, aprehender y aplicar nuevas reglas preventivas pueden resultar difíciles, de un modo agravado si hubiera problemas lingüísticos). Y a estas se sumarían otras hipotéticas características personales que pudieran afectar a la seguridad de un trabajador desplazado; tales como la edad, o la discapacidad que, en el marco de un desplazamiento, sí resultan relevantes desde el punto de vista preventivo. Porque, por poner algún ejemplo visual, los trabajadores maduros se reputan menos adaptables a los cambios, algo evidente en materia preventiva.

45. Junto a esas características menos cuestionables, habría otras, como la nacionalidad igualmente relevantes; porque se considera que, en cierto modo, algunos trabajadores extranjeros, debido a diferencias culturales, tienen una distinta percepción de los riesgos; algo que incide en sus derechos de seguridad y salud²⁶. En estos casos, esas características personales pueden condicionar el desarrollo de la actividad profesional durante el tiempo que dure el desplazamiento, haciendo a los trabajadores más sensibles a los riesgos concretos de su actividad laboral; cuando, sin dicho desplazamiento no se darían esos riesgos especiales, normalmente de orden psico-social²⁷.

46. En síntesis, parece que, desde un punto de vista general, el colectivo de los trabajadores desplazados temporalmente no es, indubitadamente, especialmente sensible en general, como categoría. Porque, objetivamente, el desplazamiento temporal no habría de hacer al trabajador desplazado, en abstracto y *a priori* más sensible a los riesgos, en los términos del Art. 25 LPRL. Pero un concreto trabajador desplazado sí puede ser especialmente sensible a los riesgos laborales durante el desplazamiento, ateniendo a sus circunstancias personales. De ahí que se pueda concluir que el trabajador desplazado no constituye una nueva categoría de trabajador sensible *per se*; aunque sí haya de ser un sujeto susceptible de una especial tutela; especialmente a través de una actividad empresarial reforzada de adaptación de la protección del trabajador concreto desplazado a sus características personales, *ex Art. 15.1.d) LPRL*.

47. Sin embargo, además, lo relevante sería, en verdad, que desde el punto de vista de la evaluación y la planificación de los riesgos, el desplazamiento se categorizase a efectos preventivos como un nuevo riesgo, ligado no ya a la prestación laboral profesional en sí, sino al régimen de ejecución de dicha prestación. O, si no se considerase un nuevo riesgo, como mecanismo de protección reforzado, podría valorarse el desplazamiento como un factor de peligro respecto de los riesgos clásicos, o incluso, en algunos casos de desplazamientos, de riesgos emergentes de carácter psico-social²⁸.

²⁶ E. PALOMO BALDA «Grupos especiales de riesgo», En, J. P. ARAMENDI SÁNCHEZ, (Dir.). *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*. Madrid, 2006, p. 293.

²⁷ Se producen así «trastornos adaptativos», normalmente en respuesta a un estresor indetectable, como puede ser el cambio de puesto de trabajo. Se trata de trastornos mentales con manifestaciones externas-síntomas emocionales (depresión, ansiedad, irritabilidad, insomnio, abulia etc.) y/o trastornos del comportamiento, con deterioro de la actividad laboral. El periodo de latencia puede ir hasta los tres meses, y, una vez desaparecido el estresor, los síntomas se pueden seguir manifestando hasta seis meses. (F.J. AMODEO ESCRIBANO, Y S. PERALES SOLER, «Trastornos adaptativos y crisis económica» *Gestión práctica de riesgos laborales*, 2010, nº 67, p. 60).

²⁸ Así lo considera la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (*Expert forecast on emerging psychosocial risks related to occupational safety and health*. Luxemburgo, 2007)

48. Por eso, independientemente de que se considere que el trabajador desplazado es un trabajador sensible o no *ex* Art. 25LPRL, lo cierto es que sí es un trabajador que, con ocasión/como consecuencia del desplazamientos, puede demandar una protección reforzada. En efecto, el derecho a la protección eficaz de seguridad y salud (Art. 14.1º LPRL) del trabajador desplazado en el marco de una PTS, eventualmente, es susceptible de expandirse, intensificando correlativamente las obligaciones empresariales derivadas del deber general de prevención. Y la *vis expansiva* del derecho genérico a la protección eficaz de seguridad y salud nace de los elementos intrínsecos al desplazamiento, así como de otros elementos externos ligados al desplazamiento. Y estos elementos, en el marco del desplazamiento, generan nuevas necesidades preventivas y, por ello nuevas obligaciones empresariales o al menos modulan las obligaciones normales del empresario.

49. Por lo que se refiere a los elementos intrínsecos al desplazamiento, se podrían mencionar, con carácter general: el traslado de residencia y las cuestiones logísticas (viajes, alojamiento, etc.); y la inserción del trabajador desplazado en otra organización empresarial para el desarrollo de su prestación laboral. El trabajador desplazado por su empresario a otro Estado, requiere, de un lado, que el trabajador realice, al menos, dos trayectos (ida y vuelta) desde el Estado de origen, al Estado de destino, en medios de transporte pertinentes atendiendo a la distancia que medie entre origen-destino. Y, de otro lado, exige que resida en el Estado de destino éste mientras dure el desplazamiento. Esta necesidad de residir en un nuevo Estado exige resolver las cuestiones logísticas básicas (alojamiento, manutención, transporte, etc.), así como las cuestiones idiomáticas y de convivencia social y cultural que se puedan suscitar. Independientemente de que con el cambio de residencia al trabajador desplazado queda inserto temporalmente en un contexto geográfico (en el que se han de tener en cuenta las condiciones climáticas, los usos horarios, el idioma o la cultura, o la orografía, por poner algunos ejemplos); en un contexto socio-político (en el que puede darse que el estado de destino se encuentre en situaciones de crisis o inestabilidad política, o, incluso en situaciones bélicas o pre-bélicas), y en un contexto económico determinado (con situaciones de desigualdad económica, o de crisis económicas, que generan inestabilidad social o incluso inseguridad) que exigen un proceso de adaptación mayor o menor, según el Estado de destino de que se trate.²⁹

50. A lo anterior se suma que el trabajador desplazado se ha de insertar, en mayor o menor medida (dependiendo del tipo de prestación de servicios transnacional que haya concertado el empresario desplazante con el empresario del destino del desplazamiento) en una nueva organización empresarial, distinta de la de origen, en la que puede regir distinta legislación (laboral o de otro tipo) y por ende distinta cultura preventiva; en la que puede haber una organización del trabajo distinta (turnos u horarios distintos, procedimientos o protocolos diferentes), o distintos tipos de recursos materiales (instalaciones, productos, equipos de trabajo distintos), y/o distintos sistemas de gestión de recursos (materiales y humanos); en la que, puede haber distintos colectivos (trabajadores autóctonos, nuevos mandos) cohabitando con el trabajador desplazado. Independientemente de que en la empresa destinataria del desplazamiento puede haber, incluso, agentes físicos, químicos o biológicos diversos, o de intensidad, concentración o presencia diversas.

51. En suma, es plausible que, como consecuencia del desplazamiento, el trabajador haya desarrollar su actividad laboral en condiciones de trabajo, en términos preventivos (Art. 4.7º LPRL), distintas de aquellas del Estado de origen.

52. Entre los elementos externos al desplazamiento, pero ligados a él, habrían de destacarse, pos simplificar, aquellos que, no guardan relación con el desplazamiento en sí, porque son inherentes a la

²⁹ Normalmente vinculados a supuestos de fuerza mayor. En Libia se han producido diversos sucesos de carácter político, que han requerido la expatriación de trabajadores españoles allí desplazados (con carácter temporal y con carácter permanente), y algo parecido ha sucedido en Egipto, Túnez, Yemen etc. así como también cabe que se produzcan fenómenos naturales de envergadura, como ha sido el caso del terremoto de Japón.

actividad empresarial o inherentes a la persona del trabajador, pero que, ligados a un desplazamiento actúan como condicionantes de la efectividad del derecho a la protección eficaz de dicho trabajador desplazado.

53. Por una parte, se ha de distinguir, en cada desplazamiento concreto, el sector de actividad en el que se produce. Hasta el momento, con carácter general, los sectores económicos en los que se producen habitualmente desplazamientos internacionales son los ligados a construcción y obras públicas (construcción de puentes, de túneles, de depósitos; obras comerciales e industriales; trabajos de cimentación; estabilización de taludes, por citar algunos ejemplos), al sector de la energía; a la consultoría y servicios financieros, y, en menor medida, a los servicios sanitarios y sociales. El sector económico en el que se produce la contratación transnacional de servicios entre empresa, y que provoca el desplazamiento temporal de trabajadores de un Estado a otro, es relevante, porque las circunstancias materiales del desarrollo de la actividad no han de ser iguales en la empresa desplazante y en la empresa de destino del desplazamiento; especialmente cuando no están sujetas a la misma legislación de prevención de riesgos laborales y tanto más cuando una de ellas sea la de un Tercer Estado ajeno al Derecho Social comunitario.

54. A lo anterior se suman las condiciones personales del trabajador desplazado. Desde el punto de vista preventivo es relevante, en primer lugar, el perfil profesional de los trabajadores desplazados. Y aquí resulta llamativo que, *de facto*, el colectivo de trabajadores desplazados se aglutina en dos tipos de categorías, a saber: trabajadores de baja cualificación o trabajadores altamente cualificados, no sólo desde el punto de vista profesional, sino también desde el punto de vista académico. Y aquí se insertaría aquella cualificación que aglutinase el conocimiento de idiomas, la titulación académica, y la experiencia profesional. Elementos estos que, de un modo transversal, junto al perfil profesional formalizado en una u otra categoría profesional, van a determinar que el trabajador desplazado requiera (o no) un plus de protección en el marco del desplazamiento temporal internacional. En segundo lugar, también son relevantes ciertas condiciones personales, como la edad o la condición familiar (en términos de existencia o no de cargas familiares, por simplificar), porque coadyuvan a que el trabajador desplazado se halle en un estadio de mayor o menor vulnerabilidad ligado a la movilidad geográfica de la que es objeto.

55. Pues bien, estos condicionantes, (elementos internos y externos) a título ejemplificativo (y sin que pueda pretenderse la exhaustividad, dado que, *in casu*, cada desplazamiento está predeterminado por un marco distinto de condicionantes), determinarían que, si bien no de un modo automático porque no se está ante un trabajador especialmente sensible, el empresario debiera ofrecer una especial tutela preventiva al trabajador desplazado. O dicho de otro modo, el deber general de protección del empresario debe aquí aplicarse con arreglo al principio de la acción preventiva contenido en el Art. 15.2º LPRL; de suerte que el empresario debe tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de adoptar la medida de desplazarle en el marco de una PTS, para decidir si desplaza o no a un trabajador³⁰. Tomada la decisión de proceder a la movilidad geográfica transnacional de un trabajador, el deber general de protección no puede desobedecer el principio general de adaptación del trabajo a la persona del trabajador (Art. 15.1º d) LPRL), que generaría, bien nuevas obligaciones preventivas, bien modularía las existentes.

3. Las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud respecto de los trabajadores desplazados

56. Vinculados a los anteriores condicionantes de los derechos, en el haz opuesto, el desplazamiento, y esos mismos condicionantes, modularían el deber general de protección (Art. 14

³⁰ De no hacerlo, esa omisión constituye una infracción grave o muy grave, según se derive o no un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (Art. 12.16º o, Art. 13.3º,4º,9º,10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden social, *BOE*, de 8 de agosto de 2000).

LPRL)). En el siguiente sentido: en el caso de las situaciones de desplazamiento, desde el punto de vista preventivo se han de distinguir dos nuevos grupos de riesgos, que se sumarían a los riesgos ligados a la prestación laboral en su fase originaria previa al desplazamiento. De forma que los riesgos ligados a la prestación laboral en su fase previa o anterior al desplazamiento quedarían en estado de latencia, porque los riesgos reales a los que estaría expuesto el trabajador en el marco de una PTS serían, de una parte, los riesgos ligados al desplazamiento en sí mismo y; de otra los –nuevos– riesgos presentes en la empresa de destinataria del desplazamiento y los factores de riesgo derivados del nuevo entorno de trabajo, los nuevos requerimientos de las tareas, el nuevo entorno social, durante el desplazamiento.

57. De esta forma, el deber general de protección del empresario se ha de someter a revisión, a una nueva conformación material, en lo que se refiere a su concreción en las distintas obligaciones empresariales en materia preventiva. Obligaciones que, en los casos de desplazamiento, se actualizan en torno a dos ejes: de un lado la ejecución en el tiempo de la medida empresarial de desplazamiento; y, de otro lado, en torno a la dualidad o individualidad de la obligación. Algo que se deriva de la presencia de, al menos, dos empresarios.

58. Por lo que se refiere a la ejecución en el tiempo de la medida empresarial, es preciso señalar que desplazamiento transnacional, es, por naturaleza temporal, pero puede tener, como se indicó más arriba, una duración indeterminada incluso indeterminable *a priori*; porque se vincula a la ejecución de la prestación transnacional contratada entre la empresa de origen y la empresa de destino. Contratación que justifica que aquélla desplace a un trabajador para cumplir con las obligaciones contractuales con la empresa de destino. Pues bien, la extensión en el tiempo de la medida de movilidad geográfica, exige visualizar el desplazamiento de un modo secuencial desde una perspectiva preventiva. De este modo, habrá de analizarse cuáles son las obligaciones previas al desplazamiento, cuáles son las obligaciones preventivas que acompañan al desplazamiento y cuáles son las obligaciones subsiguientes al retorno del trabajador desplazado a la empresa de origen, una vez cumplida la relación contractual entre empresas³¹.

59. En todos estos casos, no se puede perder de vista que estas obligaciones habrían de cumplirse en origen, y/o en destino; a lo que se une que se deban cumplir *in situ*, por ser obligaciones jurídica o materialmente territoriales; o se puedan cumplir de un modo virtual, a través de nuevas tecnologías³², o a través de sujetos intermediarios porque se puedan delegar, a través de un servicio de prevención ajeno, por ejemplo, nacional del estado de origen que se desplace con el trabajador; o a través de entidades análogas, homologables o no a los servicios de prevención del Estado de destino³³.

³¹ Esta secuencia, sin embargo se comprime en un solo estadio, el del desplazamiento, en los casos de aquellos trabajadores contratados para el cumplimiento del contrato de prestación transnacional de servicios entre empresas. Porque en este caso, la causa del contrato laboral será la obra o servicio determinado (PST), de forma que los estadios previo y posterior al desplazamiento pierden virtualidad, en tanto en cuanto antes del desplazamiento no había relación laboral vigente, ni previsiblemente mantendrá vigencia una vez finalizado en desplazamiento. En este caso, las obligaciones empresariales se sincopan y han de cumplirse comprimidas durante el desplazamiento; cuestión esta que debe dejarse a un lado aquí.

