

MOVILIDAD TRANSNACIONAL Y SEGURIDAD SOCIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES

Juan López Gandía

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Valencia*

EXTRACTO

El artículo analiza las diversas formas de movilidad internacional: cuando el trabajador desempeña su trabajo en otro Estado de manera temporal (movilidad en el empleo o desplazamiento) y la que se lleva a cabo de manera presumiblemente definitiva al Estado de destino (movilidad para el empleo o emigración) en los aspectos que afectan a la Seguridad Social en su modalidad contributiva. Se analiza la regulación en el ámbito comunitario de los dos tipos de movilidad y sus problemas interpretativos y aplicativos y los convenios multilaterales o bilaterales para los supuestos en que la movilidad transnacional de trabajadores vaya más allá del ámbito comunitario. En la prestación transnacional de servicios se procede a una comparación en la regulación de los aspectos laborales y de los de Seguridad Social, pues presentan diferencias importantes. Y se abordan los desplazamientos tanto de trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia. También los riesgos de una utilización de desplazamientos mediante duraciones temporales excesivas o formas encadenadas que disfrazan supuestos migratorios con graves riesgos de «*dumping* social» mediante empresas de trabajo temporal, contratas y subcontratas. En cuanto a la acción protectora se distingue entre las prestaciones que pueden satisfacerse en el Estado de origen y las vinculadas al de destino.

Palabras clave: movilidad transnacional; Seguridad Social; territorialidad; Derecho comunitario; convenios bilaterales.

Fecha de entrada: 10-10-2017 / Fecha de aceptación: 10-10-2017

TRANSNATIONAL MOBILITY AND SOCIAL SECURITY. SPECIAL REFERENCE TO WORKERS' DISPLACEMENTS

Juan López Gandía

ABSTRACT

The paper analyzes the various forms of international mobility: when the worker performs his work in another State on a temporary basis (mobility in employment or displacement) and those which are presumably carried out definitively to the State of destination (mobility for employment or emigration) in aspects that affect Social Security in its contributory modality. It discusses the regulation at the community level of the two types of mobility and its interpretative problems and applications and the multilateral or bilateral agreements for the cases in which the transnational mobility of workers goes beyond the community scope. In the transnational provision of services, a comparison is made in the regulation of labor and social security aspects, since they present important differences. And the displacement of both employed and self-employed workers is addressed. Also the risks of a use of displacements by excessive temporal durations or chained forms that disguise migratory assumptions with serious risks of social dumping through TTEs, contracts and subcontracts. With regard to protective action, a distinction is made between benefits which may be satisfied in the State of origin and those linked to the State of destination.

Keywords: transnational mobility; social security; territoriality; Community law; bilateral agreements.

Sumario

1. Introducción
2. Movilidad transnacional
3. Los desplazamientos. La regulación comunitaria
 - 3.1. La excepción a la *lex loci laboris*
 - 3.2. Ámbito subjetivo
 - 3.3. Empresa que ejerce su actividad en un solo Estado miembro
 - 3.3.1. Introducción
 - 3.3.2. Requisitos de la empresa
 - 3.4. El requisito de la temporalidad
 - 3.5. Acreditación de la condición de desplazado
 - 3.6. Trabajador que ejerza su actividad para una misma empresa en el territorio de dos o más Estados miembros
 - 3.7. La acción protectora
4. Convenios multilaterales y bilaterales
5. Inexistencia de convenio o existente pero de protección inferior

NOTA: Este estudio desarrolla y profundiza, según las exigencias metodológicas y de cita propias de un estudio científico, la ponencia del mismo título expuesta oralmente en la «Jornada Globalización y nuevas formas de migraciones sociolaborales: desplazamientos temporales y expatriados», realizada en la Universidad Jaume I de Castellón, el 3 de noviembre de 2017, en el marco de los proyectos «OPI-UJI: migraciones e interculturalidad».

1. INTRODUCCIÓN

Los trabajadores históricamente se han visto obligados a cambiar de lugar de trabajo o de profesión o de ambas cosas a la vez, con lo que la normativa laboral y la de Seguridad Social ha tenido que prever, regular y contemplar tales procesos a fin de no perjudicar esa posibilidad ni desincentivarla si como consecuencia de ello se pudieran derivar perjuicios a los trabajadores.

La movilidad geográfica tradicional basada en la emigración ha adquirido nuevos perfiles derivados de las transformaciones económicas de los procesos productivos y de su fragmentación, de los procesos de deslocalización y de la globalización transnacionales que conllevan la exteriorización del factor trabajo y la movilidad de la mano de obra en procesos ya globales de búsqueda de ventajas competitivas¹, lo que ha incrementado las exigencias de movilidad de los trabajadores y la caracterización extraterritorial de las relaciones laborales, lo que afecta a los sistemas de Seguridad Social basados en el principio de territorialidad, por lo que ha tenido que ir elaborando normas de aplicación extraterritorial. La dimensión transnacional de las empresas y las formas de prestación de servicios, especialmente en mercados donde rigen los principios de libre circulación, abren perspectivas diferentes a las de la movilidad clásica basada en la emigración, por su carácter en principio temporal y muchas veces con destinos sucesivos a diferentes países, que se abordan a través de las figuras de los desplazamientos, institución en la que, como se verá más abajo, acaban incluyéndose también los trabajadores que son contratados, bien por empresas comunes, bien por empresas de trabajo temporal (ETT), para ser enviados en misión.

La movilidad puede operar, por tanto, de diversas formas, pero aquí nos interesa destacar dos tipos: la movilidad que supone que el trabajador desempeñe su trabajo en otro Estado de manera temporal (movilidad en el empleo o desplazamiento) y la que se lleva a cabo de manera presumiblemente definitiva o más allá de ciertos parámetros temporales con inserción plena en el mercado de trabajo del Estado de destino (movilidad para el empleo o emigración). Los primeros no se insertan en el mercado de trabajo del país, sino que permanecen vinculados al país de origen, dado el carácter temporal del envío, mientras que los segundos sí. El desplazado no es, por tanto, un emigrante sino que está ya vinculado con una empresa antes de su desplazamiento. No

¹ GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Globalización económica y Seguridad Social. Su porfía en la Europa del euro», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2000, págs. 173-186, y núm. 2/2000, págs. 11-24; ZUFIAUR NARVAIZA, J. M.: «La movilidad geográfica del empleo en la Unión Europea: hacia un mercado de trabajo europeo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2006, págs. 73 y ss., y Correa Carrasco, M. (coord.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.

se desplaza a otros países para acceder a un empleo o en su búsqueda ni se inserta en el mercado de trabajo del país de destino, sino que al finalizar su misión debe retornar al país de origen.

Dentro de estas dos últimas categorías las situaciones jurídicas del trabajador pueden ser muy diversas, pues la ley aplicable depende de si se trata de movilidad comunitaria o a países extracomunitarios. Y dentro de los segundos dependerá de si se ha estipulado convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social o no.

La cuestión es compleja cuando se trata de movilidad transnacional, al entrar en juego dos o más ordenamientos. En este trabajo se abordaran los aspectos de Seguridad Social contributiva, sin abordar la compleja problemática de la asistencia social, las prestaciones no contributivas², ni los niveles complementarios que se rigen por directivas específicas ([Directiva 2014/50/UE, de 16 de abril](#)).

2. MOVILIDAD TRANSNACIONAL

Desde el surgimiento de los seguros sociales apareció ya muy pronto un Derecho Internacional de la Seguridad Social para incentivar el desarrollo y expansión de los seguros sociales en los distintos países y para abordar los problemas de la emigración³.

Para proteger a los emigrantes en primer lugar, convenios y recomendaciones internacionales en el ámbito de la OIT, de manera que los emigrantes no quedaran en situación desventajosa de protección social cuando se desplacen o emigren para trabajar a otros países, como los convenios [48 de 1935](#), [118 de 1962](#) y [157 de 1982](#).

También el artículo 12. 4 a) y b) de la [Carta Social Europea](#) establece que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas

² SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Granada: Comares, 1998, y «[Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004](#)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, págs. 115 y ss.; TORRENTE GARÍ, S.: «Las prestaciones no contributivas en la normativa comunitaria», págs. 267 y ss., en *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, cit., págs. 267 y ss.; LÓPEZ GANDÍA, J.: «El requisito de residencia para el acceso a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 4, 2017, págs. 351-360, y CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Libre circulación de ciudadanos en la Unión Europea y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria) y el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017, págs. 195-226.

³ PÉREZ CASTILLO, A. M. y CARPENA NIÑO, J. M.: «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes: realidad actual y perspectivas de futuro», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2005, págs. 191 y ss., y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *Introducción al Derecho Internacional español de Seguridad Social*, Madrid: CES, 1995.

a conseguir la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes Contratantes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes y a la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los periodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes Contratantes.

En segundo lugar, el Derecho comunitario europeo también aborda dicha cuestión de la coordinación de los sistemas nacionales para facilitar los objetivos de la Unión Europea de la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios y la abolición de toda discriminación basada en la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros que se desplacen dentro de la Unión Europea para trabajar.

La intervención comunitaria no instituye un sistema o régimen común de Seguridad Social sino que mantiene los existentes a nivel nacional y su único objetivo es que exista un nivel de coordinación entre ellos que evite penalizar al inmigrante de manera que al menos no sufra una reducción importante de la prestación que habría obtenido de no haber sido emigrante⁴, aunque a la hora de determinar la base reguladora y la integración de lagunas en las pensiones no resulta tan favorable como los convenios bilaterales celebrados entre los propios Estados miembros de la Unión Europea.

Se trata de evitar que los trabajadores comunitarios en materia de protección social se encuentren en una situación perjudicial o desventajosa por haber trabajado en más de un país miembro de la Unión Europea. Los más importantes son los Reglamentos [1408/1971](#) y [574/1972](#), modificados en numerosas ocasiones con posterioridad y codificados en 1997 y modificados por el [Reglamento 883/2004](#). Hay una propuesta de modificación de 2016. Los Reglamentos Comunitarios (CE) [883/04](#) y [987/09](#) se aplican para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea desde el 1 de mayo de 2010.

En el fondo, la técnica de los reglamentos comunitarios es la misma que la que ya habían avanzado los convenios bilaterales de Seguridad Social, esto es, la coordinación de legislaciones que siguen siendo nacionales y la igualdad de trato. Y por ello sus principios son similares: igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad y residencia, totalización de los periodos de cotización cubiertos en distintos Estados miembros a efectos del nacimiento y conservación de los derechos a las prestaciones y del cálculo de las mismas, principio de prorrateo (*pro rata temporis*), principio de exportación de prestaciones a otros países donde el beneficiario decida fijar su residencia y principio de pensión única y reglas «anticúmulo».

