

Laboral

# Seguir cotizando por los trabajadores en el Estado de origen: siempre que la empresa realice normalmente sus actividades en él

La normativa europea permite que una persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que desarrolla normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro siga sujeta a la legislación de seguridad social del primer Estado miembro. Pero, para que así sea, la empresa debe garantizar un ejercicio «normal» de su actividad en él.

## LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento 883/2004, de 29 de abril (DOUE de 30 de abril), sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, «la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro,

a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona». La alusión a la necesidad de ejercer «normalmente en él sus actividades» fue precisada por el artículo 14 del Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre (DOUE de 30 de septiembre), en el sentido de considerar que se refiere a una empresa que realiza normalmente actividades sustanciales —distintas de la mera

gestión interna— en el territorio del Estado miembro de establecimiento, teniendo en cuenta todos los criterios que caracterizan las actividades realizadas por la empresa en cuestión. A estos efectos, «los criterios pertinentes deberán adecuarse a las características específicas de cada empresa y a la naturaleza real de las actividades que realiza».

Pues bien, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio del 2021, asunto C-784/19, *Team Power*, resuelve la cuestión prejudicial en la que se plantea si esta precisión debe interpretarse en el sentido de que, para considerar que una empresa de trabajo temporal establecida en un Estado miembro «ejerce normalmente sus actividades» de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento 883/2004, debe realizar una parte sustancial de su actividad de cesión de trabajadores en favor de empresas usuarias que estén establecidas y ejerzan sus actividades en el territorio de dicho Estado miembro o si, por el contrario, se admitiría también aunque todos sus trabajadores prestaran servicios para empresas usuarias fuera de dicho territorio.

2. En principio, el artículo 11.3a del Reglamento 883/2004 establece que la persona que ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro está sometida a la legislación de dicho Estado (STJUE de 16 de julio del 2020, as. C-610/18, *AFMB y otros*). Pero este principio admite excepciones, siendo la contenida en el artículo 12 del citado Reglamento 883/2004 una de ellas, considerándose que puede quedar comprendido en el ámbito de aplicación de esta disposición el trabajador desplazado cuyo empresario tenga un vínculo particular con el Estado miembro en el que esté establecido, en la medida en que ese empresario «ejerce normalmente sus actividades» en tal Estado miembro.

Con una legislación precedente, el Tribunal de Justicia consideró que únicamente aquella empresa de trabajo temporal que ejerza habitualmente actividades significativas en el Estado miembro en el que está establecida puede acogerse a la norma particular derivada del citado 12 del Reglamento 883/2004 —antes, artículo 14, punto 1, letra a, del Reglamento 1408/1971—, y que, para determinar si es así, la institución competente de ese Estado miembro está obligada a examinar la totalidad de los criterios que caracterizan las actividades ejercidas por dicha empresa (STJUE de 10 de febrero del 2000, asunto C-202/9, *FTS*). El Tribunal de Justicia precisó que, entre estos criterios, debían considerarse el lugar del domicilio social de la empresa y de su administración, la plantilla de personal administrativo que trabaja respectivamente en el Estado miembro de establecimiento y en el otro Estado miembro, el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y donde se celebran la mayor parte de los contratos con la clientela, la ley aplicable a los contratos de trabajo celebrados por la empresa con sus trabajadores, por una parte, y con sus clientes, por otra, así como el volumen de negocios alcanzado durante un periodo suficientemente significativo en cada Estado miembro de que se trate. Este listado no se consideraba exhaustivo por entender que la elección de los criterios debía adaptarse a cada caso específico.