³² Se piensa en el uso de cámaras *web* y conexiones de voz a través de Internet, o el uso del teléfono, o del fax, sin más. Estas nuevas tecnologías podrían permitir el cumplimiento virtual de ciertas obligaciones. Por ejemplo, estos medios, referidas a medidas de emergencia, podrían permitir realizar una parte de análisis y de adopción de medidas y designación de personal, de un modo sincrónico o asincrónico. De la misma manera que todas las obligaciones de información, e incluso algunas de formación, se pueden realizar a través de estas nuevas tecnologías, sin necesidad del cumplimiento territorial.

³³ Cabría valorar la posibilidad de entender cumplidas las obligaciones de protección mediante la contratación de entidades análogas a los servicios de prevención españoles en otros Estados; o de empresas con funciones análogas que no respondan a la normativa de prevención de riesgos laborales pero puedan llegar a cabo funciones materialmente preventivas. Se está pensando, por ejemplo, que en un Tercer Estado, un empresario español contrate a una empresa de seguridad para verificar el cumplimiento de normativa, o contrate con una empresa de prevención de incendios, o con una compañía privada de asistencia sanitaria/seguro de accidentes y/o de enfermedad internacional, por poner otros dos ejemplos.

4. Los sujetos obligados en materia preventiva: la dualidad empresarial

60. Las obligaciones empresariales en materia preventivas se han de modular atendiendo al desarrollo temporal o durativo del desplazamiento; pero sobre todo atendiendo a la presencia de una pluralidad de sujetos. En efecto, en el desplazamiento temporal de un trabajador en el marco de una PST no se puede obviar lo siguiente: a) Cuando el destino del desplazamiento es España, habrá en España un empresario que recibe la prestación laboral material del trabajador desplazado, pero habrá implicada una segunda empresa, aquélla que procede al desplazamiento, que está radicada en el Estado de origen; b) Cuando el destino del desplazamiento no es España, habrá en el Estado de destino un empresario que recibe la prestación laboral material del trabajador desplazado, pero habrá implicada una segunda empresa, aquella que procede al desplazamiento, que está radicada en España. Si se observa, entonces, siempre³⁴ hay implicadas dos empresas, aquélla con la que el trabajador mantiene la relación laboral, pero que transitoriamente no recibe la prestación laboral, sino de un modo mediato; y aquélla empresa que ha contratado con otra empresa una prestación de servicios transnacional, y que recibe directamente, de un modo inmediato, la prestación laboral material de un trabajador -el trabajador desplazado- con el que no tiene ningún vínculo contractual laboral.

61. A lo anterior se ha de añadir que las relaciones que unen a ambas empresas pueden ser muy distintas; en realidad cualesquiera de las que definen el Art. 1.3º de la Directiva 96/71, o el Art. 2.1º de la Ley 45/1999 (a saber, contratación, subcontratación, cesión entre empresas de un grupo). Y la dualidad de sujetos empresariales implicados en el desplazamiento genera la necesidad de diferenciar entre las obligaciones que se han de cumplir en origen, las que se han de cumplir en destino, y las que se han de cumplir en origen y en destino. En todos los casos, si se observa, eventualmente resultarán de aplicación una o varias legislaciones nacionales de prevención de riesgos laborales, y serán competentes de su aplicación efectiva una o varias administraciones laborales y/o jurisdicciones.

III. La efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados: una cuestión de Derecho Adjetivo

62. El trabajador que sea desplazado en el marco de una PST, como se ha visto mas arriba, no debería sufrir por el mero desplazamiento una merma de derechos de seguridad y salud que conllevaran situaciones de infla-tutela o desprotección en materia preventiva. Porque su derecho a la seguridad y salud deber ser protegido por los empresarios implicados; si bien con algunas modulaciones evidentes. De forma que, si bien desde el punto de vista sustantivo parece que los derechos a la vida y la integridad de la persona del trabajador desplazado quedarían intactos, resulta preciso comprobar la efectividad de esos derechos; algo que pasa por analizar los mecanismos que la legislación española - la de prevención de riesgos laborales, pero también aquellas otras ramas conexas- ofrece al trabajador desplazado para hacer valer ese derecho a la seguridad y salud.

63. Como ya se apuntó, el estudio que aquí se presenta se circunscribe a los supuestos en que resulta de aplicación la normativa española de prevención de riesgos laborales; algo que sucedía, a la vista de lo previsto en el Art. 3 de la Ley 45/1999, cuando el Estado de destino del desplazamiento sea España y en la legislación del Estado de origen no haya una normativa más favorable al trabajador; así

³⁴ O casi siempre, en realidad, dado que cabe el desplazamiento entre centros de trabajo de la misma empresa (multinacional), sitios en distintos Estados, en este caso, no habría, como tal una dualidad de empresarios, si bien sí se habría de considerar que hay una eventual duplicidad de obligaciones preventivas, a cumplir en destino y en origen, como consecuencia del desplazamiento internacional. Pero, incluso, cabría que hubiera más de dos empresarios implicados, algo que sucedería en los casos de contratación y subcontratación en cadena, por ejemplo, o de contratistas y subcontratistas que realiza una empresa usuaria con una tercera empresa respecto de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal. Situaciones estas que plantearían cuestiones específicas que se han de dejar de lado aquí.

como cuando el Estado de origen sea España y en el Estado de destino la legislación preventiva sea más laxa, de forma que el trabajador exporta la normativa española³⁵.

1. La pluralidad de sujetos implicados en la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados

64. Antes de analizar cuáles hayan de ser los eventuales mecanismos de tutela en orden a dotar de efectividad a los derechos de seguridad y salud del trabajador en régimen de desplazamiento, conviene llamar la atención sobre un hecho diferencial del desplazamiento transnacional; cual es la pluralidad de sujetos implicados. En concreto, junto a la figura del trabajador desplazado, habría una duplicidad empresarial, una duplicidad de representación de los trabajadores, incluso una duplicidad de Administraciones Públicas (autoridades administrativas con competencias en materia preventiva). A lo que se une que el trabajador desplazado cohabita con la plantilla de trabajadores autóctonos de la empresa de destino; incluso con otros trabajadores que hayan podido ser desplazados por otras empresas de origen, radicadas en el mismo Estado de destino o en otros Estados distintos.

A) La duplicidad de empresarios

65. Desde el punto de vista de la efectividad de los derechos, en primer lugar, la duplicidad de empresarios, en los términos en los que se hablara más arriba, *de facto*, plantea ciertos problemas operativos que podrían concluir en la desprotección del trabajador desplazado. Y esto es de este modo porque (dejando a salvo en los supuestos en los que hay una relación entre una Empresa de Trabajo Temporal y una Empresa Usuaria, en los que hay una regulación bastante clara³⁶) en los casos de desplazamiento el principal problema de efectividad de los derechos de seguridad y salud es que los empresarios permanecen aislados en el cumplimiento de sus obligaciones empresariales de prevención. Y cabría que se pudiera declinar su cumplimiento, a expensas de que el otro empresario las cumpliera.

66. A esta situación se suma otra circunstancia; la de que el trabajador desplazado puede pertenecer a una tipología de trabajadores muy diferente. De un modo más concreto, hay que diferenciar entre categorías de trabajadores desplazados. Algunos pueden ser, al margen de las vicisitudes que se produjeran en el cumplimiento de las obligaciones empresariales de prevención de riesgos laborales, garantes de su seguridad porque tiene la capacitación profesional (actitudes y aptitudes intrínsecas a su formación académica y/o profesional. Pero, para otro tipo de trabajadores, los de baja formación (que incluso pueden tener problemas lingüísticos), puede resultar una carga excesiva la atribución de ese elenco de obligaciones en materia preventiva.

67. En suma, independientemente de las posibilidades previstas en la coordinación de actividades preventivas, haría falta un sistema de colaboración entre empresas que sirviera, de un lado para aligerar la carga de las empresas en términos de eficiencia, y para dotar de eficacia al derecho de protección del trabajador desplazado. Algo a lo que las nuevas tecnologías, sin duda, pueden contribuir³⁷.

³⁵ A efectos de la efectividad de la protección de los derechos de los trabajadores en el marco de la PST se ha de asumir que al hablar de la normativa preventiva se toma en consideración no solo la parte sustantiva, sino también la parte adjetiva de prevención de riesgos laborales.

³⁶ Art. 28 LPRL y Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

³⁷ Aunque, quizás, lo efectivo podría ser que desde la normativa se deslindaran claramente las obligaciones. No se entra en ello pero el caso de la subcontratación en el sector de la construcción es paradigmático. Por resumir, la empresa contratista cumple con un particular deber de vigilancia para con las empresas subcontratistas: las empresas contratistas y subcontratistas han de vigilar el cumplimiento por parte de sus respectivas subcontratistas de las obligaciones referidas a: la acreditación de que cuentan con recursos humanos con formación en materia preventiva, así como con la adecuada organización preventiva; a la inscripción en el Registro de Empresas Autorizadas, por señalar las obligaciones más importantes. Y, en todo caso, han de asumir la responsabilidad solidaria del contratista y del subcontratista en caso de incumplimiento del deber de vigilancia, en relación

68. En este sentido, se habría de tener en cuenta que, la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores depende mucho del número de trabajadores desplazados, simultánea o sucesivamente, que hacen factible, incluso rentable, establecer los mecanismos de modulación o ajuste de las obligaciones empresariales. O dicho de otro modo, es plausible que la protección de la seguridad y salud de los trabajadores hubiera de ser mayor en aquellos casos en que una empresa habitualmente desplazase trabajadores a otras empresas y/o una empresa habitualmente recibiera a trabajadores desplazados por otras empresas. En estos casos, las empresas implicadas –la desplazante de origen y la de destino que recibe el desplazamiento– muy probablemente tendrían interiorizados protocolos *ad hoc*, de modulación de las obligaciones empresariales preventivas en caso de desplazamiento transnacional.

69. De la misma manera, sería posible que la actividad intrínsecamente internacional de las empresas implicadas en el desplazamiento pudiera generar complicaciones en materia preventiva. Y se destacarán aquellas que condicionan la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en la empresa de destino. En concreto, supone un elemento de complicación la existencia de una pluralidad de trabajadores autóctonos y/o desplazados, y tanto más si, primero, han sido desplazados por empresas distintas sujetas a distintas legislaciones preventivas, y, segundo, esos trabajadores tienen distinta nacionalidad o provienen de Estados distintos con diferentes lenguas y diferentes culturas y estándares preventivos.

B) La duplicidad de representaciones de los trabajadores

70. La duplicidad empresarial provoca, inevitablemente que haya una duplicidad de representación legal de los trabajadores (incluyéndose aquí la representación específica en materia preventiva): la representación de la empresa de origen que desplaza al trabajador, y la representación de la empresa de destino que recibe a ese trabajador.

71. Pues bien, desde el punto de vista de la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados, se plantean algunas inoperancias referidas a las obligaciones empresariales que se enmarcan en una zona de consulta con los representantes de los trabajadores (especialmente las previstas en los Art. 16 y ss. LPRL). De tal forma que, cuando se produce un desplazamiento de trabajadores habrá que analizar como se reparten, si es el caso, las facultades de información y consulta (Art. 33 y ss. LPRL). Y en este sentido habría que determinar, *in casu*, la representación de qué empresa tiene qué facultades.

72. Aún estado clara la atribución de facultades se plantearían dos problemas añadidos; de una parte, la de legitimación de la representación de una de las empresas implicadas para ejercer derechos de información y consulta ante la otra empresa; de otra parte, la de la legitimación de la representación de sendas empresas para proteger derechos de, bien un trabajador desplazado que no presta servicios efectivos en la empresa (en el caso de la representación de la empresa de origen); bien de un trabajador que no pertenece a la plantilla, aunque esté prestando servicios en la empresa (en el caso de la empresa de destino).³⁸ Pues bien, estos problemas estaría resueltos en la legislación española, en la medida en que se ha previsto que los representantes de empresas de destino del desplazamiento establecidas en España, puedan ejercer, respecto de los trabajadores desplazados, con independencia de dónde se encuentre su empresa de origen, las competencias que les atribuye la legislación española (Disposición Adicional Tercera de la Ley 45/1999). O dicho de otro modo, en los supuestos en que la empresa de destino radique

a las obligaciones laborales y de Seguridad Social. (Art. 4 Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, *BOE* de 19 de octubre de 2006).

³⁸ Problemas estos que no habrían de darse en el caso de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una PST entre empresas del grupo (donde habría que valorar la eventual eficacia de la reforma en curso de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (*BOE*, de 25 de abril de 1997) en lo que se refiere a derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas comunitarias (o grupos), o entre centros de trabajo de la misma empresa ubicados en distintos estados.

en España, la representación legal de los trabajadores puede ejercer funciones representativas en materia preventiva respecto de trabajadores desplazados en el marco de una PST, aun cuando no formen parte de la plantilla; algo que, al menos parcialmente, contribuye a dotar de efectividad a los derechos de seguridad y salud de esos trabajadores desplazados.

C) La pluralidad de Administraciones Públicas

73. Desde el punto de vista de la eficacia de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados, resulta trascendente la existencia, de un lado, de una pluralidad de autoridades públicas, y de otra resulta esencial que en este conjunto plural hay entidades con competencias territoriales en Estados distintos. O dicho de un modo más concreto, en lo que se refiere a las cuestiones preventivas ligadas al desplazamiento transnacional, no sólo está implicada la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social (ITSS en lo sucesivo) española, sino también las distintas autoridades laborales autonómicas, con competencias sancionadoras, aunque a veces también no sancionadoras (de carácter técnico) en esta materia.

74. En efecto, en España, a la ITSS le ha sido asignada la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (Art. 9 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, *BOE* de 15 de noviembre de 1997(LITSS en adelante))³⁹.