⁴ Casos [Borowitz, C-21/87](#), [Chuck, C-331/06](#), y [Petersen, C-228/07](#), [Reichling, C-406/93](#), [Lafuente Nieto, C-251/94](#), y [Salgado González, C-282/11](#).

Se trata de someter las prestaciones a una única gestión, normalmente la *lex loci laboris*, ley del lugar de trabajo, donde se cotiza, aunque resida en otro país.

Pero dada la existencia de un amplio y heterogéneo elenco de regímenes jurídicos nacionales de Seguridad Social, con marcos protectores de diversa intensidad, la eficacia de la técnica de la coordinación depende en gran medida del grado de homogeneidad existente entre los sistemas de protección social, que no siempre es elevado, dada la existencia de países, incluso ya entre los propios extracomunitarios, con bajos niveles de cobertura social⁵.

También convenios bilaterales o multilaterales entre los Estados, entre ellos el Convenio Europeo de Seguridad Social y el convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social se basan en los mismos principios y objetivos que los del ordenamiento comunitario ya mencionados.

La regla general, por tanto, es la aplicación de la *lex loci laboris*. Y así, en el ordenamiento español, de acuerdo con el [artículo 7.3 de la Ley General de la Seguridad Social](#) (LGSS), la inclusión en el sistema de la Seguridad Social viene determinada en general por un criterio de territorialidad, de modo que su protección contributiva se aplica básicamente a los españoles que residen y ejercen su actividad en territorio nacional.

Se trata de una conexión idónea, pues ahí es donde se generan los beneficios de la actividad profesional por la que se cotiza y además evita el «*dumping* social», propiciando la igualdad de cotizaciones entre trabajadores nacionales y foráneos de manera que tales costes sociales no puedan reducirse mediante la «importación» de trabajadores «más baratos»⁶.

⁵ CORREA CARRASCO, M.: «El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones», en VV. AA. (Correa Carrasco, M., coord.), cit.

⁶ GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Nuevas formas y contenidos nuevos de la coordinación europea de las pensiones de Seguridad Social», *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, por López Cumbre, L. (coord.), 2007, págs. 645-666; CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Madrid: CES, 2004, págs. 25 y ss., y «Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I). Rasgos y principios generales», en VV. AA. (dir. Nogueira Gustavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J. M.): *Lecciones de Derecho Social de la UE*, Valencia: Tirant, 2011, págs. 187-217, y «Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgtos. CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista Actum Social*, núm. 119, 2017, pág. 36; GARCÍA MURCIA, J.: «Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 y el Tratado de Lisboa», en AA. VV.: *El futuro europeo de la protección social*, Murcia: Laborum, 2010, págs. 25-41; *Libertades de Circulación y Derechos de Protección Social en la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia* (García Murcia, J., dir.), Curitiba Juruá, 2016; en VV. AA. (García Murcia, J., dir.): *La trasposición del Derecho Social comunitario al ordenamiento español*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005; VV. AA., «Trabajadores migrantes y Seguridad Social», *Memento de la Seguridad Social*, Francis Lefebvre, 2016; DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: «Las normas de coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social», *Trabajo y Derecho, nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 4, 2016; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social: los Reglamentos 883/2004 y 897/2009*, Murcia: Laborum, 2010, págs. 39 y ss., y VV. AA. (Fernández de la Mata, I., dir.): *Seguridad Social Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998.

No obstante, hay que mencionar una serie de excepciones, una de ellas la de los trabajadores desplazados en el ámbito de los 28 de la Unión Europea más los países del EFTA (Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza).

En el caso español, la acción protectora alcanza también a los españoles que por causas de trabajo se trasladan a un país extranjero, mediante diversos instrumentos de Derecho internacional que tratan de garantizar una igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción o, en su defecto, técnicas normativas internas que, como excepción al principio de territorialidad, implican una unilateral extensión de la propia legislación nacional ([art. 7.4](#) y [disp. adic. primera LGSS](#)). La extensión de la Seguridad Social española es una excepción al principio de territorialidad perfectamente constitucional pero que debe contemplarse en norma internacional mediante convenio multilateral o bilateral, no pudiendo derivarse sin más de normas internas ni del principio de igualdad del artículo 14 de la [Constitución \(STC 77/1995, de 22 de mayo\)](#).

3. LOS DESPLAZAMIENTOS. LA REGULACIÓN COMUNITARIA

3.1. LA EXCEPCIÓN A LA LEX LOCI LABORIS

La regulación de los desplazamientos se sitúa en el marco de la libre prestación de servicios de los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), artículos 48 y 59 del Tratado CE (actualmente, arts. 39 y 49 Tratado CE, tras su modificación) y 60 del Tratado CE (actualmente, art. 50 Tratado CE)⁷. A estos efectos, los artículos correspondientes de los Reglamentos [CE/883/2004](#) y [CE/987/2009](#) establecen una regulación propia y específica, distinta y separada de las reglas dedicadas a los emigrantes, en sus versiones tal y como han sido modificadas por el Reglamento (UE) 1244/2010 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2010.

Los desplazamientos se sitúan dentro de los principios de la libre circulación de los trabajadores, pero en realidad están más bien al servicio de la libertad de prestación de servicios de las empresas a cuyos objetivos y necesidades se subordina⁸.

Desde el punto de vista laboral y según la [Ley 45/1999, de 29 de noviembre](#) (art. 2), sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, por la que se trasponen la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, y la Directiva 2014/67, el desplazamiento en el marco de una prestación de servicios transnacional se define como «el efectuado durante un periodo limitado de tiempo», periodo que no se precisa.

⁷ Casos acumulados [Dos Santos Sousa, C-68/98 y 71/98](#), y [Dos Santos Palhota y otros, C-515/08](#).

⁸ LLOBERA VILA, M.: *El desplazamiento transnacional de trabajadores: libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Los efectos laborales son autónomos y relativamente independientes de los de Seguridad Social y diferentes pues aplican en cierto modo aspectos de la *lex loci laboris*⁹.

En efecto, las empresas que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a estos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento, sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo en los convenios colectivos o en los contratos individuales.

Mientras que la aplicación en los aspectos laborales de la *lex loci laboris* intenta evitar desigualdades y distorsiones aplicativas como la coexistencia en un mismo lugar de trabajadores sometidos a diversos órdenes normativos en función del Estado de origen y evitar el «dumping social», en cambio, en materia de Seguridad Social la perspectiva es distinta. Y así, el artículo 12.1 del [Reglamento 883/2004](#), a diferencia de la [Directiva 96/71](#), que solo se refiere a aspectos laborales, establece normas especiales sobre la legislación aplicable, manteniendo una única afiliación, alta y cotización, aplicándole la legislación de un único Estado, el de aseguramiento o de origen¹⁰. La normativa de Seguridad Social comunitaria utiliza la misma denominación de desplazado, aunque proyectos de reforma del [Reglamento 883/2004](#) optan por la denominación de «destinados»¹¹, dejando la expresión «desplazados» solo a efectos de la [Directiva 96/71](#).

Así establece que siempre que el empleador ejerza actividades en el país de origen y desplace temporalmente al trabajador para realizar su trabajo en otro Estado miembro en materia de Seguridad Social, seguirá sujeto a la legislación del primer Estado miembro siempre que la duración de dicho trabajo no exceda de 24 meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona. El Estado miembro de la actividad de la empresa que contrata al desplazado es la

⁹ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Pamplona: Aranzadi, 2000; SERRANO OLIVARES, R.: *La movilidad geográfica transnacional*, Madrid: La ley, 2000, y LLOBERA VILA, M.: «Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores», en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.): *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, 2017, págs. 39-66 y bibliografía allí citada.

¹⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C.: *La movilidad transnacional de trabajadores. Reglas y prácticas*, Granada: Comares, 2002; GÓMEZ ABELLEIRA, F.: «La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas», *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, cit., págs. 463 y ss.; ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, 2016, Thomson Reuters Aranzadi; CORREA CARRASCO, M.: «El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial; problemas y soluciones», *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, cit., págs. 11 y ss.; MANEIRO VÁZQUEZ, Y. y MIRANDA BOTO, J. M.: «La Seguridad Social de los trabajadores desplazados en el Reglamento CEE n.º 883/2004», en VV. AA.: *El futuro europeo de la protección social*, cit.

¹¹ CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, cit., pág. 37, y «La Seguridad Social de los trabajadores desplazados», ponencia en el I Congreso sobre movilidad internacional de trabajadores (MIT), Valencia, 18 y 19 de mayo 2017.

institución competente, lo que exige que la empresa esté establecida en el citado Estado, que es el que declara que su propio Régimen de Seguridad Social seguirá siendo aplicable a los trabajadores desplazados durante el periodo de desplazamiento¹².

Así pues, el trabajador enviado en misión por motivos de trabajo por su empresa en desplazamiento temporal a un centro de trabajo en el extranjero mantiene la relación jurídica de Seguridad Social con el país de origen. Así, en el caso de España, al desplazado se le considera en situación asimilación al alta a efectos del [artículo 166 de la LGSS](#), que contempla una amplia remisión reglamentaria para incluir situaciones no contempladas en el citado artículo. Y así, el artículo 36 del [Real Decreto 84/1996, de 26 de enero](#), en la larga lista de situaciones asimiladas al alta contempla el «traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional». Pese a la expresión «traslado» utilizada por el legislador entendemos que no se está refiriendo al concepto laboral del [artículo 40 del ET](#) sino también (o más bien) al desplazamiento¹³. Su regulación se lleva a cabo por la [Orden de 27 de enero de 1982](#) y [Resolución de 27 de enero de 1978](#), que incluye especialidades en cuanto a la IT y a la asistencia sanitaria mediante un sistema de compensación. Todo ello sin perjuicio de las singularidades que en cada caso establezcan los convenios bilaterales o multilaterales de Seguridad Social. La normativa española de Seguridad Social citada no contempla expresamente la situación de los españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, a los que se refiere el [artículo 1.4 del ET](#).

Lo mismo se exige en caso de que se desplace un trabajador por cuenta propia en el que hay que aplicar directamente el reglamento, pues nada se establece en la [LGSS](#) y el [Real Decreto 84/1996](#) está contemplando más bien un traslado del trabajador por cuenta ajena y respecto de los autónomos solo contempla como asimilación al alta el periodo de 90 días tras la baja a efectos de asistencia sanitaria. Y ni el [artículo 307 de la LGSS](#) ni el artículo 46 del citado [Real Decreto 84/1986](#) al regular de manera específica los actos de encuadramiento de los autónomos contemplan el desplazamiento al extranjero. No obstante, como se aplica a todo el sistema de Seguridad Social hay que extenderlo por analogía al trabajador autónomo.