Pero el tribunal no encuentra homologable esta decisión al asunto que ahora se plantea porque estima que la solución anterior se enmarca en un contexto muy diferente —y para interpretar una disposición de Derecho de la Unión se requiere considerar el contexto en el que se inscribe y los objetivos perseguidos por la normativa en cuestión (STJUE de 6 de octubre del 2020, asunto C-181/19, *Jobcenter Krefeld*)—, ya que allí se hacía referencia a

un empresa de trabajo temporal que ejercía actividades de cesión de trabajadores tanto en el Estado miembro en el que estaba establecida como en otro Estado miembro; por eso, a efectos de determinar la legislación aplicable en materia de seguridad social, requería establecer el Estado miembro con el que la referida empresa mantenía los lazos más estrechos. En este caso, sin embargo, Team Power Europe, la empresa de trabajo temporal cuestionada, sólo suministra trabajadores a empresas usuarias establecidas en un Estado miembro distinto de aquel en el que ella lo está; de ahí que se cuestione qué tipo de actividades ha de realizar una empresa de trabajo temporal de manera significativa en el Estado miembro en el que está establecida para poder considerar que ejerce «actividades sustanciales, distintas de la mera gestión interna» en ese Estado miembro.

3. Esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio del 2021 admite que, para alcanzar dicha conclusión, es necesario tener en cuenta todos los criterios que caracterizan las actividades realizadas por esta empresa, criterios que deberán adecuarse a las características específicas de cada empresa y a la naturaleza real de las actividades que realiza. En el caso de una empresa de trabajo temporal, el conjunto de sus actividades consiste en seleccionar, contratar y suministrar trabajadores a empresas usuarias. Debe precisarse que estas actividades, en particular las relativas a la selección y contratación de trabajadores para su cesión, no son «actividades de mera gestión interna» toda vez que dicho concepto abarca únicamente actividades de mera gestión cuyo objeto consiste en garantizar el funcionamiento interno de la empresa. Ahora bien, «aunque las actividades de selección y de contratación de trabajadores revisten una importancia indudable para las empresas de

trabajo temporal, su único propósito es que tales empresas cedan posteriormente a los referidos trabajadores a las empresas usuarias» (considerando 48). Esto significa que, si bien la selección y la contratación de trabajadores contribuyen a generar el volumen de negocios de una empresa de trabajo temporal, puesto que esas actividades constituyen un requisito previo indispensable para la ulterior cesión de tales trabajadores, «sólo la cesión de esos trabajadores a empresas usuarias en cumplimiento de los contratos celebrados a tal fin con dichas empresas genera de modo efectivo ese volumen de negocios [pues] los ingresos de una empresa de este tipo dependen del importe de la retribución abonada a los trabajadores que se ponen a disposición de las empresas usuarias» (considerando 49). En consecuencia, sólo podrá considerarse que una empresa de trabajo temporal que lleva a cabo sus actividades de selección y de contratación de trabajadores en el Estado miembro de establecimiento ejerce «actividades sustanciales» en ese Estado miembro si también realiza en él «de manera significativa actividades de cesión de esos trabajadores en favor de empresas usuarias que estén establecidas y ejerzan sus actividades en el mismo Estado miembro» (considerando 50).

Otro argumento que sirve para rechazar la aplicación de la norma excepcional en un supuesto como el descrito es que precisamente las reglas excepcionales exigen una interpretación restrictiva (STJUE de 6 de septiembre del 2018, asunto C-527/16, *Alpenrind y otros*). Y, así, «en tales circunstancias, esta excepción no puede aplicarse a una empresa de trabajo temporal que, aunque ejerza en el Estado miembro de establecimiento actividades de selección y de contratación de trabajadores, no lleve a cabo en absoluto en dicho Estado —o, a lo sumo, lo haga de manera no significativa— la cesión de

esos trabajadores a empresas usuarias que también estén establecidas en el referido Estado miembro. En efecto, aplicar la citada excepción a una empresa de trabajo temporal como ésta tendría como consecuencia incluir en su ámbito de aplicación a los trabajadores seleccionados y contratados por esa empresa que ejercen sus actividades principalmente, o incluso exclusivamente, en un Estado miembro distinto del Estado miembro de establecimiento de la referida empresa, aun a pesar de que esta misma excepción sólo está destinada a aplicarse a aquellas situaciones en las que un trabajador desarrolle, durante un periodo temporal limitado, sus actividades en un Estado miembro distinto de aquel en el que su empleador ejerce normalmente las suyas» (considerando 53).