75. En cumplimiento de sus funciones, ha de interactuar, a su vez, con una pluralidad de sujetos, que se pueden duplicar en el caso de desplazamientos temporales en el marco de una PST. Porque, en este caso, la ITSS habrá de supervisar, *a priori*, en abstracto, el cumplimiento de la normativa preventiva por las empresas implicadas en el desplazamiento. Pero esto provoca vicisitudes muy importantes ligadas a los límites territoriales de la ITSS, circunscritos al territorio español⁴⁰. Además, paralelamente, en lo relativo a los desplazamientos de trabajadores en el marco de una PST, la Ley 45/1999 hace intervenir a la autoridad laboral competente, atendiendo a un criterio estrictamente territorial (origen-destino del desplazamiento), lo que provoca que sea las autoridades laborales autonómicas, en sus respectivos territorios, las que reciban la comunicaciones obligatorias relativas a desplazamientos de trabajadores. En efecto, a efecto de asegurar el cumplimiento de la normativa sobre desplazamiento, el empresario tiene una obligación especial de comunicar el desplazamiento de trabajadores antes de su inicio, y con independencia de su duración, a la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde vayan a prestar los servicios (Art. 5.1º Ley 45/1999). Y la Autoridad Laboral, autonómica, ha de poner en conocimiento de la ITSS y de la Agencia Tributaria, las comunicaciones de desplazamiento recibidas (Art. 5.5º Ley 45/1999).

³⁹ Que se concreta en: a) Asesorar e informar a las empresas y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir la normativa laboral (Art 9.1.b) LITSS); b) Vigilar el cumplimiento de la normativa laboral, y proponer cuando compruebe una conducta infractora la correspondiente sanción administrativa; sin perjuicio de que pueda realizar los oportunos requerimientos para la subsanación de deficiencias; función que alcanza a la comprobación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los servicios de prevención (Art. 9.1.e) LITSS). A lo anterior se suma la posibilidad de paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores (Art. 9.1.f) LITSS); c) Elaborar los informes solicitados por los Juzgados de lo Social en las demandas deducidas ante los mismos en los procedimientos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como informar a la autoridad laboral sobre los accidentes de trabajo mortales, muy graves o graves, así como sobre las enfermedades profesionales en las que concurran dichas calificaciones (Art. 9.1.c y d) LITSS).

⁴⁰ Y este panorama es previsible que vaya complicando, aun más, en los casos en que las distintas Comunidades Autónomas vayan asumiendo competencias inspectoras en sentido estricto. Se trata, sobre todo, de una problemática ligada a la ausencia de colaboración entre Administraciones; algo que pretende solucionar la reforma en curso de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En efecto se prevé, en primer lugar, de dotarla de una organización más adecuada al actual escenario competencial que permita una mejor cooperación entre las administraciones general y autonómicas; en segundo lugar, la creación de una nueva Escala de Subinspectores especializados en seguridad y salud, y adapta su organización a los traspasos a las Comunidades Autónomas; en tercer lugar, el refuerzo de la cooperación multilateral a través de una Conferencia Sectorial de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la cooperación bilateral entre la Administración General del Estado y la Administración autonómica en cada territorio (Anteproyecto de Ley de Reforma de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), aprobado el 17 de junio de 2011..

76. A lo anterior se suma que la Ley 45/1999 atribuye a la ITSS española la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa sobre desplazamiento (Art. 8). Previsión esta que resulta óptima, porque un mismo sujeto aglutina la función de vigilancia del cumplimiento de la normativa preventiva, y de desplazamiento. Si bien se presupondría, en términos de efectividad de los derechos de seguridad y salud, una actividad de colaboración administrativa ágil entre Administraciones.

77. Para complicar la situación anterior, se ha de tener en cuenta que el esquema dual «entidad competente en materia preventiva & entidad competente en materia de desplazamientos transnacionales» está igualmente presente en el otro Estado implicado en el desplazamiento (el de origen o el de llegada, según el caso del que se trate), en el que habrá, por regla general, una entidad que supervisa el cumplimiento de la normativa preventiva, y otra entidad administrativa que controla los desplazamientos transnacionales⁴¹.

2. Los mecanismos de tutela de los derechos de Seguridad y salud en el marco del desplazamiento

78. La pluralidad de sujetos implicados resultaría relevante desde el punto de vista de la efectividad de los derechos de seguridad y salud, únicamente en la medida en que provocasen disfuncionalidades en los mecanismos de tutela de los derechos de seguridad y salud previsto. En efecto, que haya una presencia plural de empresarios, o de Administraciones públicas no habría de generar situaciones patológicas desde el punto de vista preventivo; es más, sería previsible entender que, a mayor número de sujetos implicados, habría mayor protección preventiva. Y si esto es cierto desde un punto de vista teórico-abstracto, en la práctica es susceptible de no ser así. Especialmente porque el éxito de la intervención plural pivotaría sobre, esencialmente, primero en la delimitación clara de obligaciones empresariales y de competencias administrativas entre los sujetos –plurales– implicados; y, segundo, sobre el diseño de sistemas de colaboración –internacional/comunitaria– efectiva.

79. Desde el punto de vista material, pareciera que la delimitación de las obligaciones preventivas entre empresario no siempre resulta clara en caso de desplazamiento transnacional⁴², y estos es especialmente grave en lo que se refiere a las obligaciones de coordinación (y colaboración, por ende) de actividades preventivas. A lo que se une que la propia normativa preventiva está plagada de conceptos jurídicos indeterminados. De suerte que, *in casu*, lo «adecuado», lo «suficiente», lo «idóneo», por señalar lo más evidente, se ha de dotar de contenido, atendiendo a la realidad de cada desplazamiento, es decir, atendiendo al tipo de trabajador desplazado, al tipo de empresas implicadas, y al tipo de legislaciones implicadas, junto a la española.

80. Independientemente de lo anterior, desde la normativa adjetiva relativa al desplazamiento y a la prevención de riesgos laborales, se prevén ciertos mecanismos de tutela de la efectividad de los derechos (subjeto-sustantivos) de seguridad y salud del trabajador desplazado. Y esta tutela podría ser una tutela *a priori*, es decir, previa a una vulneración de los derechos de seguridad y salud que tenga como resultado un daño; o una tutela *a posteriori*, es decir, una tutela resarcitoria de un daño causado por incumplimiento de la normativa preventiva. En efecto, entre las opciones posibles, aquí se opta por, desde una perspectiva binaria, emplear como punto de inflexión de la tutela de los derechos de seguridad y salud el acontecimiento de un daño. Es decir, los derechos de seguridad y salud pueden ser tutelados antes, y, cumulativamente, también después de que se produzca un daño.

⁴¹ Véase el Documento de trabajo de 13 de junio de 2007, que acompaña a la Comunicación de la Comisión *Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*. (COM (2006) 159 final) y a la Comunicación de la Comisión de 13 de junio de 2006 *Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: mejorar sus beneficios y potencial garantizando la protección de los trabajadores*. (COM (2007) 304 final) (SEC 2007) 747. Por simplificar, es habitual que las competencias en materia de prevención de riesgos laborales queden vinculadas a organismos con competencias en sanidad, y las competencias en material de control de desplazamientos a organismos con competencias laborales o con competencias de gestión de flujos migratorios.

⁴² Excepción hecha de ciertos supuestos, como los relativos al desplazamiento con intervención de empresas de trabajo temporal, o como los relativos a contratación y subcontratación de servicios, especialmente en el sector de la construcción; temas estos que se han tratado levemente y se han dejado apuntados para no desbordar el trabajo.

A) Tutela *a priori*

81. Un primer mecanismo de tutela de la efectividad de los derechos de seguridad y salud del trabajador desplazado sería la verificación por las Administraciones Públicas competentes (en el Estado de origen y en el Estado de destino), del cumplimiento inicial, durativo, y posterior al desplazamiento, de las obligaciones preventivas respectivas. Sin que, en ningún caso, esa verificación equivaliese a una autorización de desplazamiento; algo que contravendría la normativa comunitaria en los términos en los que la interpreta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴³.

82. No existe en la normativa española ningún mecanismo de verificación de este tipo. Si bien la comunicación previa de desplazamiento podría tener un efecto parejo. Como se ha señalado, con carácter previo al desplazamiento, el empresario ha de comunicar a la entidad territorialmente competente (Art. 5.1º Ley 45/1999) dicho desplazamiento. Y en la comunicación ha de hacer constar ciertas informaciones relevantes. Entre ellas, sin embargo, no se exige ninguna de contenido preventivo⁴⁴, a lo que se une que esta autoridad laboral no tiene, en principio, facultades para requerir documentación adicional a la empresa desplazante.⁴⁵ Y quien sí las tiene (la ITSS española) no conoce directamente el desplazamiento, sino que le ha de ser puesto en conocimiento por la autoridad laboral, autonómica (Art. 5.2º Ley 45/1999). De este modo, como se verá más adelante, cabría exigir, como ya sucede en algún ámbito aunque de un modo inespecífico⁴⁶, que *de lege ferenda*, con carácter previo al desplazamiento se acreditase el cumplimiento de la normativa preventiva de aplicación.

83. Sin constituir una verificación como tal, si es cierto que hay un instrumento que, indirectamente, podría contribuir a la tutela de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados. Se trata del derecho que asiste a los empresarios que desplacen trabajadores a recibir de la Autoridad laboral del territorio donde vayan a prestar los servicios la información necesaria referida a la normativa aplicable, en lo que aquí concierne en materia de seguridad y salud, a los trabajadores desplazados (Art. 4.3º de la Directiva 96/71, y Art. 7 y Disposición Adicional Primera de la Ley 45/1999⁴⁷). En los casos en que en España se encuentra la empresa de destino, además, el propio trabajador desplazado podría solicitar dicha información, en orden a poder hacer efectivos sus derechos de seguridad y salud a través de los canales jurídicos al efecto, así como sus correlativas obligaciones preventivas (las previstas en el Art. 29 LPRL).

⁴³ En efecto, el Tribunal de Luxemburgo ha establecido que cualquier procedimiento que establezca un Estado que supedita el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios mediante trabajadores desplazados por una empresa domiciliada en otro Estado miembro a la concesión de una autorización puede constituir una restricción a la libre prestación de servicios (*ex* Art. 56 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Así se establece desde el asunto *Valder Elst* (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de agosto de 1994, C-43/93). Pero incluso de ha considerado que restringe esa comunicación un proceso de notificación de desplazamiento que incluye la notificación por la autoridad del Estado que recibe el desplazamiento de un número de registro, y fija un plazo de cinco días para dicha remisión a la empresa de origen (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de octubre de 2010, *Dos Santos Palhota*, C-515/08).

⁴⁴ Comunicación en la que se han de hacer constar ciertos datos generales referidos a las empresas implicadas, a la identidad del trabajador y al tipo de actividad que va a desarrollar el trabajador. (Art. 5.2º Ley 45/1999). Y en el caso de desplazamientos en los que intervenga una Empresa de Trabajo Temporal, esta habrán de hacer constar las oportunas acreditaciones para actuar como tal, y la empresa usuaria habrá de precisar las necesidades temporales que subyacen al contrato de puesta a disposición (Art. 5.4º Ley 45/1999).

⁴⁵ Es más, en la Ley 45/1999, en su Art. 6 se establece la obligación empresarial de comparecer, a requerimiento, ante la ITSS para aportar la documentación que le sea requerida y que justifique el cumplimiento de la normativa sobre desplazamiento. Obligación que se diluye cuando la ITSS desconozca la existencia de desplazamiento.

⁴⁶ Como sucede en materia de Extranjería. En el Art. 111 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, se exige como requisito previo a la concesión de una autorización administrativa de residencia, que la empresa desplazante de origen garantice que se cumple con las obligaciones del Art. 45/1999.

⁴⁷ E. TERRADILLOS ORMAETXEA, «Información a los interesados y cooperación administrativa con las administraciones públicas de otros estados en materia de información e inspección.» En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER (Dir.) *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, CES, 2002, pp. 155-183.

84. Entre los mecanismos más habituales de tutela *a priori* se encuentra la tipificación de los incumplimientos empresariales como infracciones administrativas en el orden social. Y lo mismo se podría decir de la tipificación penal, que se deja de lado en este trabajo. Es verdad que, en principio, la propia infracción ya presupone una vulneración del derecho de seguridad y salud, pero, del mismo modo es un mecanismo de tutela sobrevenida (tras un incumplimiento), que puede preservar en definitiva al trabajador desplazado de sufrir un daño en último término.

85. A este respecto, la tutela que se ofrece desde la normativa española es doble. Porque, de un lado, se han tipificado incumplimientos referidos al desplazamiento transnacional en sí mismo; y a esta tipificación se añade la general referida a incumplimientos de obligaciones empresariales en materia preventiva⁴⁸. El primer grupo de infracciones, las referidas al desplazamiento se refieren a la (ir) regularidad formal y material del desplazamiento⁴⁹.

86. Pero, paralelamente a la tipificación como infracción de los incumplimientos formales, se tipifican como infracciones administrativas los incumplimientos materiales, que alcanzarían a las obligaciones empresariales de obligaciones en materia de seguridad y salud. Algo que se produce a través de una técnica discutible⁵⁰. En efecto, constituye infracción administrativa tipificada, el no garantizar a los trabajadores desplazados a España, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española en los términos definidos por el Art. 3 de la Ley 45/1999, disposiciones reglamentarias para su aplicación, y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de la actividad de que se trate. (Art. 10.4º TRLISOS). Pero, simultáneamente, se produce una remisión en bloque (por materias, según las condiciones de trabajo de que se traten) a la tipificación y graduación de infracciones y sanciones que realice la normativa sancionadora. De forma que, el empresario que desplace trabajadores en el marco de una PST e incumpla la normativa preventiva que sea de aplicación, comete una infracción. Pero, para la concreta tipificación y graduación de esa infracción, y de su correspondiente sanción concreta, habrá de estarse a lo previsto en la normativa sancionadora (es decir, Art. 42.1 LPRL y Art. 11-13 TRLISOS).

87. Todo lo anterior ha de referirse al empresario de origen; es decir, el que procede, desde España a desplazar a un trabajador a otro Estado, así como al empresario que desplaza a un trabajador a España desde otro Estado. Pero, en sendos casos, habría un segundo empresario implicado en el desplazamiento: el empresario de destino, que recibe, en España o en otro Estado, atendiendo el supuesto de que se trate, la prestación material de servicios del trabajador desplazado en el marco de una PST. Pues bien, respecto de éste empresario no hay tipificación específica alguna. Lo que no obsta para que se pueda considerar que sí puede ser sujeto administrativamente responsable de aquellas obligaciones materiales que le sean propias. En lo que aquí respecta, este empresario de destino, que, por otra parte, no tiene obligaciones formales ligadas al desplazamiento, sí tendrá esas ciertas obligaciones empresariales preventivas vinculadas a que, en el marco de dicho desplazamiento, un trabajador desarrolla la actividad

⁴⁸ Regulado en el Derecho Subterráneo por el Criterio técnico sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios transnacional, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (CT-42/2005).