La razón de esta excepción comunitaria al principio de la *lex loci laboris* mediante el mantenimiento del aseguramiento en el Estado de origen es facilitar la libre circulación de trabajadores, promover la libre prestación y la interconexión económica. Y a su servicio se trata de evitar las complicaciones administrativas que acarrearía el aseguramiento sucesivo (y altas y bajas corres-

¹² Caso FTS, C-202/97, apartado 49.

¹³ No entramos ahora en la cuestión debatida en la doctrina de si el desplazamiento transnacional se incluiría en el [artículo 40 del ET](#) o supondría una modificación sustancial de condiciones de trabajo del [artículo 41](#). No hay un criterio unánime en la doctrina: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 138, 2008, pág. 317; MOLINA MARTÍN, A.: «La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico laboral», Madrid, 2010; MATORRAS DÍAZ-CANEJA y SÁNCHEZ CERVERA, J. M.: «Aspectos jurídicos-laborales», en VV. AA.: *La expatriación de trabajadores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pág. 81.

pondientes) en distintos Estados cuando los periodos de desplazamiento van a ser breves. Se trataría de simplificar carreras de seguro y cotización a efectos de prestaciones sin tener que aplicar las complejas reglas de totalización y prorrateo¹⁴. Otra cosa es, como se verá más adelante, que esta argumentación se sostenga cuando los desplazamientos pueden alcanzar en el [Reglamento 987/2009](#) los 24 meses como regla general e incluso, en ciertos supuestos, superarlos. Y más aún, como se verá más tarde, en convenios bilaterales de Seguridad Social.

En efecto, se aduce que no tiene sentido incluir al trabajador desplazado en la Seguridad Social del país de ejecución de la prestación por un corto periodo de tiempo, sino que es más sencillo que en estos periodos temporales se mantenga el alta en la Seguridad social del país de origen (Estado de envío)¹⁵.

El propio TJUE¹⁶ lo justifica diciendo que en determinadas situaciones particulares existe el riesgo de que la aplicación pura y simple de la regla general de la *lex loci laboris* no evite sino, al contrario, origine, tanto para el trabajador como para el empresario y los organismos de Seguridad Social complicaciones administrativas que podrían tener como efecto obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de las personas a las que se aplica el reglamento y complicar el ejercicio de la libre prestación de servicios, por lo que para tales situaciones se establecen normas específicas. Es más, el propio artículo 16.1 del [Reglamento 883/2004](#) permite ampliar dichos supuestos: «dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, excepciones a los artículos 11 a 15». No concreta a qué beneficio se refiere, pero sí que exige que no vaya en detrimento del trabajador y en ocasiones podrá tener hasta carácter retroactivo¹⁷. En el caso español se establece como criterio interno general negociar la ampliación hasta cinco años.

No obstante, dada la parquedad del [Reglamento 883/2004](#), hay que tener en cuenta algunos datos de la [Directiva 96/71](#) como los que proporciona el propio artículo 1.3 de la [Directiva 96/71](#), titulado «Ámbito de aplicación», cuando dispone que se aplica el apartado 1 cuando se adopte una de las siguientes medidas transnacionales:

¹⁴ Evitar la acumulación de legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que pueden resultar de ello (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de los casos [Kuijpers, C-276/81](#), apdo. 10; [FTS, C-202/97](#), apdo. 20 y jurisprudencia citada, y [Plum, C-404/98](#), apdo. 18). *Vid.* GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas», cit., pág. 468.

¹⁵ DESDENTADO BONETE, A.: «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del [Reglamento 1408/1971](#) al [Reglamento 883/2004](#)», *Revista del Ministerio de Trabajo Y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, págs. 20-21; ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, 2016, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 59, y CARRASCOSA BERMEJO, D.: «La Seguridad Social de los trabajadores desplazados», ponencia cit.

¹⁶ Casos [Manpower, C-35/70](#), [Brusse C-101/83](#), apartado 16, y [Format, C-115/119](#), apartado 31.

¹⁷ [Asunto Van Gestel, C-454/93](#).

- a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el periodo de desplazamiento; o
- b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el periodo de desplazamiento; o
- c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador.

Así pues, de un lado, la prestación de servicios puede consistir ya sea en la ejecución de trabajos por una empresa, por cuenta de esta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre dicha empresa y el destinatario de la prestación de servicios, ya sea en el suministro de trabajadores para su utilización por parte de una empresa, en el marco de un contrato público o privado. La fórmula es muy genérica y desde luego va mucho más allá del concepto de «trabajo temporal» del convenio europeo de Seguridad Social que en 1972 estaba pensando en un «trabajo estacional que se repite todos los años».

3.2. ÁMBITO SUBJETIVO

En cuanto al campo subjetivo de aplicación, el [Reglamento 883/2004](#) distingue varios supuestos. De un lado trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia.

Dentro de los primeros hay reglas especiales para los trabajadores del mar, pues en definitiva el criterio no es la *lex loci laboris* sino el de la nacionalidad del pabellón del buque, cuya legislación se aplica. La única excepción es cuando, pese al pabellón, coincidan el Estado miembro donde tenga su sede la empresa que le remunera y el Estado miembro del trabajador. Así pues, según el reglamento, una actividad por cuenta ajena o propia ejercida normalmente a bordo de un buque en el mar que enarbole pabellón de un Estado miembro se considerará una actividad ejercida en dicho Estado miembro. No obstante, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro estará sujeta a la legislación de este último Estado miembro si reside en dicho Estado. La empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario a efectos de dicha legislación.

Es muy frecuente que trabajadores del mar españoles se embarquen en buques de pabellón extranjero, dependientes o no de empresas españolas. Aunque la regla general es el principio de territorialidad, el hecho de que puedan o no estar encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar dependerá fundamentalmente del Estado cuyo pabellón enarbole el buque (art. 6 [Ley 47/2015 de 21 de octubre](#)), es decir, pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea o pabellón de un Estado con el que España haya firmado un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social en el que se recoja la excepción al principio de territorialidad, o cuando sean remuneradas por una empresa o una persona que tenga su sede o domicilio en España.

También estarán comprendidas en este régimen especial las personas trabajadoras residentes en territorio español que trabajen en sociedades mixtas y empresas radicadas inscritas en el registro oficial, sin perjuicio de lo que pueda resultar de los tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España. Así, en los buques del segundo registro o Registro especial de buques y empresas navieras de Canarias (disp. adic. 16.^a [RDLeg. 2/2011, de 5 de septiembre](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina mercante) y las sociedades mixtas y empresas radicadas del Reglamento (CE) 2792/1999, el artículo 2.1 del [Real Decreto 601/1999, de 16 de abril](#).

Pero el supuesto más frecuente es el de trabajo en un buque con el que España no tiene suscrito ningún convenio ni instrumento internacional de Seguridad Social, es decir, el supuesto de las comúnmente llamadas banderas o pabellones de «conveniencia»¹⁸. El recuso a pabellones de conveniencia es un fenómeno derivado de la globalización neoliberal y sus efectos negativos al permitir así escapar a reglamentaciones y controles, entre ellos los laborales y de Seguridad Social, generando una competencia a la baja sin que exista verdaderamente un vínculo real entre el Estado del pabellón y la empresa. Es como una simple oficina, una empresa «buzón». De poco han servido para evitarlo los convenios internacionales ([Ginebra de 1958](#), [ONU de 1982, 147 y 165 de la OIT de 1976 y 1987](#), que apenas han sido ratificados por los Estados).

La doctrina judicial española encuentra por ello dificultades para aplicar la *lex loci laboris*, aunque el propietario del buque sea una empresa española y contrate al trabajador para prestar servicios en un buque abanderado en otro país no comunitario¹⁹. Solo en casos en que la empresa española o la consignataria tengan domicilio en España, contrata y abona los salarios en España²⁰.

¹⁸ RODRÍGUEZ COPÉ, M. L.: «La protección social de los trabajadores del mar», en Correa Carrasco, M. (dir.), *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, págs. 497-532; CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: «Aspectos laborales y de Seguridad Social de los pabellones de conveniencia», *Cuadernos de Derecho Pesquero*, 2, 2003, y *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 108/2001, págs. 909-927, y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Pabellones de conveniencia y Seguridad Social», *Aranzadi Social*, núm. 68, 2002.

¹⁹ SSTSJ de Galicia de 18 de junio de 1999, 14 de julio de 2001 y 2 de mayo de 2005, y Canarias/Las Palmas de 14 de octubre de 2005.

²⁰ STS de 9 de febrero de 1987, STSJ de Galicia de 27 de abril de 2004 y de Cantabria de 15 de mayo de 2000.

También hay previsiones especiales para la actividad de un miembro de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o mercancías. En tal supuesto, se considerará una actividad realizada en el Estado miembro en el que se encuentra la «base», es decir, el lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios periodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante ([Reglamento CEE/3922/91](#), anexo III).

La persona empleada como funcionario en un Estado miembro y que ejerza actividad por cuenta ajena y/o por cuenta propia en otro u otros Estados miembros estará sujeta a la legislación del Estado miembro a la que está sujeta la Administración que le emplea. Lo mismo cabe decir en el caso español del personal laboral al servicio del Estado en el exterior de la [Ley 2/2014, de 25 de marzo](#).

El concepto de trabajador a efectos de Seguridad Social es más amplio que el laboral ya que se identifica más bien con el de asegurado²¹, lo que permite incluir relaciones no laborales que no dan lugar a una actividad profesional²² pero que dan lugar a aseguramiento en la Seguridad Social, como por ejemplo las prácticas laborales ([disp. adic. 6.ª LGSS](#)) y las prácticas académicas externas, curriculares y extracurriculares, remuneradas de los estudiantes universitarios incluyendo también los de tercer ciclo ([disp. adic. 3.ª Ley 27/2011](#), [RD 1493/2011, de 24 de octubre](#), y [Resolución de la TGSS de 4 de noviembre de 2011](#)) en caso de posible desplazamiento.