Ciertamente, la normativa aquí aplicada pretende garantizar la libre circulación de los trabajadores en la Unión Europea, respetando las características propias de las legislaciones nacionales de seguridad social al coordinar los sistemas nacionales de seguridad social de los Estados miembros. Por su parte, el artículo 12.1 del Reglamento 987/2009 tiene por objeto, en particular, promover la libre prestación de servicios en beneficio de las empresas que hacen uso de esa libertad al enviar a trabajadores a Estados miembros distintos de aquel en el que están establecidas. La excepción descrita no responde más que a la finalidad de evitar las complicaciones que podrían derivarse de la aplicación de la norma general y superar de ese modo los obstáculos que pudieran entorpecer la pretendida libertad circulatoria laboral. Se trata de que una empresa establecida en el territorio de un Estado miembro esté obligada a afiliarse a sus trabajadores, sujetos normalmente a la legislación de seguridad social de ese Estado miembro, al régimen de la seguridad social de otro Estado miembro a donde

fueran enviados para realizar trabajos de corta duración; por este motivo, el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 permite a la empresa mantener la afiliación de sus trabajadores al régimen de la seguridad social del primer Estado miembro. «Ahora bien, permitir a las empresas de trabajo temporal que hacen uso de la libre prestación de servicios disfrutar de esta ventaja cuando orientan su actividad de cesión de trabajadores, en exclusiva o principalmente, hacia uno o varios Estados miembros distintos de aquel en el que están establecidas podría incitar a las referidas empresas a elegir el Estado miembro en el que desean establecer su domicilio en función de su legislación de seguridad social, con el único objetivo de acogerse a la legislación que les resulte más favorable en esta materia y permitir así el *forum shopping*» (considerando 62). En particular, una utilización normativa como la descrita conllevaría «el riesgo de ejercer una presión a la baja sobre los sistemas de seguridad social de los Estados miembros e incluso desembocar en una reducción del nivel de protección que éstos ofrecen» (considerando 64). Por lo demás, permitir que los trabajadores contratados por aquellas empresas para ser cedidos siguieran estando afiliados al régimen de seguridad social del Estado miembro de establecimiento de esas empresas, aun a pesar de que éstas no lleven a cabo ninguna actividad significativa de cesión de esos trabajadores a favor de empresas usuarias que también se hallen establecidas en ese Estado miembro, tendría el efecto de generar, entre las diferentes modalidades de empleo posibles, «una distorsión de la competencia en beneficio del recurso al trabajo a través de empresas de trabajo temporal frente a aquellas empresas que contratan directamente a sus trabajadores, los cuales estarían afiliados al régimen de seguridad social del Estado miembro en el que trabajan» (considerando 65).

En consecuencia, una empresa —en este caso una empresa de trabajo temporal— que ejerce sus actividades de cesión de trabajadores de modo exclusivo o con carácter principal en favor de empresas usuarias establecidas en un Estado miembro distinto de aquel en el que ella misma está establecida tiene derecho a beneficiarse de la libre prestación de servicios, pero no puede beneficiarse de la ventaja ofrecida en materia de seguridad social por el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, que consiste en conservar la afiliación de esos trabajadores a la legislación del Estado miembro en el que la empresa está

establecida. La razón es que dicha ventaja se halla supeditada a que la empresa ejerza una parte significativa de su actividad de cesión de trabajadores en favor de empresas usuarias que estén establecidas y que ejerzan sus actividades en el territorio del Estado miembro en el que esté establecida la propia empresa de trabajo temporal. Esta interpretación es orientativa de lo que puede suponer también para aquellas empresas de las que se cuestione el ejercicio «normal» de su actividad en el Estado miembro de referencia en el que desea mantener la afiliación y cotización de sus trabajadores.