⁴⁹ De este modo, se consideran sujetos responsables en el ámbito administrativo, los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa legal que regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, respecto de las condiciones de trabajo que deben garantizar a dichos trabajadores desplazados temporalmente a España (Art. 2.11º del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, *BOE* de 5 de agosto de 2000, TRLISOS en lo sucesivo)). Respecto de estos sujetos se consideran conductas infractoras, de distinta gravedad (leve, grave y muy grave), los defectos formales de comunicación (Art. 10.1º TRLISOS), la comunicación extemporánea posterior a su inicio (Art. 10.2º TRLISOS); la falta de comunicación y la comunicación falseada, que oculte datos o contenga datos falsos (Art. 10.3º TRLISOS).

También se encuentra tipificada, como obstrucción, la no aportación de documentación cuando el empresario desplazante sea requerido para ello (Art. 49 TRLISOS, en consonancia con la obligación impuesta por el Art. 6 de la Ley 45/1999).

⁵⁰ Por todos, véase, J. SEGALÉS Y A. VALDÉS ALONSO, «Mecanismos de tutela administrativa». En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER (Dir.), *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, 2002, pp. 194 y ss.

laboral material bajo su ámbito de organización. Y, en consecuencia, en esta materia sí deviene sujeto administrativamente responsable, en los términos previstos con carácter general (Art. 11-13 TRLISOS).

B) Tutela a posteriori

88. Junto a los mecanismos de tutela *a priori*, sería posible encontrar otros que actúa *a posteriori*, es decir cuando el trabajador desplazado en el marco de una PST sufre, como consecuencia de un incumplimiento empresarial o de un cumplimiento empresarial defectuoso de las obligaciones preventivas, un daño. Se trata, en este caso, de mecanismos de tutela –se podrían denominar– inespecíficos de los trabajadores desplazados; por cuanto son mecanismos de reacción (que ofrece la legislación española) ante incumplimientos empresariales en materia preventiva que provocan un daño en la salud o integridad, y que asisten a cualquier trabajador. Sin embargo, aún siendo mecanismos inespecíficos sí se puede entender que tutelarían *ex post* derechos de seguridad y salud de trabajadores desplazados; aunque con ciertas particularidades; que son las que se van a tratar de analizar en lo sucesivo.

89. Así, el elemento clave de la protección de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazado es aquí la producción de un daño en la salud o integridad del trabajador desplazado, que desencadena un elenco de mecanismos de tutela. Desde un punto de vista práctico, pues, estos mecanismos de protección giran en torno a la producción de un accidente de trabajo y/o enfermedad profesional.⁵¹ Estos mecanismos *a posteriori*, sin embargo no resultan ser, como tal, mecanismos preventivos, sino reparadores; de ahí que solo deban ser considerados mecanismos de tutela de derechos de seguridad y salud *amplo sensu*; porque, obviamente, acontecido un daño se ha producido una vulneración del propio derecho. No obstante, también resulta evidente que se ha de considerar que la vertiente resarcitoria-reparadora forma parte del derecho de seguridad y salud.

90. Uno de los principales mecanismos de tutela *ex post* sería el de, cuando sea procedente (eminentemente cuando el daño no entrañe la extinción del contrato de trabajo), que en caso de que se produzca un daño durante el desplazamiento derivado del incumplimiento en materia preventiva, el trabajador desplazado solicite, la extinción indemnizada del contrato de trabajo.⁵² En efecto, el incumplimiento del deber general de protección empresarial, y los eventuales demás incumplimientos de obligaciones preventivas empresariales concretas, justificarían, en los términos establecidos por el Art. 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores que el trabajador pudiera solicitar la resolución judicial indemnizada del contrato de trabajo. Si bien los principales obstáculos de esta opción serían los ligados

⁵¹ En este ámbito, el de la siniestralidad laboral, sin embargo resulta difícil deslindar cual es la afectación de los trabajadores afectados; especialmente porque en el programa *Delta*, a efectos estadísticos, no consta desglosado el carácter de trabajador desplazado, sino la nacionalidad. Por eso solo intuitivamente se podría analizar, en los sectores propios del desplazamiento, cual sería la incidencia de accidentes en el segmento de trabajadores desplazados.

| Sector de actividad | Porcentaje (de un total de 617.440 accidentes) | Porcentaje de AT mortales |
|---|--|---------------------------|
| Zonas industriales | 37,96 % (234.381) | 20,09 % |
| Obras, construcción, cantera, minas a cielo abierto | 15,36 % (94.838) | 18,93 % |
| Subterráneos (exceptuando obras) | 0,63 % (3.906) | 0,79 % |
| Lugares de actividad terciaria (oficinas...) | 1,38 (8.500) | 0,32 |

Fuente: elaboración propia, a partir de las Estadísticas sobre siniestralidad laboral, 2009. (www.mtin.es)

⁵² Obviamente, este mecanismo supone que independientemente de que la legislación preventiva aplicable sea, a tenor del Art. 3 de la Ley 45/1999, la española, la legislación aplicable al contrato ha de ser igualmente la española, en los términos que lo establezcan las normas de Derecho Internacional Privado, de origen nacional o del ámbito comunitario, aplicable al caso concreto.

a de la prueba del incumplimiento grave y culpable, y del perjuicio. Y este mecanismo de tutela podría, ser incluso, también un mecanismo *ex ante*, o *a priori*, porque el incumplimiento grave del deber de protección resulta evidente cuando hay un daño por incumplimiento de obligaciones, pero no es menos incumplimiento cuando no se produzca un daño pero sí se pruebe dicho incumplimiento⁵³.

91. De la misma manera, en caso de producirse un daño, el trabajador desplazado podría reclamar, independientemente de que la conducta empresarial haya sido calificada como infracción administrativa o penal *ex Art. 42.3º LPRL*, indemnización por daños y perjuicios.⁵⁴ Y podría hacerlo, tanto respecto de su empleador, el empresario de origen, cuanto del empresario de destino. Respecto del primero, se trataría de una responsabilidad de tipo contractual; pero en respecto del segundo cabría que el trabajador desplazado pudiera siempre exigir indemnización con base jurídica en la responsabilidad extracontractual (*ex Art. 1902 del Código Civil español*). Con esta empresa no tiene relación laboral, pero sí presta servicios bajo su organización. De suerte que todos los daños que se produzcan en su ámbito de influencia serían susceptibles de generar una obligación resarcitoria. Es más, incluso en los casos en que la normativa legal no lo haga (lo hace en el caso de la contratación y subcontratación, especialmente en algunos sectores como el de la construcción), cabría valorar si se puede derivar responsabilidad civil solidaria.

92. Acontecido un daño, el trabajador desplazado que sufra una contingencia profesional (accidente de trabajo y/o enfermedad profesional producido/desarrollado/agravado durante el desplazamiento en conexión con el incumplimiento de la normativa preventiva), habría de recibir la oportuna protección económica por el sistema de Seguridad Social competente. En caso de desplazamiento transnacional, esta protección presupone, bien la aplicación del Derecho Comunitario de Coordinación de las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social implicadas⁵⁵, bien la aplicación de eventuales convenios bilaterales de Seguridad Social cuando uno de los Estados de destino/origen no pertenezca la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo. Sin que haya especiales particularidades, desde el punto de vista de la protección prestacional, por tratarse de un trabajador desplazado en el marco de una PST, salvo las especialidades referidas a la comunicación del desplazamiento a las entidades de Seguridad Social competentes en los distintos Estados, que permite el mantenimiento de la legislación de origen (*Art. 14 a 17 del Reglamento 1408/71*).

93. Mención aparte ha de hacerse a las mejoras voluntarias, especialmente a las pactadas en convenios colectivos o en los contratos. Porque, en estos casos, la obligación de mejorar puede estar prevista, bien en la normativa convencional aplicable en el Estado de origen, bien en la normativa de destino. Y en sendos casos se plantea la duda de si el trabajador desplazado que sufre un daño incluido en el ámbito objetivo de la mejora prestacional, puede ser acreedor de la protección complementaria.⁵⁶

⁵³ Sirva a modo de ejemplo el supuesto en que un trabajador haya debido ejercitar su *ius resistendae* y abandonar su puesto ante un riesgo grave e inminente no evaluado o no incorporado al plan de prevención.

⁵⁴ Y, para mayor protección del trabajador, parece que todos los eventuales problemas de orden jurisdiccional quedarían resueltos, con la reforma que incorpora la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, *BOE* de 11 de octubre, por la que los tribunales de este orden jurisdiccional asumirán todos los asuntos relativos a accidentes laborales, seguridad e higiene en el trabajo y vulneración de derechos en el ámbito laboral.

⁵⁵ Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, *DOUE* L 166, de 30 de abril de 2004; y el Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, *DOUE* L 284, de 30 de octubre de 2009.

Si bien, transitoriamente, en Suiza y en los Estados del Espacio Económico Europeo siguen vigentes el Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias, *DO* L 149 de 5 de julio de 1971, p. 2, y su Reglamento de desarrollo.

⁵⁶ Y a este problema habría de añadirse otro, de orden práctico pero también conceptual, a saber el referido a cómo articular las mejoras de prestaciones, atendiendo a cual se la normativa de Seguridad Social aplicable tras la aplicación de las reglas de determinación de legislación aplicable previstas en los instrumentos comunitario o internacionales. Cuestión esta que requeriría un espacio propio, como otras tantas que se han venido dejando apuntadas.

94. De un lado, respecto de los convenios colectivos, se plantea la duda de si lo previsto en el convenio aplicable en la empresa de origen acompaña al trabajador en su desplazamiento; o en términos más prácticos, habría que valorar si, acontecido un daño fuera del estado de origen, en el ámbito de la empresa de destino, cabe demandar la protección complementaria prevista en la normativa convencional de la empresa que ha procedido al desplazamiento. Y esta cuestión se complica aún más si la normativa protectora contuviera alguna condición de culpabilidad empresarial en el acontecimiento del daño. Porque, entonces, se plantearía la duda de si el trabajador puede ser acreedor de protección complementaria cuando el daño lo ha provocado el empresario de destino.

95. Paralelamente, respecto de los convenios aplicables en la empresa de destino, se plantea la duda de si resultarían aplicables al trabajador que es allí desplazado por su empresa de origen; en la medida en que no ostentaría la condición de trabajador de plantilla en términos jurídico-convencionales. Y la cuestión sufriría la misma complicación que en el caso anterior, cuando se exigiera la culpabilidad, por incumplimientos preventivos, para devengar la protección complementaria. Aquí, en consecuencia, se plantearía la duda de si el trabajador puede ser acreedor de protección complementaria cuando el daño lo ha provocado el empresario de origen.

96. En sendos casos, sea como fuere el contenido convencional, en orden a la protección efectiva del trabajador, podría articularse una solución jurídica en torno al concepto de garante de protección. De suerte que uno y otro empresario, de origen y de destino son garantes mutuos (vigilantes) del cumplimiento de las obligaciones empresariales preventivas, en orden a la evitación del daño. De tal suerte que si el trabajador desplazado sufriera algún daño, los dos empresarios serían responsables del daño, y en todo caso el trabajador podría demandar la protección complementaria que previera la norma convencional, aplicable a uno y/u otro empresario. E idéntica solución podría aplicarse a los supuestos en que las mejoras prestacionales se contuviesen en el propio contrato de trabajo.⁵⁷

97. Junto a los mecanismos anteriores, en la legislación española se prevé que las prestaciones económicas de Seguridad Social que tengan su causa en una accidente de trabajo o enfermedad profesional se incrementarán (recargo) cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador (Art. 123.1º LGSS). Asimismo se prevé que el pago del recargo recaerá sobre el empresario infractor, sin que pueda ser objeto de seguro alguno (Art. 123.2º LGSS), siendo compatible con cualquier tipo de responsabilidad (Art. 123.3º LGSS).

98. Pues bien, respecto de la figura del recargo, se plantean algunas vicisitudes en caso de desplazamiento transnacional de trabajadores. Por una parte, se plantea la duda de si cabe que el empresario de origen y de destino pueden ser, simultáneamente declarados responsables del recargo, por cuanto el daño se derive de sendas obligaciones preventivas, de uno y otro empresario.⁵⁸ En segundo lugar se plantea la duda de si es posible imponer un recargo de prestaciones de Seguridad Social por incumplimiento de la normativa preventiva, independientemente de cuál sea la legislación nacional de Seguridad Social reguladora de las prestaciones sobre las que se aplica dicho recargo; especialmente porque en los distintos Estados, ni existe siempre esta figura, ni tiene la misma naturaleza (ligada en el

⁵⁷ Todo ello independientemente de que en el contrato de prestación transnacional de servicios entre la empresa de origen y la empresa de destino sea factible que se incorporen cláusulas referidas al reparto de responsabilidades y a su eventual aseguramiento.

⁵⁸ Esta cuestión parece ser menor problemática en caso de desplazamientos bajo la forma de contrata/subcontratas, donde ha quedado definida la responsabilidad solidaria de la empresa principal y del contratista de las obligaciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales en relación con los trabajadores que ocupen la empresa principal cuando se trata de propia actividad (Art 123.1º LGSS en conexión con los Art. 42.3º TRLISOS y 24.3º LPRL).

caso español a la responsabilidad objetiva del empresario, desde la Ley de Accidentes de 1900).⁵⁹ En tercer lugar se suscita la cuestión de si cabe el aseguramiento en otro Estado distinto del Estado español. Porque la prohibición del Art. 123.3º LGSS parece referida al territorio español, pero nada obstaría para la empresa de origen o de destino pudieran, de algún modo asegurar el recargo.⁶⁰ Si bien habría que valorarse cuál es el alcance del Orden Público interno español.

3. Algunos problemas de (in)eficacia de la tutela de los derechos de seguridad y salud

99. Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados son susceptibles de tutelarse con los mecanismos preventivos y reparadores que se acaban de presentar. Pero, desde un punto de vista práctico, *de facto*, son mecanismos que adolecen de algunas disfuncionalidades. Que, en definitiva, conllevar la desprotección del trabajador desplazado en materia preventiva. Se trata de disfuncionalidades, por simplificar, ligadas al hecho de que en el desplazamiento de un trabajador en el marco de una PST, intrínsecamente, hay elementos de extraterritorialidad que afectarían a los mecanismos sustantivos y adjetivos previstos para la tutela de derechos de seguridad y salud.