De otro lado surge la cuestión de si se aplica a trabajadores extranjeros extracomunitarios contratados por empresas para ser desplazados o reciben una orden de desplazamiento para trabajar temporalmente en otro Estado miembro. La jurisprudencia ha admitido el supuesto y establece que puesto que cuentan con permiso de trabajo en el Estado de origen y son desplazados, no emigrantes, no precisan autorización en el de destino. Es más, la obligación de obtener un permiso de trabajo en este caso constituye una restricción a la libre prestación de servicios. Sin embargo, durante fases transitorias posteriores a la integración de nuevos países se fijaron restricciones²³ con el objetivo de interés general consistente en proteger el mercado laboral nacional, concretamente frente a las elusiones de las restricciones a la libre circulación de los trabajadores, pero actualmente el Derecho de la Unión Europea se opone a que el suministro de mano de obra se supedite a la obtención de un permiso de trabajo en las circunstancias de los asuntos principa-

²¹ Casos [Martínez Sala, C-85/96](#); [Dodl, C-543/03](#) y [Fischer-Lintjens, C-543/13](#).

²² [Caso Ruyter, C-623/13](#).

²³ *Vid.* Casos [Rush Portuguesa, C-113/89](#), [Vander Elst, C-43/93](#), [Comisión/Luxemburgo, C-445/03](#), [Comisión/Alemania, C-244/04](#) y [Comisión/Austria, C-168/04](#). Y pese a ello no se admitió la necesidad de permiso de trabajo en el [asunto Vicoplus, C-307/09](#), en este caso incluso pese a tratarse de una ETT cuya actividad puede tener un impacto en el mercado laboral del Estado miembro del destinatario de la prestación.

les. Fuera de aquellos supuestos, que fueron transitorios y excepcionales, no se distingue entre nacionales comunitarios y extracomunitarios de la empresa que desplaza²⁴. Otra cosa es lo que establezcan los convenios bilaterales (*vid. infra*).

3.3. EMPRESA QUE EJERCE SU ACTIVIDAD EN UN SOLO ESTADO MIEMBRO

3.3.1. Introducción

En caso de empresa que ejerza la actividad en un solo Estado miembro, el artículo 12.1 y 2 del [Reglamento 883/04](#) y el artículo 14.2 del [Reglamento 987/09](#) establecen que 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 que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada. Se refiere a sustitución de trabajador por cuenta ajena, aunque debería operar también la misma solución si fuera por cuenta propia, pero para ello habría que modificar el artículo 12.1 del [Reglamento 883/2004](#) especificando este extremo.

3.3.2. Requisitos de la empresa

De otro lado, hay que partir del concepto amplio de empresa incluyendo los grupos de empresas y también las ETT²⁵ que ejerzan normalmente sus actividades en el Estado de origen o envío. En el caso de ETT, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la actividad de una empresa consistente en la cesión de personal a otra empresa mediante retribución, cuando el personal sigue empleado por la primera empresa y no celebra contrato alguno con la segunda, es una actividad profesional que reúne los requisitos fijados en el artículo 57 del [TFUE](#), párrafo primero, y debe ser considerada, por tanto, como servicio en el sentido de esa disposición²⁶. El hecho de que el trabajador lo haga bajo el control y la dirección de la empresa usuaria (art. 1.2 [Directiva 91/383](#)) podría llevar a cuestionar que tal trabajador realice su trabajo en el marco de una prestación de servicios efectuada por su empresario en el Estado miembro de acogida. Pero como el trabajador vuelve a su Estado miembro de origen al término del desplazamiento, ello excluye que dicho trabajador haya sido puesto a disposición en el Estado miembro de acogida.

²⁴ RIBES MORENO, M. I.: «El concepto de trabajador temporal desplazado», en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.), cit., págs. 97 y ss., y CARRIL VÁQUEZ, X. M.: «El desplazamiento de trabajadores de terceros Estados al espacio de la Unión Europea», *ibidem*, págs. 233 y ss.

²⁵ [Caso FTS, C-202/97](#).

²⁶ [Caso Webb, C-279/80](#), apartado 9, y [RANI Slovakia, C-298/09](#), apartado 36.

En consecuencia, el desplazamiento de trabajadores en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra c), de la [Directiva 96/71](#) constituye una prestación de servicios realizada a cambio de una remuneración mediante la cual el trabajador desplazado sigue empleado por la empresa proveedora y no celebra contrato laboral alguno con la empresa usuaria. Se caracteriza por la circunstancia de que el desplazamiento del trabajador al Estado miembro de acogida constituye el propio objeto de la prestación de servicios efectuada por la empresa proveedora y pese a que dicho trabajador realiza sus tareas bajo el control y la dirección de la empresa usuaria del Estado de destino.

Es clave tanto a efectos de la directiva como del reglamento el requisito de que la empresa «ejerza normalmente en él sus actividades». Es requisito esencial para evitar el «*dumping social*» a efectos laborales y de Seguridad Social mediante empresas fantasma con domicilio de conveniencia (*brass-plate companies*). Ha de tratarse de empresa real en el país de origen, con establecimiento e instalaciones y vínculo laboral real entre el trabajador y la empresa²⁷. La empresa ha de realizar habitualmente «actividades sustanciales, distintas de la mera gestión interna» (no ha de tratarse de una «empresa buzón»), en el Estado miembro de establecimiento, teniendo en cuenta todos los criterios que caracterizan las actividades realizadas por la empresa²⁸, como que tenga plantilla propia ejerciendo la actividad que constituye su objeto en el Estado de establecimiento, además de los trabajadores que estén desplazados en otros países.

A estos efectos, las autoridades competentes deben llevar a cabo una evaluación global de todos los elementos fácticos que caracterizan en un marco temporal más amplio las actividades que lleva a cabo la empresa en el Estado miembro de establecimiento y cuando sea necesario en el Estado de acogida (art. 4.2 [Directiva 2014/67, de 15 de mayo](#), que modifica el Reglamento 1024/2012 relativo a cooperación administrativa). La Decisión 181 establece al efecto una serie de indicadores y criterios objetivos.

Se exige también que hayan ejercido tales actividades durante un cierto periodo de tiempo, de al menos cuatro meses, y, de ser inferior, se procede a una valoración o estudio del caso, pues según el artículo 14.2 del [Reglamento 987/2009](#), «los criterios pertinentes deberán adecuarse a las características de cada empresa y a la naturaleza de las actividades que realiza». Y según el artículo 4.4 de la [Directiva 2014/67](#), «la valoración de esos elementos deberá adaptarse a cada caso particular y tener en cuenta las peculiaridades de la situación».

El desplazado a otro Estado miembro debe, por tanto, mantener el vínculo orgánico con la empresa de origen y su Estado durante el desplazamiento²⁹ y además debe ejercer normalmente sus actividades en el mismo. Además, la actividad que lleve a cabo en el Estado de destino ha de ser similar a la que venía realizando en el Estado de origen³⁰. La expresión «actividad similar»

²⁷ Casos [D/Hoop, C-224/98](#), [Joanidis, C-258/04](#), y [Vatsoriras, C-22/08](#).

²⁸ [Caso Plum, C-404/98](#).

²⁹ [Caso FTS, C-202/97](#).

³⁰ [Caso Banks, C-178/97](#).

hace referencia a la naturaleza real de la actividad y no a la calificación de actividad por cuenta ajena o propia que se atribuya en el otro Estado miembro.

Estos requisitos se debilitan o se convierten en algo puramente formal en casos de ETT y de contratas y subcontratas cuando rozan la cesión ilegal, supuesto en el que la emisión del certificado por el Estado de envío hace difícil un control adecuado, dada su presunción de validez. Es más, el propio certificado acaba teniendo también efectos directos laborales al presumirse que estamos ante una contrata verdadera y no ante una cesión ilegal³¹. Es difícil, de este modo, evitar y controlar por vía inspectora que mediante contratas se acaben produciendo fenómenos de interposición o cesión ilegal³².

Lo mismo se exige en caso de que se desplace un trabajador por cuenta propia. La expresión «que ejerza normalmente una actividad por cuenta propia» se refiere a una persona que realiza habitualmente actividades sustanciales o significativas en el territorio del Estado miembro en el que está establecida para mantener su alta en la Seguridad Social del mismo. En particular, la persona debe haber ejercido su actividad durante algún tiempo antes de la fecha de su desplazamiento. Se exige como mínimo un periodo de dos meses de actividad por cuenta propia en el país de establecimiento, es decir, un tiempo menos que una empresa que desplaza trabajadores por cuenta ajena.

Y ha de cumplir las condiciones para que una vez finalizado el desplazamiento pueda retomar su actividad, como el mantenimiento de su infraestructura profesional, pago de impuestos, mantenimiento del pago de la Seguridad Social, de la colegiación en su caso, etc. No se contempla, sin embargo, a diferencia del trabajador por cuenta ajena, la exclusión cuando la finalidad del desplazamiento sea sustituir a otro trabajador por cuenta propia, pero debería exigirse también tal requisito y a ello se dirigen propuestas de modificaciones del artículo 12.2 del [Reglamento 883/2004](#).

El trabajador por cuenta ajena debe tener «vinculación laboral previa», un vínculo orgánico que además debe pervivir durante todo el desplazamiento a fin de evitar fenómenos fraudulentos³³. La vinculación laboral se construye sobre los elementos caracterizadores de la relación laboral (contrato, remuneración, despido, poderes directivos, determinación del trabajo o producto final a realizar, etc.). Según el artículo 2 de la directiva, el concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado. Pero a efectos de Seguridad Social hay que entender el concepto propio, más amplio, de asegurado.

³¹ [Caso Herbosch Kiere, C-2/05](#).

³² LOBERA VILA, M.: «Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores», *Temas Laborales*, núm. 8, 2011, págs. 115-144, y «[Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas transnacionales](#)», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011, págs. 1.013-1.025, y SERRANO GARCÍA, J.: «La responsabilidad en las contratas y subcontratas en el ámbito comunitario y las necesidades de cambio de la normativa estatal», en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.), cit., págs. 151 y ss.

³³ Casos [Banks, C-178/97](#), [Herbosch Kiere, C-2/05](#), y [Rüffert, C-346/06](#).

No se precisa la duración de la vinculación previa ni en la directiva ni en el reglamento (art. 12). La Decisión A2 por consenso de los Estados miembros establece que debe tener antecedentes en la Seguridad Social española de al menos un mes antes de su desplazamiento en cualquier régimen. Es decir, la vinculación laboral previa existente la traduce en un mes de alta y cotización. La duración anterior de un mes es excesivamente breve. Pero aun así puede generar algún problema en supuestos de ETT.

Para algún sector de la doctrina³⁴ este sería el caso también de la persona que nunca ha trabajado, siempre y cuando tenga residencia legal en España. Así, por ejemplo, cuando se trate del primer empleo. La cuestión es si cabe entender que bajo el régimen de estudiantes ya han estado incluidos en el sistema de Seguridad Social, lo que vendría a cumplimentar el requisito del previo aseguramiento.