100. De nuevo aquí, para centrar el análisis de esas inoperancias, se ha de insistir en el hecho de que en el desplazamiento transnacional, el que se ha empleado aquí como supuesto- tipo, están implicadas dos empresas, la de origen del desplazamiento, y la de destino del desplazamiento. Una (según los casos, la de origen o la de destino) está establecida en España, y la otra en otro Estado (de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o en un Tercer Estado). Lo relevante aquí es que se han seleccionado los supuestos en que resulta de aplicación la legislación española de seguridad y salud (*ex Art. 3 de la Ley 45/1999*). Pero, paralelamente, cabe que desde el punto de vista sustantivo esta legislación española se haya de aplicar respecto de empresas (de origen o de destino) no establecidas en territorio español. Y cabe también que, desde el punto de vista adjetivo, a efecto de activación de los mecanismos de tutela (especialmente los punitivos y reparadores), el incumplimiento de obligaciones preventivas y/o el eventual daño subsiguiente, se produzcan fuera del territorio español.

101. En todos estos casos, hay elementos de extraterritorialidad relevantes, que pueden limitar las posibilidades de tutela de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados. Si bien, también hay un elemento central para la eficacia de dicha tutela: a saber, la comunicación del desplazamiento de trabajadores.

A) La falta de comunicación a la autoridad administrativa del desplazamiento de trabajadores

102. La Ley 45/1999 establece, en orden a dotar de efectividad a los derechos de los trabajadores desplazados y en el marco de libertad que otorgaba la normativa comunitaria (Art. 4 de la Directiva 96/71), la obligación de, cuando desplacen a trabajadores a España, comunicar el desplazamiento a la autoridad laboral competente por razón del territorio en el que se vayan a prestar los servicios en régimen de desplazamiento (Art. 5.1º Ley 45/1999)⁶¹. Con carácter general, y a la vista del reparto de

⁵⁹ A lo que se une un problema concreto de efectividad, que se verá mas adelante con carácter general, referido a las limitaciones territoriales de la actividad de la ITSS.(Art. 27 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social). Porque, en el caso español, la ITSS es la encargada de proponer el recargo; pero habrá que ver la efectividad de dicha propuesta si, por aplicación de la normativa comunitaria de coordinación, la legislación español de Seguridad Social no fuera la determinada para regular un caso concreto.

⁶⁰ Aún en ciernes, ya se están planteando ciertos problemas, respecto de pequeñas y medianas empresas que realizan, sobre todo en el sector de la construcción, una actividad transfronteriza en Portugal. Y a través de seguros de responsabilidad civil están asegurando, conforme a la normativa portuguesa, el recargo de prestaciones.

⁶¹ Obligación esta que resulta discutida, especialmente a partir del caso *Arblade* (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de noviembre de 1999, C-369/96 y C- 376/96).

Véase, D. MARTÍNEZ FONS, «Obligaciones formales» En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER, (Dir.) *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, 2002, pp. 135 y ss.

competencias constitucional entre Estado y Comunidades Autónomas, esto se traduce en que la autoridad laboral competente, suele ser la de la Comunidad en la que se produzca el desplazamiento. De forma que esa autoridad laboral autonómica habrá de poner el conocimiento de la ITSS el desplazamiento (Art. 5.5º Ley 45/1999) para eventuales verificaciones del cumplimiento de la normativa laboral, y, por ende preventiva. Este diseño, aparentemente, resultaría efectivo para la tutela de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados a España. De no ser porque concurren ciertas ineficiencias.

103. De una parte, no es obligatorio comunicar todos los desplazamientos; porque quedan excluidos de esta obligación aquellos cuya duración no exceda de ocho días (Art. 5.3º Ley 45/1999). Como si el hecho de que se trate de desplazamientos –llámense- «relámpago» pudiera exigir de los riesgos laborales; cuando, al contrario, resulta que la perentoriedad podría relajar las obligaciones preventivas. De otra parte, en la medida en que la comunicación no actúa como mecanismo de autorización al desplazamiento; cabe que el empresario incumpla total o parcialmente la obligación o la cumpla extemporáneamente. En estos casos, al margen de que se trate de conductas sancionables administrativamente, el incumplimiento de la obligación de comunicar tiene el efecto de velar la realidad del desplazamiento⁶². Que, si no es comunicado a la autoridad laboral, es como si no existiera a efectos de control del cumplimiento de la normativa preventiva por la ITSS. Además, producida la comunicación de un desplazamiento, quedaría pendiente resolver qué sucede en los casos en que, sobrevenidamente, el trabajador desplazado presta servicios en distintas partes del territorio español; supuesto éste que no se subsume en la obligación de comunicar el desplazamiento, y que se enfrenta con los límites fácticos de la colaboración entre administraciones autonómicas y la ITSS.

B) Ineficacia de las sanciones administrativas: la (in)competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española. El principio de territorialidad y las limitaciones de la colaboración administrativa internacional

104. Los derechos y seguridad y salud de los trabajadores desplazados están tutelados, en el ordenamiento español, como ya se ha visto, a través de la tipificación de infracciones y sanciones en el orden social. Sin embargo, la eficacia última de este mecanismo de tutela resulta relativa como consecuencia de la presencia de elementos de extraterritorialidad. De distinto signo, pero que se pueden simplificar señalando que, en estos casos, hay supuestos en los que el lugar del incumplimiento de la normativa preventiva española no coincide con el lugar en el que se ha de exigir responsabilidad por dicho incumplimiento⁶³. De suerte que se provoca una cierta aplicación extraterritorial de la potestad sancionadora⁶⁴.

105. De un modo más concreto, se produce la distorsión siguiente: la ITSS española habría de supervisar el cumplimiento en España, pero a veces también en otro Estado (especialmente cuando la empresa de origen está radicada en España), de la normativa española de prevención de riesgos laborales; y, objetivada una conducta infractora, habría de proponer una sanción que se habría de

⁶² Cumulativamente, sin que se vaya a entrar aquí en ello, es plausible que, además se produzcan otros incumplimientos formales. Es preciso destacar en el sector de la construcción, por ejemplo, la falta de inscripción/renovación de inscripción en el registro de Empresas Acreditadas.

⁶³ No obstante lo anterior, si bien con algunos problemas procedimentales, cabría valorar la posibilidad de articular una suerte de incumplimientos *en cadena o por arrastre* que puedan permitir atraer al territorio nacional aquellos incumplimientos materialmente producidos en el extranjero, pero con causa en un incumplimiento en territorio español (y viceversa). Es decir, podría haber un incumplimiento inicial al desplazar y ulteriores incumplimientos extraterritoriales, y a la inversa. Tanto más cuando, desde el punto de vista preventivo parece que se puede generalizar un relativo entrelazamiento de obligaciones preventivas respecto del trabajador desplazado, de forma que el empresario de origen y destino devienen garantes recíprocamente, a través de la vigilancia mutua del cumplimiento de obligaciones.

⁶⁴ Cuando la tradicionalmente la potestad sancionadora ha estado vinculada a la actividad de policía del estado y por tanto circunscrita al territorio del mismo. Sin embargo, la Ley 45/1999 permite la aplicación de una norma sancionadora española a los incumplimientos cometidos en el extranjero por empresas establecidas en España. (I. DURÉNDEZ SAEZ, *La sanción administrativa en el orden laboral*. Murcia, 2006, p. 189).

ejecutar en España, a veces respecto de una empresa radicada en otro Estado, y otras veces respecto de una empresa radicada en España pero que ha incumplido la normativa española de prevención respecto de su trabajador desplazado en otro Estado.

106. En principio, estos problemas habrían de quedar resueltos mediante la actualización de mecanismos de colaboración internacional, como exige la Directiva 96/71 (Art. 4). Y, de hecho, el legislador español ha incorporado en la normativa interna de transposición del Derecho Comunitario un complejo de vías de cooperación y asistencia con las administraciones públicas de otros Estados (Art. 9 de la Ley 45/1999)⁶⁵. Vías de cooperación que son de distinto tipo. En primer lugar, la Autoridad laboral y la ITSS pueden dirigirse para recabar cooperación y asistencia, a las Administraciones públicas de otros Estados de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo⁶⁶ que sean competentes en materia de desplazamientos de trabajadores en el marco de una PST, y /o en materia de vigilancia de las condiciones de trabajo previstas en el Art. 3 de la ley 45/1999 o en la normativa nacional de transposición de la Directiva 96/71 (Art 9.1º de la ley 45/1999)⁶⁷.

107. La cooperación exigida se traduce en dos grandes tipos de actuaciones. En primer lugar, las administraciones españolas podrán formular peticiones justificadas de información respecto del desplazamiento⁶⁸. Porque, siendo territorialmente competente la ITSS española, se puede encontrar con ciertos obstáculos materiales para controlar el cumplimiento de las obligaciones empresariales preventivas en los casos de desplazamientos transnacionales de trabajadores⁶⁹. Y, para dotar de efectividad a estos mecanismos de cooperación, en lo que respecta a la actividad inspectora de la ITSS ha sido preciso modificar un aspecto concreto, pero trascendente, del procedimiento administrativo sancionador, cual es el de los plazos de caducidad de los expedientes⁷⁰.

⁶⁵ Por todos, véase, E. TERRADILLOS ORMAETXEA, «Información a los interesados y cooperación administrativa con las administraciones públicas de otros estados en materia de información e inspección.» En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER (Dir.) *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, 2002, pp. 155-183.

⁶⁶ Respecto de Terceros Estados, habrá de estarse a lo previsto en los eventuales convenios bilaterales.

⁶⁷ De la misma manera, y ello contribuiría a la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en el territorio de otros Estados, se prevé la obligación de que las autoridades laborales españolas y la ITSS presten la cooperación y asistencia a las administraciones públicas de otros estados implicados en un desplazamiento transnacional de trabajadores (art 9.1 in fine Ley 45/1999). Es más, el Art. 9 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE de 23 de diciembre de 2009, modifica el Art. 10 de la LITSS, para incluir un apartado cuarto en que se incorpora la posibilidad de que la ITSS española pueda «prestar ayuda y colaboración a las autoridades de la Unión Europea con competencias equivalente». Se plantea la duda de qué sea ayuda/colaboración, y quiénes sean las autoridades con competencias equivalentes.

⁶⁸ Que incluiría, se supone, la información sobre la comisión de delitos o infracciones en esos otros estados, en orden a evitar la aplicación del *non bis in idem*. En efecto, en la normativa española se prevé que no se podrán sancionar las acciones u omisiones ya sancionadas penal o administrativamente en el país de destino de desplazamiento cuando se aprecie la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento (Disposición Adicional Primera. 4º Ley 45/1999)

⁶⁹ Esto es especialmente evidente respecto de ciertas condiciones formales; de suerte que se plantea la duda de cómo se acredita el cumplimiento de obligaciones formales que se han de cumplir en origen/en destino, pero fuera del territorio español. Por ejemplo habrían de establecerse mecanismos fehacientes para comprobar que se han cumplido las obligaciones de información, o de formación, o de reconocimientos médicos iniciales o sucesivos en el marco de vigilancia de la salud. Pero también, por ejemplo, habría de definirse cómo se determina si hay una organización preventiva y si es suficiente; algo que pasa, por seguir descendiendo en la cuestión, por establecer si es suficiente un servicio de prevención acreditado en el estado de origen y/o de destinos, o si valdría como recurso preventivo un trabajador designado en destino o en origen.

Menos dudas plantea, sin embargo la verificación del cumplimiento de las obligaciones preventivas referidas a condiciones materiales. Respecto de las que coincide la legislación aplicable y la competencia de la ITSS española cuando la prestación material de servicios del trabajador desplazado se produce en España.

⁷⁰ Así, el Art. 9 de la ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE de 23 de diciembre de 2009, modifica el Art. 14 LITSS para permitir la interrupción del plazo de nueve meses de caducidad del expediente administrativo, en los supuestos en que las actuaciones comprobatorias se dilaten como consecuencia de dificultades en la cooperación administrativa internacional. Del mismo modo las actuaciones comprobatorias no podrán interrumpirse por un plazo superior a tres meses, salvo que la interrupción sea causada por el sujeto inspeccionado o sea debida a dificultades en la cooperación administrativa internacional (Art. 17 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la ITSS, en la redacción dada por el Real Decreto 107/2010, de 5 de febrero).

108. En segundo lugar, las autoridades laborales, independientemente de las funciones que les correspondan, pondrían en conocimiento de las autoridades nacionales de otros Estados, las infracciones administrativas cometidas en España por empresas radicadas en esos Estados con ocasión del desplazamiento de trabajadores en el marco de una PST. Con dos virtualidades: en primer lugar, evitar el *bis in idem* en ese otro Estado, pero de un modo práctico, en segundo lugar, en realidad, la comunicación de la infracción habrá de servir, en la mayor parte de las ocasiones, para que una segunda ITSS nacional que resulta la competente territorialmente pueda exigir responsabilidad, conforme a la legislación española de prevención de riesgos laborales o conforme a otra legislación nacional, por incumplimientos preventivos respecto de trabajadores desplazados vinculados, en origen o en destino, en ese Estado⁷¹.

109. En suma, la actividad inspectora y sancionadora se ha de enfrentar a un proceso de internacionalización que entraña la ruptura con el principio de territorialidad de la potestad sancionadora general. Y, en este punto es donde resulta relevante el nivel de efectividad de la cooperación internacional en materia de desplazamientos⁷² pero también el nivel de efectividad de la colaboración mutua internacional de las autoridades nacionales con potestad sancionadora en el orden social por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales⁷³. Sin perjuicio de que, en este sentido, haya de ser necesario el establecimiento de reglas que resuelvan los eventuales conflictos de competencias (positivos y negativos) entre Inspecciones nacionales de Trabajo.

C) Las dificultades de ejecución extraterritorial de resoluciones administrativas sancionadoras y de sentencias judiciales

110. Por último, como elemento de cierre, la efectividad de la tutela de los derechos de seguridad y salud queda condicionada a que, al margen de la competencia territorial de las autoridades laborales e inspectoras nacionales, las sanciones administrativas sancionadoras *amplo sensu* (se incluiría el recargo), de una parte y, las resoluciones judiciales de otra, resulten ejecutables normalmente en un Estado distinto del que las emite.

111. Por lo que respecta a las resoluciones administrativas sancionadoras que emanan de una autoridad española se plantea el problema de qué sucede cuando el sujeto sancionado no está establecido en España. Aquí, el elemento de extraterritorialidad inhibe la efectividad final de la resolución sancionadora; debido a cuestiones prácticas tales como la ausencia de domicilio (o de domicilio conocido/veraz) en territorio español, o la ausencia de bienes ejecutables, por poner algunos ejemplos. Algo que se complica en la medida en que no haya instrumentos internacionales efectivos de reconocimiento mutuo y/o de ejecución de resoluciones administrativas sancionadoras⁷⁴. En el ámbito comunitario, bien es cierto,

⁷¹ Y en este sentido cabe apuntar una problemática particularmente trascendente, ligada a la ausencia de mecanismos de homogeneización del cumplimiento, o incluso del grado de cumplimiento de las obligaciones preventivas; algo distinto a la estandarización del contenido de las obligaciones de derechos y obligaciones en materia preventiva, que ya sí existe a través del diseño de normativa comunitaria e internacional que sirven de marco para las distintas legislaciones nacionales.

⁷² Esta cooperación se articulaba en el Art. 4 de la Directiva en torno al intercambio de información entre Estados, que se ha venido reputando insuficiente en todos los documentos de seguimiento de la Directiva 96/71. Véanse, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones. *La aplicación de la Directiva 96/71 en los Estados Miembros.*(COM (2003) 458 final); Comunicación de la Comisión. *Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.* (COM (2006) 159 final); Comunicación de la Comisión de 13 de junio de 2006. *Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: mejorar sus beneficios y potencial garantizando la protección de los trabajadores.* (COM (2007) 304 final).

⁷³ Bien es cierto que en el marco de la Comisión, el Comité de Altos responsables de la Inspección de Trabajo (CARIT/SLIC) se trabaja desde los años 90 en la homogenización de los sistemas legales de sanciones en la Unión Europea.

⁷⁴ No se plantearían tantos problemas en el caso de sentencias penales condenatorias por delitos vinculados a la seguridad y salud. Por cuanto en el ámbito judicial hay algunos convenios multilaterales sobre asistencia judicial en materia penal (Convenio de 28 de mayo de 1970, del Consejo de Europa, sobre valor internacional de las sentencias penales, o el Convenio de 29 de mayo de 2000 sobre asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea), al margen de los eventuales convenios bilaterales.

hay algunos instrumentos, en realidad no vinculantes⁷⁵, que pretenden establecer un sistema comunitario de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (penales y administrativas) de carácter sancionador. Pero que presentan aún algunas inoperancias; ligadas a la falta de ratificación por todos los estados miembros, o ligadas a la falta de homogeneidad en los sistemas jurisdiccionales (delimitación entre los órdenes penal-contencioso-administrativo, diseño de la planta judicial y estructura de los recursos, etc.).

112. Los órganos de la jurisdicción social conocerán de cuantas cuestiones litigiosas se susciten en aplicación de la normativa sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una PST. Y, además, será competente para conocer de los litigios relativos al desplazamiento transnacional de trabajadores cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España (Art. 15 Y 16 de la Ley 45/1999, en consonancia con el Art. 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social, *BOE*, de 11 de octubre de 2011). Dicho de otro modo, la jurisdicción social podría resultar competente tanto en los supuestos en que el trabajador desplazado lo sea desde una empresa de origen radicada en España, cuanto en los casos en que la empresa de destino esté radicada en España. Y de este modo, podría dotarse de efectividad al mecanismo de tutela de los derechos de seguridad y salud ligado a la extinción contractual judicial indemnizada ex Art. 50 ET, por ejemplo. A lo que se habría de sumar los problemas relativos a la determinación de la ley aplicable al contrato a efectos extintivos, en su caso. En estos casos se plantearían problemas de ejecutividad de las sentencias dictadas por los órganos sociales en los casos en los que el demandado condenado, o la relación laboral extinta, no tuvieran vínculo con España.

113. Y a lo anterior se habría de añadir la cuestión relativa a la ejecución de sentencias civiles, en los supuestos de indemnización (derivados de responsabilidad civil contractual o extracontractual) por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones empresariales en materia preventiva. Cuestión resuelta por los convenios internacionales de Derecho Internacional Privado⁷⁶, y en la que no es posible entrar. Además, en los casos en los que se reconozca extrajudicialmente la deuda indemnizatoria, sería posible acudir a los procesos monitorios y de escasa cuantía. Supuesto relativamente improbable porque lo habitual será, en estos caso, que bien sí haya contradicción (si no la hubiera, no haría falta proceso judicial alguno), bien que el quantum de la demanda supere los 2000 euros; supuestos que impiden la aplicación de los nuevos mecanismos comunitarios, más eficaces.⁷⁷

⁷⁵ Es el caso de la Decisión Marco 2005/214/JHA, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (no publicado). Si bien es el primer instrumento comunitario que aplica el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de las sanciones pecuniarias impuestas por autoridades no jurisdiccionales, presenta serias dificultades de aplicación. Porque se exige que la sanción sea susceptible de ser revisada por un órgano judicial del orden penal (Art. 1.a) iii), las autoridades administrativas no pueden considerarse autoridades de transmisión o de ejecución (Art. 2), se ha establecido un sistema de lista cerrada de sanciones, que no incluye las sanciones en materia de seguridad y salud (Art. 5), y se han diseñado en un sentido muy amplio las posibles causas de denegación del reconocimiento y ejecución (Art. 7). En suma, tácitamente se mantiene el principio de territorialidad, sobre la base de una desconfianza inconfesa de los estados a incluir en el ámbito del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, las sanciones pecuniarias administrativas. Véase P. PÁRAMO MONTERO, «La ejecución transfronteriza de sanciones penales y administrativas. Asistencia y reconocimiento mutuos en los procedimientos sancionadores en el ámbito de la Unión Europea. Especial referencia a los supuestos del orden social.» *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, nº 78, pp. 323 y ss.

⁷⁶ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, *DOUE L 12* de 16 de enero de 2001, que ha sustituido parcialmente al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, y Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988.

⁷⁷ En efecto, mediante la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, se incorporan ciertas medidas para facilitar la aplicación en España de los Reglamentos (CE) 1896/2006, del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; y 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, *BOE* de 25 de marzo de 2011. Así se hace efectiva la figura del requerimiento europeo de pago, así como la ejecución de sentencias dictadas en otros estados miembros de la UE, que pongan fin a un proceso europeo de escasa cuantía. Y esto puede resultar crucial en los supuestos en los que el carácter transfronterizo de la demanda de daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo, por incumplimientos en materia de seguridad y salud, dificulte el resarcimiento final del trabajador

114. En suma, y sin que se pueda entrar en cuestiones internacionales conexas, sirva de ejemplo que la efectividad última de los derechos de seguridad y salud, en los casos en que hay sanciones administrativas o condenas resarcitorias, encuentra un enésimo límite: el de los efectos de la extraterritorialidad vinculada a la ejecución de las sanciones y/o eventuales sentencias, cuando faltan mecanismos bilaterales o multilaterales de reconocimiento de sentencias entre estados.

IV. Algunas reflexiones finales sobre una problemática coral

115. Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en el marco de una PST resultan plantear una problemática coral, pendiente de resolución efectiva en verdad. Pero que pone de manifiesto, en síntesis, una cierta discapacidad del Derecho Social.

1. La globalización económica perfecta y la globalización imperfecta del Derecho Social: los límites del Estado (del *ius puniendi* nacional) y los límites de las organizaciones supranacionales

116. *Grosso modo*, se puede mantener que el Derecho Social Comunitario surge como consecuencia de exigencias económicas, ligadas a las libertades comunitarias, pero sobre todo ligadas al –sonoro– *dumping social*. En efecto, la necesidad de evitar las distorsiones en la competencia ligadas a la existencia de distintos niveles de protección conllevó el intento de homogeneización de las condiciones laborales en todos los Estados Miembros; para lo que, incluso se hubieron de modificar las competencias de la Unión. Especialmente, en el Acta Única Europea, y en el tratado de Maastricht. Con resultados muy destacados, en especial en el ámbito de la seguridad y salud, como se ha ido señalando con anterioridad. Pero este proceso de homogeneización no se ha producido de un modo global. Y esto resulta pernicioso en una etapa de globalización económica. O dicho de otro modo, el Mercado Único interior Europeo acabó impulsando un Derecho Social Comunitario, pero la globalización económica que se ha producido (a partir de la II Guerra Mundial, pero especialmente en la última década) no ha traído consigo la conformación de un Derecho Social Internacional Uniforme.

117. No obstante lo anterior, si bien desde finales de los años 80 el Derecho Social Comunitario experimentó un relativo desarrollo (desde el punto de vista sustantivo, pero también adjetivo o instrumental; a través del establecimiento, de una parte de una normativa laboral de homogeneización, por un lado, y una normativa de coordinación, de otra, y a través de mecanismos de colaboración administrativa), en la actualidad, quizás en una Unión sobre-dimensionada por ser una *Europa a 27*, resulta que hay cuestiones esenciales para la efectividad de Derecho Social que no están resueltas. Quizás porque nunca hayan dejado de estar presentes. Que se resumirían en: primero, la supremacía comunitaria no alcanza a la posibilidad de regular supranacionalmente aspectos ligados al trabajo (con todas las implicaciones internas en materia de Derecho Laboral y de Seguridad Social)⁷⁸, pero tampoco pretende establecer reglas coordinatorias, de determinación de derechos nacionales aplicables, sobre la base de la impertinencia de hacer juicios de valor y priorizaciones de unos sistemas jurídicos frente a otros⁷⁹. Es decir, se mantiene una subsidiariedad predominante de la actuación comunitaria, sobre la base del principio jurídico comunitario, ya no de supremacía sino de atribución⁸⁰. Y, segundo: la *vis económica* de la Unión sigue presente, como freno a la *vis social*.

⁷⁸ En realidad porque la UE no ha pretendido configurar un sistema comunitario de relaciones laborales uniforme (M. RAMOS QUINTANA, «La aplicación territorial de las normas laborales: diferentes realidades y nuevas tendencias.» *Revista del Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales*, 2000, nº 88, p. 89).

⁷⁹ B. GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO, *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*. Elcano, 2000, p. 130.

⁸⁰ J.M. MIRANDA BOTO, «Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro.» *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2011, nº 92, pp.75-105.

118. Así lo pone de manifiesto, en el ámbito de la Seguridad y salud⁸¹ el hecho de que no se hayan establecido mecanismos para ejercer un *ius puniendi* supranacional. Porque, en realidad, la virtualidad última de un Derecho Comunitario eficiente exigiría que las instituciones comunitarias pudieran vigilar el cumplimiento de las normas comunitarias por sus destinatarios finales (en este caso los empresarios). Pero, sin llegar tan lejos, resulta que los mecanismos de colaboración administrativa comunitarios entre Estados, que podrían preservar los límites de la soberanía nacional (al tiempo que haría efectiva la normativa social sustantiva) no resultan suficientes y/o efectivos.

119. Esta situación podría quedar resuelta, es verdad que sin efectos comunitarios, a través de la suscripción de instrumentos internacionales de carácter bilateral. Algo que en el caso español, quizás debido a la inexistencia de problemas cuantitativa y cualitativamente graves ligados a la actividad transfronteriza, no ha tenido traducciones efectivas.⁸²

120. A lo anterior se ha de añadir, porque presenta implicaciones preventivas que el Derecho Social Comunitario, históricamente, se ha mantenido al margen de regular y definir un concepto imprescindible como el concepto jurídico-laboral de «trabajador», cuya definición se remite a las legislaciones nacionales. De suerte que, no solo no hay un único concepto de trabajador, sino que, en un momento de globalización económica, tampoco hay una actividad homogeneizadora referida a las nuevas realidades emergentes del trabajo⁸³, que superan la dialéctica entre la ajeneidad-dependencia y la autonomía.

121. Y detrás de esos dos fenómenos (la ausencia de un Derecho Social Internacional Uniforme, y las limitaciones del Derecho Social Comunitario) se encuentra, como fenómeno paradójico con la globalización, pero como elemento reactivo inevitable, la exaltación de las soberanías nacionales; como freno natural a la internacionalización económica, que resulta ser una fuerza fáctica potente. Así, el Derecho Social se encuentra a caballo entre la fuerza fáctica de la economía globalizada (que tiene serias repercusiones laborales), y la resistencia de las distintas soberanías nacionales.

122. En lo que aquí interesa, con algunas matizaciones, los Estados mantienen sus legislaciones laborales; especialmente en lo referido a la prevención de riesgos laborales. Normativa esta que, habitualmente, se considera que forma parte de las Leyes de Policía internas, en la medida en que la protección de la seguridad y salud en el trabajo forme parte del Orden Público laboral de un Estado. De ahí la reticencia a exceder los límites de una armonización básica; impensable, por ejemplo, en materia sancionadora.

123. En algunos casos se pueden aplicar extraterritorialmente (cuando existe normativa internacional relativa a los desplazamientos transnacionales de trabajadores), pero sólo puede serlo por los órganos con competencia en el territorio. Fuera del territorio nacional no es factible que los órganos punitivos de un Estado ejerzan su *ius puniendi* (en todas o en algunas de sus facetas instructora

⁸¹ Pero podría extrapolarse la reflexión a otros ámbitos relevantes, como la –tan de actualidad– lucha contra el empleo sumergido, o las relaciones colectivas, o la protección contra la exclusión, por poner algunos ejemplos llamativos.

⁸² En efecto, la actividad transfronteriza con Francia y Portugal ha sido relativamente marginal. Sin embargo sí se han suscrito Acuerdos con estos países (Acuerdo de intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España y la Inspección de Trabajo de Portugal, de 3 de octubre 2003); pero que, en verdad, no son tanto convenios internacionales como tal, sino pactos entre caballeros. Se trata de acuerdos no vinculantes que ni siquiera reciben el nombre propio del Derecho de los Tratados de «convenios», para evitar que rija el régimen jurídico del derecho Internacional Público. Son declaraciones de buenas intenciones, que conformaría, no ya un Derecho Subterráneo, sino un Derecho «infernial». Desde un punto de vista material se traducen en algunas buenas prácticas (visitas conjuntas de las dos inspecciones, preparación de algunos documentos conjuntos o intercambio de inspectores de trabajo)

En las antípodas de esta situación, cabría analizar la actividad bilateral que se ha desarrollado en estados como Francia o Bélgica; Estados en los que la actividad económica transfronteriza es muy relevante.