No se aplica el concepto de desplazamiento pues no se garantiza en tales casos la persistencia del vínculo orgánico entre el trabajador y la empresa de envío en supuestos en que la empresa de destino pone al trabajador a disposición de otra empresa de destino de otro Estado miembro ni cuando es contratado por una empresa de un Estado miembro para ser enviado por otro de otro Estado miembro a una empresa de un tercer Estado miembro. Tampoco cuando es contratado en un Estado miembro por una empresa situada en otro Estado miembro para llevar a cabo trabajos en el primer Estado miembro.

En caso de que el trabajador resida en un Estado miembro pero la empresa que le contrata y le desplaza esté ubicada en otro, se aplica la ley de Seguridad Social del país de la empresa, no la del país de residencia del trabajador³⁵.

Cabe plantear la cuestión de si se trataría de un supuesto de desplazamiento la contratación de trabajadores para ser desplazados. El artículo 14.1 del [Reglamento 987/2009](#) sobre medidas de aplicación del [Reglamento 883/2004](#) contempla esta situación y admite que se pueda tratar de un desplazamiento³⁶. Dejando a un lado los aspectos laborales relacionados en el caso español con el [artículo 1.4 del ET](#)³⁷, a los efectos de la aplicación del artículo 12, apartado 1, del reglamento de base, una 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 podrá ser una persona contratada con miras a enviarla a otro Estado miembro, siempre y cuando el interesado, inmediatamente antes de ocupar su puesto de trabajo, esté ya sujeto a la legislación del Estado en el que la empresa esté

³⁴ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, cit., págs. 131-132.

³⁵ [Caso Aldewereld, C-60/93](#).

³⁶ Ya en los casos [Van der Vecht, C-19/67](#), y [Manpower, C-35/70](#).

³⁷ *Vid.* LLOBERA VILA, M., «El artículo 1.4 ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de ley aplicable al contrato de trabajo internacional», *Revista de Derecho Social*, núm. 73, 2016, págs. 127-148.

establecida, lo que supone que debe reunir los requisitos antes mencionados de vinculación en el mes anterior al desplazamiento, aunque no necesariamente con la empresa que le contrata para ser desplazado, siempre que la empresa ejerza habitualmente sus actividades en el Estado de origen. No obstante, se propone modificar este artículo en el sentido de que los antecedentes de Seguridad Social en el Estado miembro no obliguen a que necesariamente lo sea en el mismo Estado miembro en el que su empleador esté establecido, con lo que podría ocurrir que no estuviera afiliado previamente en el Estado del establecimiento de la empresa, sino en el Estado miembro de origen.

3.4. EL REQUISITO DE LA TEMPORALIDAD

Es decisivo el requisito de la temporalidad del desplazamiento. La [Directiva 96/71](#), a efectos laborales, no fija su duración máxima, lo cual no deja de ser algo no solo censurable sino preocupante. Su artículo 2 se refiere a «un periodo limitado». Solo contempla la inaplicación de la directiva en ciertos desplazamientos de corta duración (trabajos de montaje inicial o de primera instalación cuando la duración del desplazamiento no supere los ocho días o un mes cuando lo decidan los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales y de conformidad con los usos y costumbres en otros supuestos).

Esa ambigüedad en la delimitación de la nota de temporalidad a efectos laborales plantea dificultades a la hora de trazar la frontera entre lo que es habitual y lo que es temporal³⁸.

A efectos de Seguridad Social, en cambio, sí se fija un plazo máximo por el [Reglamento 883/2004](#), aunque no por ello se eliminan los temores a un uso habitual del desplazamiento, como se verá a continuación, dadas las vías que se contemplan para su ampliación. Ante tales plazos, la idea de brevedad ligada a la temporalidad empieza a ser discutible. La duración máxima previsible es de 24 meses. El [Reglamento 1408/1971](#) establecía 12 meses, si bien permitía su ampliación por circunstancias imprevistas 12 meses más. Y lo mismo establece el Convenio Europeo de Seguridad Social y el Acuerdo complementario de 1972. En el vigente Reglamento el plazo de 24 meses se convierte ya en común sin que tenga que justificarse por tales circunstancias, dado que, además, nos encontrábamos ante un supuesto cuya apreciación otorgaba grandes dosis de discrecionalidad a los Estados miembros³⁹. Se ha criticado la ampliación del plazo por los mayores riesgos de «*dumping social*» que puede suponer en ciertos casos⁴⁰. La Decisión A3 de 17 de septiembre de 2009 abordó la forma de computar este nuevo

³⁸ FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Reflexiones en torno a las nociones de habitualidad versus temporalidad en las normas de derecho Internacional privado de trabajo europeas», en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.), cit., págs. 249 y ss.

³⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F.: «La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas», cit., pág. 481.

⁴⁰ MIRANDA BOTO, J. M.ª: «Desplazamientos transnacionales de trabajadores: la perspectiva de Seguridad Social», *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Estudios sobre la Directiva 96/71*, Ministerio de Ciencia e Investiga-

plazo para supuestos de desplazamientos iniciados bajo la vigencia del reglamento anterior, computándolos a estos efectos.

Más importantes son los criterios establecidos por la Decisión A2, que vienen a precisar el concepto de desplazamiento ininterrumpido estableciendo que breves interrupciones, sea cual sea el motivo (por ejemplo, enfermedad, vacaciones, formación), no suponen una interrupción ni por tanto tampoco parece que se excluyan del cómputo de los 24 meses. Incluso en alguno de estos casos, como la enfermedad, cabría como excepción, y siempre que el cómputo de la duración del desplazamiento no se vea interrumpido pues la regla general es que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada previamente, es decir, que no se produzca la sustitución del trabajador desplazado por otro. El requisito de que el desplazado no vaya en sustitución de otro no tendría como objetivo impedir estos supuestos dentro del plazo máximo por las causas mencionadas justificadas, incluso por otras de tipo organizativo o productivo⁴¹, sino evitar al finalizar, tras la duración máxima, los encadenamientos abusivos.

No obstante, en interrupciones más largas sí que cabe mantener el desplazamiento inicial y poner fin al mismo o bien organizar uno nuevo con la misma persona, si han transcurrido más de dos meses, o con otra. El apartado 3 b) aplica aquí una regla general que en definitiva permite el encadenamiento de desplazamientos con el mismo trabajador a las mismas empresas y al mismo Estado miembro hasta transcurridos, al menos, dos meses desde la expiración del anterior. Incluso cabe en determinadas circunstancias excepciones a este principio. Se corre de este modo el riesgo de que se utilice de forma continua mediante el envío reiterado del mismo o de distintos trabajadores para cubrir el mismo puesto y con los mismos fines, supuesto que constituiría un fraude de ley.

Cabe la ampliación del periodo ininterrumpido de desplazamiento que supere el plazo máximo mediante el acuerdo contemplado en el artículo 16 del [Reglamento 883/2004](#), esto es, como ya se señaló anteriormente, mediante la cláusula abierta flexibilizadora contemplada por este artículo para ampliar los supuestos de excepción a la aplicación de la *lex locis laboris*. Es decir, cuando «dos o más Estados miembros, las autoridades competentes, podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, excepciones a los artículos 11 a 15». El precepto no concreta más ni las causas o necesidades de las empresas, ni contempla opción alguna al trabajador para que sea él quien alegue tales beneficios (veremos como sí lo hace algún convenio bilateral; *vid. infra*), por lo que los márgenes de discrecionalidad parecen muy amplios. Incluso puede afectar a periodos ya transcurridos que vendrían de este modo a «legalizarse»⁴².

ción, Universidad de Santiago, Thomson Aranzadi, 2011, págs. 275-276, y ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, cit., pág. 118.

⁴¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F.: «La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas», cit., pág. 481.

⁴² [Caso Van Gestel, C-454/93](#).

3.5. ACREDITACIÓN DE LA CONDICIÓN DE DESPLAZADO

El desplazamiento se acredita mediante el correspondiente certificado o documento. El certificado A1 (anteriormente, E-101) expedido con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), del [Reglamento 574/72](#), por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento 2001/83, modificado por el Reglamento 2195/91, vincula a la institución competente y a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que han sido desplazados los trabajadores, mientras las autoridades del Estado miembro de expedición no lo retiren o no declaren su invalidez⁴³. Mientras un certificado expedido por una institución de un Estado miembro no sea revocado o declarado inválido, la institución competente del otro Estado miembro deberá tenerlo en cuenta.

Por consiguiente, un órgano jurisdiccional del Estado miembro de acogida de dichos trabajadores no está habilitado para comprobar la validez del certificado por lo que se refiere a la certificación de los elementos sobre cuya base ha sido expedido dicho certificado, en particular la existencia de un vínculo orgánico entre la empresa establecida en un Estado miembro y los trabajadores que esta ha desplazado en el territorio de otro Estado miembro, mientras dure el desplazamiento de aquellos.

Por lo general, el formulario A1 debe expedirse antes o al inicio del periodo al que se refiere. Así, la apreciación de los hechos pertinentes se efectúa la mayoría de las veces en ese momento, en función de la situación laboral prevista del trabajador por cuenta ajena interesado. Por ello, la descripción de la naturaleza del trabajo tal como resulta de los documentos contractuales tiene, en la práctica, especial importancia a efectos de esta apreciación. Y las instituciones de que se trate tendrán en cuenta la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes.

Según una jurisprudencia reiterada, en virtud del principio de cooperación leal enunciado en el artículo 4, apartado 3, del [TUE](#), la institución que expide un formulario A1 tiene la obligación de efectuar una apreciación correcta de los hechos pertinentes para aplicar las normas relativas a la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social y, por lo tanto, de garantizar la exactitud de la información consignada en ese formulario⁴⁴.

La institución competente en materia de Seguridad Social debe examinar si, en el momento en que se va a determinar la legislación aplicable, se prevé que en los 12 meses naturales siguientes vayan a sucederse con cierta regularidad varios periodos de empleo en varios Estados miembros, basándose, en particular, en la naturaleza del trabajo según conste en los documentos contractuales.

⁴³ [Caso Herbosch Kiere, C-2/05](#).

⁴⁴ *Vid. caso Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe, C-115/11*, apartado 42 y jurisprudencia allí citada; *caso FTS*, antes citado, apartado 51, y [Banks, C-178/97](#), apartado 38.