⁸³ Sirva los ejemplos españoles de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o de los socios de cooperativas o de entidades de economía social, por ejemplo.

y/o de ejecución) respecto de normativa extranjera de prevención de riesgos laborales. De tal forma que, cuando la actividad económica empresarial es transnacional y cuando hay un trabajador que es desplazado temporalmente en el marco de una PST, las obligaciones empresariales, y por ende los derechos del trabajador, en materia de prevención de riesgos laborales se diluyen ante la ausencia de un *ius puniendi comunitario*. Porque no hay un sistema armonizado de infracciones y sanciones, ni un sistema armonizado de procedimiento sancionador, ni siquiera modelos heterogéneos de Inspecciones nacionales de Trabajo.⁸⁴

124. Porque, en términos concretos, la Inspección de Trabajo queda frenada, en la tutela del Derecho español de prevención de riesgos laborales, cuando ha de vigilar comportamientos que suceden fuera del territorio español; y queda frenada en la instrucción de procedimientos administrativos sancionadores, no sólo cuando los hechos se producen más allá de las fronteras, sino, aún cuando se produzcan en territorio español, el sujeto infractor no tenga vínculos con este territorio. Simultáneamente la Inspección de Trabajo del otro Estado eventualmente implicada, no controla el cumplimiento en su territorio de normativa preventiva extranjera, ni tramita expedientes por infracciones cometidas en otros Estados. Se produce, en suma, la «impotencia del intervencionismo social protector»⁸⁵. Y si un Estado no puede ejercer extraterritorialmente su actividad inspectora y otro Estado no quiere ejecutar (asumir) resoluciones sancionadoras emitidas por el primer Estado, el resultado es la impunidad de los empresarios infractores.⁸⁶

125. En la transnacionalización de la economía, pues, se pierden márgenes de tutela de derechos de seguridad y salud en el trabajo. Porque, en definitiva, la globalización económica resulta ser perfecta, ante la eliminación de obstáculos (jurídicos y materiales) a la libre circulación de bienes, servicios y trabajadores. Pero, por el momento, resulta imperfecta la conformación del Derecho Social Internacional Uniforme⁸⁷. Tanto más cuando se impone una –relativa– mercantilización del trabajo, que se traduce en el debilitamiento de normas internacionales (comunitarias) consolidadas⁸⁸.

2. Algunas propuestas (realistas e idealistas) de *Lege ferenda*

126. Ante esta situación, detectada en el ámbito focalizado de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados, pero que podría extrapolarse a otros supuestos en los que no hubiese desplazamientos temporales, cabe, brevemente, presentar algunas soluciones propositivas, para, *de lege ferenda*, eventualmente resolver algunas de las ineficiencias en la tutela de derechos de seguridad y salud respecto de los trabajadores desplazados.

⁸⁴ M.L. VEGA RUÍZ, *La Inspección de Trabajo en Europa: retos y logros en algunos países seleccionados aún en tiempos de crisis*. Documento de trabajo nº 3 OIT, octubre 2009, p.11 y ss.

⁸⁵ C. FONT BLASCO, «Desafíos a que se enfrenta la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española en los principios del siglo XXI» En, MTAS, *I Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid, 2005, p.398.

⁸⁶ Sirvan los ejemplos que ofrecen los casos «Port Ramsgate»y «Geoconsultants», ambos ocurridos en 1994.

⁸⁷ Incluso en el ámbito comunitario, donde la Europa Social ya estaba relativamente consolidada, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios del Mercado Interior -la llamada Directiva *Bolkenstein* abrió el debate acerca de la primacía de las libertades económicas (ligadas a la prestación de servicios y al libre establecimiento en cualquier Estado), sobre la protección de los estándares laborales mínimos.

⁸⁸ Uno de los límites del Derecho Social Comunitario en la actualidad lo constituye la tendencia a la flexiseguridad, que traduce la tensión entre un mercado interior libre y amplio, y, por ejemplo, las restricciones a la contratación a través de empresas de trabajo interino. Así, la flexibilidad y la seguridad se ha traducido recientemente en la Directiva (CE) 2008/104 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, *DOUE L 327*, de 5 de diciembre de 2008, p. 9; en que se protege a los trabajadores, pero se eliminan algunas restricciones que existían para el recurso a la cesión legal de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal. Y esto es relevante en lo que aquí concierne porque cabe celebrar contratos de puesta a disposición ahora también para actividades antes excluidas por entrañar graves Riesgos laborales.

A) Tutelas *a priori*

127. Independientemente de la eficacia de los mecanismos coercitivos o sancionadores para la tutela de derechos de seguridad y salud, quizás, en cumplimiento de los postulados preventivos resulten más coherentes los mecanismos de tutela *a priori* ligados a aspectos inespecíficos de seguridad y salud, pero sí ligados a la actividad empresarial, que pueden servir para verificar el cumplimiento de la normativa preventiva. Y esta verificación resultará especialmente efectiva cuando se diseñe como un requisito constitutivo de una situación jurídica solicitada, o necesitada por el empresario para el desarrollo de la actividad económico-productiva misma. Y sirvan dos ejemplos, ligados indirectamente al desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una actividad transnacional.

128. El primer ejemplo lo ofrece el Art. 13.1º del Real Decreto 1797/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Fondo para la Internacionalización de la Empresa (o FIEM). Al definir las obligaciones de las empresas adjudicatarias, exige que las empresas que hayan sido seleccionadas para la ejecución de un proyecto a cargo del FIEM, deben «certificar» como requisito previo para tomar parte en el proyecto, que cumplen con lo establecido en los acuerdos internacionales suscritos por España en materia de, entre otras, derecho laborales. Y aquí se podrían incluir los derechos de seguridad y salud.

129. El segundo ejemplo lo ofrecen los casos en que el desplazamiento implica a trabajadores que han de cumplir la normativa de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009)⁸⁹.

130. En sendos ejemplos, se observa que podría resultar de utilidad que, simultáneamente a la verificación de ciertos otros cumplimientos, se comprobase el cumplimiento de las obligaciones preventivas por la empresa de origen/destino. Se trataría, en suma, de emplear un control preventivo en un ámbito no específico de Seguridad y Salud, pero que contribuiría a una mejor tutela de la seguridad y salud del trabajador desplazado; si bien con límites.

⁸⁹ En efecto, el Art. 111 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, entre las exigencias administrativas para la autorización de residencia y trabajo de determinados trabajadores extranjeros desplazados a España en el marco de prestaciones transnacionales de servicios exige el cumplimiento de ciertos requisitos. Entre otros, a lo que aquí interesa, como requisitos previos a la concesión de autorización administrativa de residencia y trabajo se han establecido:

-de un lado, que la empresa que desplaza al trabajador extranjero garantice a sus trabajador desplazado temporalmente a España los requisitos y condiciones de trabajo aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Ley 45/1999.

En consecuencia, de esta exigencia genérica se podría derivar la exigencia concreta de que, como requisito administrativo previo al desarrollo de la actividad laboral en régimen de desplazamiento, se hubiera de acreditar que se garantiza al trabajador desplazado los derechos de seguridad y salud. Ciertamente sería posible que este requisito se convirtiera en una mera formalidad; ante la dificultad de que un órgano administrativo no especializado en seguridad y salud (porque está especializado en el control de la normativa de extranjería) hubiera de verificar el cumplimiento de las obligaciones preventivas; al mismo tiempo que verifica que se cumplen con todos los otros mínimos exigidos por el Art. 3 de la Ley 45/1999; Verificaciones que, por otra parte, se podrían articular aportando cierto tipo de documentación específica, junto a la restante exigida en los formularios. En la actualidad, simplemente se exige una «*certificación de la empresa que garantice los requisitos y condiciones de la legislación laboral española previstos en la Ley 45/1999*», y se refiere expresamente a la remuneración. (por ejemplo, en la autorización inicial de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios para personal directivo o altamente cualificado, aprobadas por Acuerdo del consejo de ministros de 16/02/07 – instrucción tercera.). Las declaraciones unilaterales del empresario podrían no resultar suficientes y quizás habrían de aportarse certificaciones o acreditaciones de órganos públicos o privados especializados en materia preventiva-de otro lado, la empresa que desplaza ha de acreditar (con unas repercusiones más mediatas en el ámbito de la seguridad y salud por cuanto solo indirectamente presuponen una cierta situaciones cualificada respecto de los riesgos laborales inherentes al desarrollo de su actividad laboral), que el trabajador extranjero extracomunitario desplazado no ha sido contratado *para* el desplazamiento, sino que se ha dedicado a la actividad en concreto durante al menos un año, y ha estado nueve meses como mínimo al servicio de la empresa desplazante; lo que presupone una actividad preventiva suficiente. Previsión esta que, por otro lado, podría resultar de dudosa legalidad comunitaria, por suponer una restricción a la libre prestación de servicios; aún cuando se trate de trabajadores de Terceros Estados. Así se ha mantenido en la doctrina jurisprudencial comunitaria (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de enero de 2006, *Comisión vs. República Federal de Alemania*, C-244/04.).

131. De la misma manera, no sería desdeñable la posibilidad de articular mecanismos de control previo de los que sean responsables, ya no organismos públicos, sino los propios empresarios implicados en el desplazamiento. De forma que, recíprocamente, el empresario de origen y el de destino hayan de acreditar formal y materialmente el cumplimiento de obligaciones preventivas⁹⁰.

B) Mecanismos de *ius puniendi* supranacional

132. En el contexto descrito hasta el momento conviene insistir en la necesidad superar la paradoja que se produce en el ámbito comunitario: la normativa de seguridad y salud esta armonizada en el ámbito comunitario, y sin embargo no hay un diseño evidente de mecanismos coercitivos, ni armonizados ni coordinados, de esas normativas en el ámbito de los distintos Estados miembros. Situación paradójica que tiene dos vertientes: no hay una armonización de infracciones y sanciones en el orden social (ni en materia preventiva ni en otras), y tampoco hay instrumentos de eficacia (coercitiva) transfronteriza de las distintas normativas nacionales de seguridad y salud. Y en el centro de estas cuestiones estaría, la inexistencia de una Autoridad Inspectoria Comunitaria (o Internacional si se quiere una visión aún más utópica)⁹¹.

133. En la actualidad no existe un cuerpo internacional de Inspección; por razones obvias ligadas a la soberanía nacional del *ius puniendi* del Estado. Si bien sí se han desarrollado ciertas actividades, informales, en el ámbito comunitario⁹² y de la OIT. En el ámbito comunitario bajo la forma de Reuniones, en el marco de la Comisión, del Comité de Altos responsables de la Inspección de Trabajo (CARIT/SLIC), en la constitución en su seno de Grupos de Trabajo y en el diseño de actividades de intercambio de información, de colaboración⁹³ y de cooperación técnica internacional⁹⁴. Desde el punto de vista material, sin embargo, entre los grandes objetivos del trabajo internacional de cooperación se encuentran, como prioridad básica la erradicación del tráfico de mano de obra y el trabajo ilegal y sumergido⁹⁵. Y los asuntos de más finura, quedan relegados⁹⁶.

134. No obstante lo anterior, en el ámbito comunitario ha sido una constante el seguimiento de la efectividad de la Directiva 96/71. Y también ha sido continua la constatación de las insuficiencias de los mecanismos de colaboración establecidos; especialmente porque se limitan a la transmisión de información, de carácter bilateral, y a veces ineficiente. A lo anterior se habrían de sumar las cuestiones propias de la extraterritorialidad de la potestad sancionadora, a los que aquí interesa, así como los eventuales supuestos de transnacionalidad que implican a más de dos Estados.

⁹⁰ Algo que ya se ha previsto en materia de subcontratación en el sector de la construcción, por ejemplo (Art. 22 y ss. del Convenio General de la Construcción (2007-2011)).

⁹¹ Algo que, por otra parte, no es exclusivo de esta materia porque, donde con mayor incisividad se plantea el problema de la falta de gobernanza internacional es en materia fiscal. (Véase, J. RUIZ-HUERTA CARBONELL y otros., *Tendencias de reforma fiscal: hacia una fiscalidad europea*, Documento de trabajo 62/2011 del Observatorio de Política Exterior Española, pp. 88-106.)

⁹² Especialmente a partir de la Recomendación de la Comisión, de 31 de marzo de 2008, relativa a una mejor colaboración administrativa en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (2008/C 85/01), y de la creación del Comité de Expertos sobre desplazamiento de trabajadores (Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 2008, 2009/17/CE).

⁹³ Se trata de una colaboración esencialmente bilateral, vinculada a supuestos en los que un trabajador desplazado a España temporalmente, al retornar al Estado de origen, denuncia irregularidades durante el desplazamiento (hechos ocurridos en España). De suerte que la Inspección del Estado de origen suele solicitar colaboración (información) de la ITSS española. Si se observa, en este caso la legislación aplicable no va a ser la española, razón por la que se deja a un lado este supuesto.

Resulta paradigmático el Acuerdo de Intercambio de información y colaboración firmado con la Inspección de Rumanía (2008).

⁹⁴ Especialmente en el marco de la red Iberoamericana de Inspección de Trabajo, auspiciada por la OIT, creada por una Declaración de Intenciones de Argentina, Brasil, Chile, España, Portugal y Uruguay en 2009.

⁹⁵ Esto es mas claro en el ámbito de la OIT, en el que, dejando a salvo los convenios sobre ciertos riesgos laborales, la atención se presta al trabajo no declarado y al tráfico de trabajadores. (*La Inspección de Trabajo en Europa: trabajo no declarado, migración y tráfico de trabajadores*. Documento de Trabajo número 7, OIT, Ginebra, enero 2010)

⁹⁶ Por eso, la cooperación efectiva se produce, especialmente, en los casos en los que se detectan falsas empresas (empresas-buzón) y cesiones ilegales de trabajadores. No son relevantes los incumplimientos de condiciones laborales, especialmente en materia de seguridad y salud.

135. En este orden de cuestiones, si bien aún se encuentra en fase embrionaria, es preciso llamar la atención sobre una iniciativa comunitaria, en la que están implicados sólo algunos (ocho⁹⁷) de los Estados Miembros (Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Hungría, Italia, Malta, Portugal y España): el proyecto *CIBELES* (*Convergence of Inspectorates Building a European Level Enforcement System*).

136. El proyecto tiene como objetivos, de una parte, mejorar el sistema de intercambio de información entre las Inspecciones de Trabajo europeas, en aras de lograr la ejecución transfronteriza y la asistencia mutua respecto de los procedimientos de inspección y sanción, especialmente en materia de seguridad y salud, ámbito en el que todas las inspecciones europeas son competentes en sus respectivos estados. En consecuencia, los contenidos del proyecto se concretan en: 1º la transmisión y el intercambio de información entre las inspecciones de trabajo; 2º la cooperación mutua en los procedimientos de investigación de infracciones y, 3º la ejecución transfronteriza de las sanciones.

137. Por lo que respecta al primer contenido, desde el Proyecto CIBELES propone la aprobación de medidas para coordinar todas las comunicaciones sobre desplazamientos en un procedimiento integrado a nivel europeo, interconectado con sistemas preexistentes, y, en segundo orden de cosas, propondría la creación de un sistema de identificación europeo de los trabajadores desplazados.

138. La cooperación mutua en la investigación de infracciones, se habría de traducir, en primer lugar, en el establecimiento de una normativa vinculante comunitaria que regule las formas de intercambio de información entre inspectores; en segundo lugar, en la regulación del valor probatorio de la información intercambiada entre inspectores; y, por último, en la clarificación del alcance de y de las correspondencias entre las distintas legislaciones nacionales que trasponen la normativa comunitaria de seguridad y salud en el trabajo.