Comoquiera que, por lo general, el certificado está destinado a expedirse antes o al inicio del periodo al que se refiere, la apreciación de los hechos mencionados se efectúa la mayoría de las veces, en ese momento, en función de la situación laboral prevista del trabajador por cuenta ajena interesado. Por ello, la descripción de la naturaleza del trabajo tal como resulta de los documentos contractuales tiene, en la práctica, especial importancia a efectos de esta apreciación.

Desde esta perspectiva, procede atender, en particular, a la naturaleza del trabajo por cuenta ajena, tal y como se define en los documentos contractuales, para apreciar si las actividades pre-visibles constituyen actividades por cuenta ajena repartidas, de forma no meramente puntual, en el territorio de varios Estados miembros, siempre y cuando, no obstante, los términos de dichos documentos concuerden con las actividades previsibles en cuestión en el momento de la solicitud del certificado o, en su caso, con la realidad de las actividades ejercidas con anterioridad o con posterioridad a dicha solicitud.

El Tribunal de Justicia también ha considerado que «al apreciar los hechos con el fin de determinar la legislación de Seguridad Social aplicable a los efectos de expedir un formulario o certificado, el organismo competente podrá tener en cuenta, en su caso, además de la redacción de los documentos contractuales, factores como la forma en que anteriormente se ejecutaran en la práctica los contratos de trabajo entre el empresario y el trabajador interesados, las circunstancias que rodearon la celebración de dichos contratos, y, de un modo más general, las características de las actividades desempeñadas por la empresa, en la medida en que dichos factores puedan esclarecer la verdadera naturaleza del trabajo en cuestión»⁴⁵.

Si se desprende de factores relevantes distintos de los documentos contractuales que la situación de un trabajador por cuenta ajena es, de hecho, distinta a la que se describe en tales documentos, la obligación mencionada en el apartado 42 de la sentencia de aplicar correctamente el [Reglamento 1408/71](#) significa que incumbe al organismo competente, cualquiera que sea la redacción de los documentos contractuales, basar sus conclusiones en la situación real del trabajador y, en su caso, denegar la expedición del certificado A1.

Además, se desprende de la jurisprudencia que incumbe al organismo que ya ha expedido un certificado A1 volver a considerar la fundamentación de dicha expedición y, en su caso, retirar el certificado cuando al organismo competente de un Estado miembro en el que el trabajador efectúe un trabajo le surjan dudas en cuanto a la exactitud de los hechos en que se basa dicho certificado o al cumplimiento de las exigencias del título II del [Reglamento 1408/71](#)⁴⁶.

La cuestión es que el certificado se expide antes del inicio del desplazamiento, por lo que hay que verificar y comprobar la información pertinente antes de expedir el documento, pero además también debería verificarse el cumplimiento de lo allí contenido por el Estado de origen durante el desplazamiento, lo que no es nada fácil. De ahí la importancia del intercambio de informa-

⁴⁵ Caso [Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe](#), C-115/11, apartado 45.

⁴⁶ Casos [FTS](#), apartado 56, y [Banks](#), apartado 43.

ción entre las instituciones de Seguridad Social, las Inspecciones de Trabajo y las autoridades en materia de emigración de los Estados en cuestión con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones relativas a los aspectos laborales y de Seguridad Social y a tal efecto hay propuestas de modificación del artículo 19 del [Reglamento 987/2009](#).

3.6. TRABAJADOR QUE EJERZA SU ACTIVIDAD PARA UNA MISMA EMPRESA EN EL TERRITORIO DE DOS O MÁS ESTADOS MIEMBROS

El principio de la *lex loci laboris* encuentra otra excepción en este caso. Se trata de una misma empresa, sola y única⁴⁷, pero en el territorio de dos o más Estados miembros (art. 13.1 y 2 [Reglamento 883/2004](#) y art. 14 [Reglamento 987/2009](#)). El criterio en que se basa es el de llevar a cabo o no una parte sustancial de su actividad.

El artículo 13, apartado 1, establece que:

«La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros estará sujeta a:

- a) la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro o si depende de varias empresas o de varios empresarios que tengan su sede o su domicilio en diferentes Estados miembros, o
- b) la legislación del Estado miembro en el que la empresa o el empresario que la ocupa principalmente tenga su sede o su domicilio, siempre que dicha persona no ejerza una parte sustancial de sus actividades en el Estado miembro de residencia».

El artículo 14 (apdo. 5) del reglamento de aplicación aporta aclaraciones referentes, en particular, al artículo 13 del reglamento de base. Está redactado en los siguientes términos:

5. A los efectos de la aplicación del artículo 13, apartado 1, del reglamento de base, la expresión «persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros» designará, en particular, a una persona que:

- a) al tiempo que mantiene una actividad en un Estado miembro, ejerce simultáneamente una segunda actividad en uno o más Estados miembros, con independencia de la duración y naturaleza de esa segunda actividad;
- b) ejerce de manera continuada actividades alternas, exceptuadas las actividades de carácter marginal, en dos o más Estados miembros, con independencia de la frecuencia o regularidad de la alternancia.

⁴⁷ [Caso Grenzshop, C-425/93](#), apartado 13.

De la lógica del artículo 12, apartado 1, del reglamento de base se desprende que esta disposición tiene por objeto regular la situación de los trabajadores por cuenta ajena que tengan una relación laboral estable con la empresa situada en el territorio de un Estado miembro y que sean desplazados por la empresa a la que pertenecen, durante un periodo limitado, al territorio de otro Estado miembro, antes de regresar a dicha empresa.

No ha de tratarse de actividades marginales (si son insignificantes desde la perspectiva de tiempo o del rendimiento económico según el [Reglamento 987/2009](#), art. 14.5 ter). Según la guía práctica se consideran marginales las que no alcanzan el 5% del tiempo de trabajo ordinario o de la retribución.

En tal caso, estará sujeto a la legislación del Estado miembro de residencia si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro, sin que se trate necesariamente de la mayor parte de las actividades. Se tendrá en cuenta el tiempo de trabajo o la remuneración cuando se trate de actividad por cuenta ajena y en todo caso un porcentaje superior al 25%.

En otro caso, estará sujeto a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o empleador, o empresas o empleadores si es contratado por más de una. Se entiende por tal la sede o domicilio en la que se adoptan las decisiones fundamentales y en las que se ejerzan las funciones de administración central (art. 14.5 bis [Reglamento 987/2009](#)), donde se decida la política general de la empresa⁴⁸. Y además –propone añadir la propuesta de reforma del reglamento– «a condición de que la empresa lleve a cabo una actividad sustancial en dicho Estado miembro. De lo contrario, se considerará que está situada en el Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de las actividades de la empresa, determinado con arreglo a los criterios establecidos en los apartados 9 y 10 (criterios para determinar centro de intereses del trabajador por cuenta propia y consideración de los 12 meses civiles siguientes)».

Se trata de nuevo de evitar la implantación ficticia, las empresas «fantasmas», «pantalla» o «buzón»⁴⁹.

En tal caso se distingue si la empresa tiene su sede en un Estado miembro o en varios y se toma en cuenta el número de sedes fuera del Estado de residencia del trabajador. Si al menos dos de ellas tienen su domicilio en Estados miembros diferentes, distintos del Estado miembro de residencia a la vez que en este, se aplica la legislación del Estado de residencia. Se trata de supuestos en que la persona, al tiempo que mantiene una actividad en un Estado miembro, ejerce simultáneamente una segunda actividad en uno o más Estados miembros, con independencia de la duración y naturaleza de esa segunda actividad. O cuando ejerce de manera continuada actividades alternas en dos o más Estados miembros, con independencia de la frecuencia o regularidad de la alternancia.

⁴⁸ [Caso Plantzer Luxembourg, C-73/06](#).

⁴⁹ Casos [Cadbury Shweppes, C-196/04](#); [Eurofood IFSC, C-341/04](#), y [Plantzer Luxembourg, C-73/06](#).

Y lo mismo cabe decir respecto de los trabajadores por cuenta propia, se aplican los mismos criterios ya señalados para los trabajadores por cuenta ajena si bien se aplica la legislación del Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de sus actividades, si no reside en uno de los Estados miembros en los que ejerce una parte sustancial de su actividad. El centro de interés se determinará teniendo en cuenta todos los aspectos de sus actividades profesionales y, en particular, el lugar donde se encuentre la sede fija y permanente de las actividades del interesado, el carácter habitual o la duración de las actividades que ejerza, el número de servicios prestados y la voluntad del interesado, según se desprenda de todas las circunstancias.

Se tendrá en cuenta si ejerce en él una parte cuantitativamente importante del conjunto de sus actividades por cuenta ajena o propia, sin que se trate necesariamente de la mayor parte de esas actividades y el volumen de negocio fijándose un baremo de más del 25%. Se trata de una persona que ejerce de manera simultánea o alterna una o varias actividades diferentes por cuenta propia, con independencia de la naturaleza de estas, en dos o más Estados miembros.

La valoración no se efectúa solo teniendo en cuenta la situación al inicio del desplazamiento sino también la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes (art. 14.10 [Reglamento 987/2009](#)). Se trata de comprobar si la pauta de trabajo se mantiene estable⁵⁰.

Cuando ejerza una actividad asalariada en dos o más Estados miembros por cuenta de un empresario establecido fuera del territorio de la Unión y resida en un Estado miembro sin ejercer en él una actividad sustancial, quedará sujeto a la legislación del Estado miembro de residencia.

La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros estará sujeta a la legislación del Estado miembro en el que ejerza una actividad por cuenta ajena o, si ejerce dicha actividad en dos o más Estados miembros, a la determinada según los criterios anteriores.

Esta regulación se remonta ya a 1964, cuando la coordinación de los sistemas de Seguridad Social fue concebida en un momento en el que las migraciones de trabajo eran de duración media (de algunos años al menos) y la oferta y la demanda de trabajo estaban controladas incluso socialmente mediante el contrato de trabajo indefinido y a jornada completa.

Más adelante este supuesto ha sido puesto en tela de juicio, en particular por la ampliación de la Unión Europea que tuvo lugar en 2004 y por la aparición de nuevas formas de movilidad llevadas a cabo por ETT implantadas en un Estado miembro pero que desplazan habitualmente a trabajadores a diversos países sucesivamente para prestaciones de corta duración. Estas formas de movilidad mediante trabajo temporal desarrollado a través de agencias de trabajo temporal existían ya en los años 60, pero, posteriormente se han desarrollado más, se han vuelto más frecuen-

⁵⁰ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, cit., pág. 140 (Casos [Grenzshop](#), C-425/93, y [Plum](#), C-404/98).

tes y se ejercen de forma distinta. Una serie de nuevas formas de movilidad (periodos más breves, situaciones laborales diferentes y las prácticas de plurimovilidad) pueden hacer problemática la aplicación de la *lex loci laboris*. Por ejemplo, un trabajador móvil que trabaje frecuentemente con contratos de breve duración en diferentes Estados miembros puede estar sometido a una serie de regímenes de Seguridad Social diferentes. En aquella época la movilidad de los trabajadores consistía fundamentalmente en una migración única a otro Estado miembro⁵¹. Así, la adscripción al Estado del lugar de ejecución del trabajo se basaba en la presunción de que se trataba de la solución más protectora para el trabajador, habida cuenta de que este último podía, en particular, acogerse a los mismos derechos que los trabajadores nacionales. Además, en los años 60, la *lex loci laboris* permitía garantizar que los trabajadores que, por lo general, se desplazaban de un Estado miembro «pobre» para ir a trabajar a otro Estado miembro más rico se beneficiaran de una mejor protección social, habida cuenta de que los Estados miembros de la época habían adoptado un modelo bismarckiano de Seguridad Social que aseguraba una protección social basada en el trabajo.

La cuestión en tales casos es si tales nuevas formas encajan en el artículo 13.1 a) (*lex loci laboris*) o en el 13.2 b) (ley del Estado de establecimiento de la empresa).

Estos artículos no acaban de contemplar adecuadamente las nuevas formas de movilidad a través de ETT y subcontratas, que no solo plantea problemas en relación con la [Directiva 96/71](#)⁵², sino también en materia de Seguridad Social, dada la facilidad con la que puede funcionar como empresa buzón (*letter box companies*) pues la inversión necesaria para su constitución es poco relevante al ser casi una empresa de meras funciones administrativas. De ahí que se haya planteado si el hecho de que los artículos citados sean aplicables a «una persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros» debe interpretarse en el sentido de que también son aplicables al supuesto de una persona que esté empleada en virtud de un contrato de trabajo por cuenta de un único empleador establecido en un Estado miembro para trabajar en otros dos Estados miembros. Y si puede interpretarse el concepto de «persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros» en el sentido de que se refiera también al supuesto en que se produzcan periodos de inactividad entre dos trabajos en Estados miembros diferentes, durante los cuales el trabajador continúe sujeto al mismo contrato de trabajo.

Las conclusiones del abogado general en el [caso Bogdan Chain, C-189/14](#), se inclinan a favor de su encaje en el concepto de desplazamiento como excepción a la *lex loci laboris*⁵³. Consideran que es posible aplicar tanto el artículo 12, apartado 1, del reglamento de base, relativo al

⁵¹ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Ley aplicable en el Reglamento 883/2004», en AA. VV.: «El futuro europeo de la protección social», cit., págs. 29 y ss., especialmente pág. 33.

⁵² CAIRÓS BARRETO, D.: «El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas: los desplazamientos realizados a través de Empresas de trabajo temporal», en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.), cit., págs.131 y ss.

⁵³ Vid. CARRASCOSA BERMEJO, D.: «La Seguridad Social de los trabajadores desplazados», ponencia cit.

desplazamiento, como el artículo 13, apartado 1, letra b), de dicho reglamento y aplicar entonces la legislación de Seguridad Social del Estado de origen en el que se encuentra la sede de la empresa, la ETT. Y los argumentos son los mismos que sirven para justificar la exclusión de la *lex loci laboris* en los demás desplazamientos: evitar así una acumulación y enmarañamiento inútiles de las cargas y responsabilidades que resultarían de una aplicación simultánea o alternativa de varias legislaciones que podrían así constituir en sí mismos un obstáculo a la libre circulación de estos trabajadores en el interior de la Unión Europea⁵⁴, garantizar la libre circulación de los trabajadores migrantes, la garantía de una protección social permanente con arreglo a una única legislación social aplicable. Se trataría de evitar la complejidad de las acumulaciones y de los repartos de cotizaciones y prestaciones en favor de un sistema simple y práctico⁵⁵. En este caso concreto del señor Chain aplicar la ley del lugar de trabajo tendría como consecuencia que este quedara sujeto a la legislación rumana para su actividad de un mes efectuada en Rumanía y después, de un día para otro, a la legislación noruega por el periodo de tres meses de actividad por cuenta ajena ejercido en Noruega, cuando estas dos prestaciones laborales fueron ejercidas al amparo de un mismo contrato de trabajo y por cuenta de la misma ETT.

Finalmente, se argumenta en contra de la *lex loci laboris* que el acceso a determinados derechos en algunos Estados miembros depende de un periodo mínimo de cotización y que los cambios de la legislación aplicable demasiado frecuentes podrían, por tanto, tener también repercusiones negativas para los trabajadores migrantes.

El artículo se interpreta también por la propia Guía Práctica sobre la Legislación Aplicable en la Unión Europea, en el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza sobre el concepto de «persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros» en el sentido de que no es solo una persona que «al tiempo que mantiene una actividad en un Estado miembro, ejerce *simultáneamente* una segunda actividad en uno o más Estados miembros, con independencia de la duración y naturaleza de esa segunda actividad sino también una persona que "ejerce *de manera continuada actividades alternas*, exceptuadas las actividades de carácter marginal, en dos o más Estados miembros, con independencia de la frecuencia o regularidad de la alternancia". Y por alternas cabe *laborales sucesivas efectuadas en diferentes Estados miembros, una después de la otra*». Y de manera habitual, como en los casos de ETT y siempre que no revistan un carácter marginal.

Pero la sentencia va más allá al afectar a la forma de control, pues al tratarse de una ETT su aplicación no estaría condicionada por la determinación concreta en el formulario A1, con anterioridad a cualquier actividad del trabajador, de dos o más Estados miembros y de la duración de las

⁵⁴ Caso [Van der Vecht, C-19/67](#); conclusiones del Abogado General Mayras presentadas en el [asunto Bentzinger, C-73/72](#), y conclusiones del Abogado General Warner presentadas en el asunto [Association du Foot-Ball Club d'Andlau, C-8/75](#), y jurisprudencia citada, así como las conclusiones del Abogado General Warner presentadas en el [asunto Perenboom, C-102/76](#).

⁵⁵ Conclusiones del Abogado General Slynn presentadas en el [asunto Brusse, C-101/83](#).

actividades ejercidas en estos, sino que el hecho de que el contrato de trabajo obligue al trabajador a efectuar trabajos en diferentes Estados por cuenta de su empleador sería suficiente para la aplicación de esta disposición, pues la naturaleza de la actividad de una agencia de trabajo temporal no permite al empleador conocer con demasiada antelación los diferentes Estados a los que va a enviar a sus trabajadores por cuenta ajena y el tiempo que requerirá el trabajo en dichos Estados. Otros elementos a disposición de la institución competente en materia de Seguridad Social, en el momento de determinar la legislación aplicable, pueden permitir averiguar la situación previsible del trabajador por cuenta ajena y demostrar que dicho trabajador ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados. Así, por ejemplo, la propia redacción de los contratos.

Se ha planteado en este sentido añadir un número 12 al artículo 14 del [Reglamento 987/2009](#) para el caso de una persona que resida en un tercer país que esté fuera del ámbito de aplicación de los reglamentos cuando realice una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros mientras está cubierto por la legislación de Seguridad Social de uno de esos Estados miembros. La modificación propone establecer que esa persona solo estará sujeta a la legislación de Seguridad Social del Estado miembro en la que tenga su sede o domicilio la empresa o empleador o se encuentre el centro de interés de su actividad. De este modo, «si una persona que reside fuera del territorio de la Unión ejerce sus actividades por cuenta ajena o por cuenta propia en dos o más Estados miembros y si dicha persona, en virtud de la legislación de uno de esos Estados miembros, está sujeta a la legislación de dicho Estado, se aplicarán, *mutatis mutandis*, las disposiciones del reglamento de base y del reglamento de aplicación sobre la determinación de la legislación aplicable, a condición de que se considere que tienen fijada su residencia en el Estado miembro en el que se encuentran la sede o domicilio de la empresa o su empleador, o el centro de interés de sus actividades».

En caso de subcontratas se plantean problemas similares, como, por ejemplo, en la [Sentencia Format, C-115/11](#). Se trata de una empresa polaca, Format, cuyo domicilio social se halla en Varsovia. Es un subcontratista de obras que ejerce sus actividades en determinados Estados miembros. En el año 2008 tenía encomendados alrededor de 15 a 18 proyectos de obras que se llevaban a cabo en 5 o 6 Estados miembros simultáneamente. El *modus operandi* de Format consistía en contratar a trabajadores en Polonia y enviarlos a los proyectos de obras que se desarrollaban en diversos Estados miembros, en función de las necesidades de la empresa y del tipo de trabajo que hubiera de realizarse. El trabajador al que Format deseaba destinar a otra obra recibía instrucciones a tal efecto. Si finalizaba un contrato de obra y el trabajador se quedaba sin trabajo, regresaba a Polonia y pasaba a la situación de permiso sin sueldo o bien se resolvía el contrato de trabajo. En principio, el trabajador tenía que prestar sus servicios en países de la Unión Europea. El señor Kita trabajó a tiempo completo en Format en tres ocasiones en virtud de contratos de trabajo de duración determinada. En los contratos se definía el lugar de realización de la prestación laboral como «actividades y obras de construcción en Polonia y en el territorio de la Unión Europea (Irlanda, Francia, Gran Bretaña, Alemania, Finlandia), según las instrucciones del empresario». Polonia expidió al señor Kita un certificado E-101 relativo a la legislación aplicable durante el periodo comprendido entre el 17 de julio de 2006 y el 22 de diciembre de 2007 y luego otro entre el 4 de enero de 2007 y el 21 de diciembre de 2008 y en el marco de ambos contratos

el señor Kita trabajó en Francia. En virtud de las mismas disposiciones que en el primer contrato, el ZUS le expidió un certificado E-101. Luego en un tercer contrato el lugar de realización del trabajo era la central nuclear de Olkiluoto en Finlandia.

La sentencia estimó que no ejercía normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros sino que, durante un periodo de varios meses o de más de diez, desempeñaba un trabajo continuado en el territorio de un mismo Estado miembro (primero Francia y posteriormente Finlandia), lo que significaba que su situación había de regirse por la regla general de coordinación, en virtud de la cual la legislación aplicable se determinaba según el principio del lugar de ejercicio de la actividad. En efecto, en cualquier caso, como ha subrayado la comisión, para que le resulte aplicable el artículo 14, apartado 2, del [Reglamento n.º 1408/71](#), una persona deber ejercer «normalmente» una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros. De ello se desprende que si el ejercicio de una actividad por cuenta ajena en el territorio de un solo Estado miembro constituye el régimen normal de la persona en cuestión, esta no puede estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 14, apartado 2.