139. En tercer lugar, se hace necesario asegurar la ejecución transfronteriza de las sanciones económicas impuestas en el marco de una acción inspectora. Algo que en la actualidad no es posible. De una parte, los procedimientos de sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo, tienen distinta naturaleza en los distintos estados (en unos casos es de naturaleza administrativa, en otros de naturaleza penal). A su vez, en los estados que cuentan con procedimientos administrativos de imposición de sanciones, no siempre existen mecanismos de impugnación jurisdiccional semejantes (en unos casos las sanciones se recurren ante el orden penal, en otros ante el orden social, y en otros ante el orden contencioso-administrativo). De otra parte, ligado a lo anterior, los mecanismos comunitarios existentes que regulan la ejecución transfronteriza de las sanciones económicas (Decisión Marco 2005/214/JAI para el reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias) no son aplicables en todos los Estados. Simplificando, bien porque no hayan transpuesto la Decisión, bien porque las sanciones no hayan sido impuestas por autoridades judiciales, o bien porque no quepa que las decisiones de imposición de la sanción sean recurridas ante el orden jurisdiccional penal.

C) Extrapolación de mecanismos

140. A la vista de lo anterior, queda claro que, por el momento, uno de los principales inconvenientes de la falta de mecanismos coercitivos comunitarios de las sanciones administrativas, es la ineffectividad de los mecanismos nacionales de tutela a posteriori de derechos, en lo que aquí concierne, de seguridad y salud. De ahí que, en tanto se produce el desarrollo y puesta en práctica del proyecto Cibeles, quizás como antídoto a la impunidad, se podrían proponer algunas medidas.

141. La primera propuesta se refiere a la aplicación de la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, referida a la asistencia mutua en materia de cobro de créditos correspondientes a

⁹⁷ Independientemente de su eventual extensión a los 27 Estados Miembros, lo cierto es que, por el momento, pendiente de desarrollarse, se trata de un proyecto intrínsecamente limitado

determinados impuestos, derechos y otras medidas. Es preciso aclarar que esta Directiva no obsta a que los Estados cumplan con obligaciones semejantes de prestar una asistencia más amplia de conformidad con acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales, incluidos los relativos a la notificación de actos judiciales y extrajudiciales (Art. 24 de la Directiva). Aunque el plazo de transposición no concluye hasta el 31-12-2011, puede entenderse que las sanciones administrativas por incumplimientos en el orden social, resultado de un procedimiento administrativo sancionador se podrían ejecutar a través de los mecanismos de cooperación diseñados en esta Directiva.

142. No es nueva la institución de la «asistencia mutua para cobros»⁹⁸, sin embargo, la normativa existente en la materia se revela insuficiente en el contexto actual, en que es prioritario el buen funcionamiento del Mercado Interior, a lo que contribuye la neutralidad fiscal. Aparentemente, las sanciones pecuniarias impuestas por la comisión de infracciones administrativas en el orden social, podría incluirse en la categoría que la Directiva 2010/24/UE define como «derechos de todo tipo recaudados por un estado miembro» (Art. 1.a) de la Directiva). Así, en efecto, esta Directiva define su ámbito de aplicación incluyendo a las «sanciones administrativas, multas y recargos... en relación con lo previsto en el Art. 1 e impuestas por las autoridades competentes para la recaudación de los derechos considerados...» (Art. 1.2.a) de la Directiva), quedando excepcionadas de dicho ámbito las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social (Art. 1.3 de la Directiva), pero en ningún caso las sanciones referidas a esa materia de Seguridad Social.⁹⁹

143. La segunda de las propuestas se refiere a la aplicación del método de la Propuesta de directiva del Parlamento y del Consejo para felicitar la aplicación transfronteriza de la normativa sobre seguridad vial (presentada por la Comisión, SEC (2008) 350 y 351 (COM (2008) 151 final). Hasta el momento está vigente la Recomendación de 21 de octubre de 2003, sobre intercambio de buenas prácticas, sin que se haya tratado la cuestión de la aplicación transfronteriza de la normativa de seguridad vial. Lo que, por otro lado, pone de relieve que existen muy serias reticencias nacionales a ceder parte del *ius puniendi* estatal a otros estados miembros de la Unión Europea. En el documento base se insiste en que no se pretende la armonización de las normas viales ni de las sanciones, «...ya que es más adecuado dejar estos asuntos en manos de los Estados», y se está conforme en diseñar medidas de orden administrativo para establecer un sistema efectivo y eficaz de aplicación transfronteriza de normas¹⁰⁰.

⁹⁸ En sentido amplio, que ya se estableció en la Directiva 76/208/CEE del Consejo de 15 de marzo, relativa al cobro de los créditos resultantes de operaciones que formen parte del sistema de financiación del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola; directiva que ha sido codificada, junto con sus reformas, por la Directiva 2008/55/CE de 26 de mayo, sobre asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas.

⁹⁹ En esta directiva se diseñan, de una parte, mecanismos de intercambio de información (Art. 5 y ss. de la Directiva) y de otra parte medidas estrictamente de cobro, incluyendo las medidas cautelares (Art. 10 y ss. de la Directiva). El primer conjunto de medidas, permite al estado acreedor de los derechos de cobro, la información necesaria para iniciar un procedimiento de ejecución. Y el segundo conjunto de medidas posibilita que, una vez que el instrumento de ejecución sea firme en el estado miembro sancionador, otro estado miembro realice las oportunas medidas de ejecución. En este sentido, una vez que un Estado requerido reciba del Estado requirente el instrumento de ejecución, ha de proceder a la ejecución de ese crédito como si fuera un crédito propio (Art. 13). Es más, siempre que lo permita la legislación nacional del Estado requerido y conforme a sus prácticas administrativas, el estado requirente puede solicitar la adopción por aquel de medidas cautelares (Art. 16). Complementariamente, se diseña un conjunto de modelos normalizados uniformes y de medios de comunicación de los mismos (Art. 21 y ss. de la Directiva).

¹⁰⁰ En el ámbito de la Unión Europea es habitual barajar distintas posibilidades en lo referente a la coordinación de funciones estatales de policía, particularmente referidas a las infracciones de tráfico. Sin embargo, la filosofía de algunas de esas opciones podría ser extrapolable al ámbito de las infracciones en el orden social. Opción A: cada Estado miembro ejerce las medidas de policía y ejecuta esas acciones de policía conforme a su legislación propia. En este sentido los infractores, cualquiera que sea su nacionalidad, serán perseguidos en el territorio en que se cometieron las infracciones, por las autoridades competentes en ese Estado. Opción B: cada Estado ejerce las medidas de policía en su territorio, respecto de infracciones cometidas allí, independientemente de la nacionalidad del infractor, si bien, a diferencia de la opción anterior, la labor de ejecución de las acciones sancionadoras tiene apoyo en un sistema global de intercambio de información relevante para la ejecución de la sanción. Opción C: cabe que el Estado con el que el infractor guarda una mayor relación (por tener domicilio, o por ser el lugar donde aparece registrado, en sentido amplio) sea el que ejerza las medidas sancionadoras, pero a partir de la constatación por las autoridades del estado miembro en el que se comete la infracción. O dicho de otro modo, el primer estado

144. En lo relativo a las infracciones de tráfico, se ha optado por que cada Estado persiga las infracciones viales en su territorio, pero, referido a un *numerus clausus* de infracciones, aquéllas en las que parece haber acuerdo en considerar las más graves. Para ello, se diseña un sistema de intercambio de información, en aras de una efectiva cooperación entre Estados miembros referido a la efectividad de la notificación de infracciones, hasta la fase previa a la ejecución. Y esto sería susceptible de tener toda la virtualidad en el ámbito de las sanciones administrativas en el orden social. Lo que exigiría, si no el diseño de un sistema comunitario de infracciones y sanciones, al menos sí el diseño de un *numerus clausus* de infracciones en el orden social, entre las que sin duda estaría aquellas ligadas a incumplimientos ligados al desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una PST y las ligadas a los incumplimientos de obligaciones empresariales en materia preventiva; tanto más cuando hayan tenido un resultado lesivo.

D) La Gobernanza social en los códigos de conducta empresarial: la responsabilidad social de la prevención

145. Paradójicamente, otra de las vías para dotar de efectividad a los derechos de seguridad y salud de trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una PST no es ya la supranacionalidad (sustantiva o adjetiva) de las medidas de tutela *a posteriori*, sino, en extremo opuesto, la inclusión de mecanismos empresariales de tutela *a priori*. Algo que se podría residenciar en las posibilidades que permite la nueva realidad jurídica, en fase de expansión, de la Responsabilidad Social de la Empresas, integrada en el concepto, novedoso también de la *Gobernanza* social¹⁰¹.

146. La filosofía de la Responsabilidad social empresarial (RSE) es imprescindible como herramienta estratégica para desarrollar la competitividad futura en organizaciones y empresas. En algunos documentos de organismos internacionales y asociaciones empresariales sobre RSE, en concreto en el Libro Verde de la Comisión Europea para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas¹⁰² aparece citada la seguridad y salud en el trabajo como uno de los campos en los que la empresa manifiesta su conducta socialmente responsable¹⁰³.

147. El principal problema de esta vía, por el momento es la voluntariedad, porque no hay norma que obligue explícitamente al desarrollo de actividades preventivas complementarias. Y a este respecto conviene llamar la atención sobre el otro gran límite de esta vía: aunque se postula aquí como una vía de tutela, en realidad debería presentarse también como una vía de tutela mejorada. En la medida en que se considere que la RSE no equivale solo al cumplimiento riguroso de las normas legales, reglamentarias y convencionales, sino también al establecimiento de medios complementarios de tutela, más allá de las exigencias preventivas.¹⁰⁴

sanciona a partir de las actividades probatorias de la infracción realizadas por las autoridades de otro Estado miembro, y que aquel asume como propias.

¹⁰¹ A. OLIET PALÁ, «El intervencionismo protector en el contexto de la mundialización.» En, MTAS, *I Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid: MTAS, 2005, p. 402.

¹⁰² COM (2001) 366, no publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

¹⁰³ En España, tras la publicación del Libro Verde de la Comisión, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo publicó dos notas Técnicas de Prevención en las que se definen conceptos generales y se clasifican los tipos de actuación. (M.P. LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, «Responsabilidad social y prevención de riesgos laborales.» *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, 2010, nº 72, p. 40-46.)

No obstante, esta vertiente preventiva se ha diluido parcialmente en la vertiente comunitaria, que se ha dirigido a propugnar la garantía de las condiciones laborales mínimas por las empresas europeas, en su actividad hacia el exterior, esencialmente. (*Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa polo de excelencia de la Responsabilidad Social de las Empresas*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo (COM (2006)136 final, de 22 de marzo). Sin que la Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012) (COM (2007) 62 final) haya especificado tampoco proyecciones en este sentido.

¹⁰⁴ M.A. PURCALLA BONILLA, «Responsabilidad social de las empresas. Del mito (o la moda) a las primeras realidades normativas». *RGDTSS*, 2011, nº 24, p. (www.iustel.es).

148. A este respecto, son relevantes los contenidos preventivos¹⁰⁵ que se puedan incorporar en los códigos de conducta, que se apoyan en la denominada así- ética de los negocios o conciencia ética de las empresas.¹⁰⁶ Tanto más en el caso de los grupos de empresa, como en el caso de empresas multinacionales en las que sea habitual el desplazamiento temporal de trabajadores¹⁰⁷. Y en sendos casos, se plantearía, bien es cierto las vicisitudes ligadas a la exigibilidad jurídica/jurisdiccional de los contenidos de los códigos de conducta, y que, en suma, plantea necesidades de positivización; que se podrían cubrir mediante el desarrollo de una actividad negocial-convencional en el ámbito de la empresa («el desembarco de la responsabilidad social en la negociación colectiva»¹⁰⁸) o del grupo de empresa; de suerte que la protección transnacional de los trabajadores desplazados se solventara dentro de la empresa multinacional, o del grupo de empresas. Sin perjuicio de que idéntica solución sería predicable del resto de empresas implicadas en desplazamientos.

3. En síntesis: los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados y los límites del Derecho Social

149. En síntesis, a través del análisis de la (in)eficacia de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en el marco de una PST se ha puesto de manifiesto que, aparentemente, hay una crisis de las Instituciones comunitarias y del propio Derecho Social comunitario que impide que, al margen de las iniciativas en curso parciales y trémulas, se pueda decir que, desde la Directiva 96/71, ha habido muchos avances en materia de desplazamientos transnacionales. Pareciera que son incapaces de articular, tanto nuevos espacios de homogeneización de legislaciones, cuanto nuevos instrumentos de actividad supranacional; relativa a un *ius puniendi* comunitario incluso relativa a instrumentos de reconocimiento mutuo de la actividad punitiva nacional de los distintos Estados.

150. Quizás vaya a resultar que la libertad de prestación de servicios del empresario se ha reputado más potente que la protección de los derechos de los trabajadores desplazados en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, y que las previsiones protectoras, en este caso de la seguridad y salud de los trabajadores, devienen costes sociales *amplo sensu*, que no pueden frenar la actividad económica...

¹⁰⁵ En la actualidad aún escasos, por cuanto los compromisos empresariales ligados a la ética empresarial se circunscriben aún a derechos fundamentales clásicos, ligados a la igualdad y no discriminación o al respecto de la dignidad e intimidad de los trabajadores (J. CALVO GALLEGO, *Códigos éticos y derechos de los trabajadores. Una aproximación a las empresas españolas*. Albacete, 2008, pp. 33 y ss.). Algo que resulta paradójico, en la medida en que la base de todos los derechos fundamentales-obligaciones empresariales debiera ser la propia vida e integridad/ salud del trabajador.

¹⁰⁶ J. CALVO GALLEGO, *Códigos éticos y derechos de los trabajadores. Una aproximación a las empresas españolas*. Albacete, 2008, p. 8.

¹⁰⁷ En algunos sectores, como el textil, el químico, el comercio o el transporte, no es inhabitual encontrar como materia preferente de los códigos de conducta la seguridad y salud (R. SASTRE IBARRECHE, «Empresas transnacionales y regulación atípica de condiciones de trabajo». *RGDTSS, Iustel*, 2003, nº 3, p. 13 (www.iustel.es)).

¹⁰⁸ Especialmente mediante la transcripción total o parcial de códigos de conducta en un convenio colectivo (L.E. DE LA VILLA GIL, «Acerca de la responsabilidad social corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales». *RGDTSS, Iustel*, 2008, nº 16, p.8 (www.iustel.es)).