Así pues debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias del procedimiento principal, una persona que, en el marco de sucesivos contratos de trabajo en los que se especifica como lugar de trabajo el territorio de varios Estados miembros, únicamente trabaja, de hecho, durante cada uno de esos contratos, en el territorio de uno solo de esos Estados a la vez, no puede estar comprendida en el concepto de «persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros», en el sentido de la citada disposición⁵⁶.

Igualmente compleja es la situación de los transportistas que prestan servicios de transporte para una empresa radicada en un país en el que tiene ubicadas sus instalaciones logísticas, aunque no necesariamente las comerciales, pero que llevan a cabo transporte de mercancías desde y a cualquier país de la Unión Europea. Se ubican en países de más bajos costes por lo que el riesgo de *dumping* social es muy grande. Y además está facilitado por una interpretación extensiva del concepto de desplazamiento para actividades que por su propia naturaleza son más bien centros móviles e itinerantes. Es muy discutible que se trate de verdaderos trabajadores desplazados en el sentido del reglamento y de la directiva y probablemente debería crearse una figura especial. Mientras tanto deberían considerarse como emigrantes y someterse a la *lex loci laboris* por los organismos competentes del país afectado aunque así entre en conflicto con el país que ha tramitado la documentación como desplazados.

⁵⁶ Vid. una valoración positiva en MORSA, M.: «L'arrêt Format de la C.J.U.E. du 5 octobre 2012, aff. C-115/11 ou comment les règles de coordination européennes des systèmes de sécurité sociale peuvent éviter le dumping social lorsqu'elles sont correctement appliquées», *Journal des tribunaux du travail*, 2013, págs. 469-472 (FR), y FILLON, J.-C.: «Valeur des certificats E 101 désignant la législation applicable en France à des travailleurs d'entreprises établies dans un autre État de l'Union européenne», *La Semaine Juridique-édition générale*, 2016, núms. 1-2, págs.34-37 (FR).

3.7. LA ACCIÓN PROTECTORA

En cuanto a la acción protectora, pese a que se mantiene la afiliación en el Estado de origen, hay prestaciones muy vinculadas al lugar de destino en el otro Estado, como la asistencia sanitaria y la determinación de la situación de IT y del origen común o profesional de la contingencia. Así, en materia de asistencia sanitaria el Estado de afiliación/cotización, es decir, el Estado de origen emite la tarjeta sanitaria europea y el S1 (cobertura por cambio de residencia: [Reglamento 987/2009](#), art. 11) y el S2 (autorización de asistencia programada), los servicios sanitarios se prestan en el Estado de destino y se reembolsan por libre prestación de servicios sanitarios ([Directiva 2011/24](#) y [RD 81/2014](#)). Los partes de enfermedad los emite el Estado de destino del desplazamiento. En caso de accidente de trabajo/enfermedad profesional se otorgan por el estado de origen ([Orden TAS/1464/2005](#), en relación con las mutuas), aunque el Estado de destino puede otorgar prestaciones en especie. En cuanto al desempleo, al haberse cotizado en el país de origen, este abona las prestaciones, pero pueden percibir la prestación en el Estado de destino si acredita residencia en el Estado de destino o empleo (art. 16 [Reglamento CE/883/2004](#)) y puede ponerse a disposición de la oficina de empleo del Estado de residencia ([Reglamento 883/2004](#); AC - n.º U2).

Los accidentes o las enfermedades que se produzcan en los desplazamientos temporales a España se consideran accidentes de trabajo *in itinere* y los protege la Seguridad Social española.

Las Seguridad Social de origen aplicable es la Seguridad Social pública. En cuanto a las mejoras voluntarias y a los planes de pensiones del sistema de empleo habrá que estar a los que se contemple en el convenio colectivo pero también a lo que se pacte en el contrato de trabajo entre el trabajador y la empresa en orden a aplicar especialmente a las mejoras voluntarias (por ejemplo, en caso de IT) reglas del sector o empresa del país de destino (la [Directiva 96/71](#) no las comprende).

En este sentido, el Estado de la empresa de destino no puede imponer cotizaciones adicionales si no conllevan prestaciones adicionales⁵⁷ y siempre que se exijan también a prestadores de servicios en la actividad en territorio nacional⁵⁸.

La cotización en el país de origen tendrá en cuenta las retribuciones que perciba a cargo de la empresa de envío. En el caso de que una parte de la retribución corra a cargo de la empresa de destino (*salary split*), hay que dudar de que se esté ante un verdadero supuesto de desplazamiento, al ser un indicio de cesión ilegal, o de que esté trabajando por cuenta ajena simultáneamente en dos países⁵⁹.

⁵⁷ [Caso Guiot, C-272/94](#).

⁵⁸ Casos [Arblade, C-369](#), y [Leloup, C-376/96](#).

⁵⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F.: «La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas», cit., pág. 487.

4. CONVENIOS MULTILATERALES Y BILATERALES

Los convenios bilaterales y multilaterales han sido la vía utilizada para solventar los déficits de protección de Seguridad Social resultantes de la movilidad transnacional de trabajadores en el ámbito extracomunitario⁶⁰. Siguen el modelo de cláusulas de la [Recomendación 167 \(1983\) de la OIT](#).

Fuera de la Unión Europea, en el marco de los convenios bilaterales o multilaterales se distingue también entre emigrante y desplazado⁶¹.

Los convenios se han estipulado en el caso español tradicionalmente con países con vínculos históricos como los hispanoamericanos, Filipinas, Andorra y Brasil, pero ante las tendencias migratorias y de movilidad internacional que se han ido produciendo posteriormente se han extendido a otros países como Japón, Corea del Sur, Australia, Estados Unidos, Rusia, Ucrania y, recientemente, también a China en función de la presencia e importancia de movimientos migratorios recíprocos⁶². No hay convenio bilateral con Turquía pero se aplica a las relaciones entre España y este país en esta materia el [Convenio Europeo de Seguridad Social](#) que establece reglas similares a las de los convenios bilaterales.

En todos los convenios se recoge la figura del desplazamiento temporal, como norma particular, como excepción a la *lex loci laboris*. Las diferencias importantes de protección social entre los sistemas de Seguridad Social de los Estados firmantes hacen que, en ocasiones, el desplazado sea protegido mejor como desplazado que si fuera emigrante al aplicarse la ley del Estado de origen cuando su sistema de Seguridad Social sea más favorable que el del país de destino. No obstante, algún convenio (México) establece el derecho de opción del trabajador por la legislación del país de origen o la del país de destino.

Se contempla, como en los reglamentos comunitarios, una regulación especial para ciertas categorías de trabajadores (buques de la marina mercante, empresas de transporte aéreo, misiones diplomáticas, funcionarios, etc.). No obstante, en algunos convenios, en algún supuesto como el de transporte aéreo, la excepción de la aplicación de la *lex loci laboris* se condiciona a que no resida en el país de destino (USA) o no haya representación de la empresa con vocación de permanencia en el mismo (Suiza).

⁶⁰ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid: CARL/Tecnos, 2001.

⁶¹ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, cit., págs. 258 y ss.

⁶² DE LA CASA QUESADA, S.: «Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España. Especial referencia a la protección por desempleo», *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, cit., págs. 73 y ss.; RÍOS SALMERÓN, B. (dir.): *La Seguridad Social internacional: los convenios bilaterales y el Derecho Comunitario*, Madrid: CDJ/CGPJ, 1994, y SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L.: «Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho Comunitario», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003.

El concepto de desplazado es similar al del derecho comunitario. Solo se diferencia en que en ocasiones se establecen actividades precisas y concretas que justifican el desplazamiento y sus complementarias y auxiliares, aunque lo cierto es que la lista suele ser ejemplificativa y permite una interpretación extensiva como en el [Convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social de 10 de noviembre de 2007](#) y en los de [España con Argentina, Paraguay y Uruguay](#).

No se contempla expresamente el concepto de grupo de empresa ni las ETT pero cabría entenderlo aplicable dentro del concepto de desplazamiento⁶³.

El carácter temporal del desplazamiento es una nota esencial también en los convenios de Seguridad Social. A veces coincide con la duración fijada por el [Reglamento 883/2004](#) de 24 meses y prorrogables por acuerdo. El convenio multilateral iberoamericano de 2007 estableció la de 12 meses prorrogables por otros 12. En este convenio cabe que esa duración sea fraccionada, no continuada.

La duración en los convenios bilaterales es de 12 meses prorrogables por otros 12 (islas Jersey y Caimán), por 2 años prorrogables por 1 más (Venezuela), por otros 2 (México, Túnez, Ucrania) o hasta 5 años en total (Andorra), o sin fijar duración cierta de la prórroga (Argentina, Uruguay, Paraguay). Otros convenios establecen 3 años sin más (Marruecos) o prorrogables por 1 año más (Cabo Verde) o por 2 años más (Brasil, Chile, Ecuador, República Dominicana) o por otros 3 años más (Colombia).

Los convenios con otros países contemplan plazos más amplios para el desplazamiento: 5 años prorrogables sin establecer límite máximo (Australia, Filipinas, Japón, Canadá, Rusia) o por 1 año más y 6 años prorrogables sin establecer límite máximo (China). La discrecionalidad en cuanto a las prórrogas por los Estados firmantes suele ser la nota común. No obstante, en algún caso (Rusia) se condiciona a la petición del trabajador y en su interés. No siempre el plazo de duración opera de manera recíproca. Así, en el caso de Australia el plazo máximo opera para españoles desplazados a Australia pero no para australianos desplazados a España.

No caben encadenamientos sino que entre un desplazamiento y otro del mismo trabajador deben transcurrir al menos 12 meses desde que finalizó su duración inicial o prorrogada.

En cuanto al requisito de no sustitución que se vio anteriormente en el ámbito comunitario se contempla también en algunos convenios bilaterales si bien solo una vez haya agotado el plazo máximo (Brasil, Filipinas, Marruecos, México, Túnez, Ucrania). Se trata de evitar el encadenamiento de desplazamientos para los mismos destinos con distintos trabajadores que van sustituyendo a los anteriores. Hay doctrina que extiende este requisito también a los demás convenios pese a que nada establezcan, pues en definitiva se trata de evitar supuestos el fraude de ley⁶⁴.

⁶³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA y SÁNCHEZ CERVERA, J. M.: «Aspectos jurídicos-laborales», cit., pág. 86.

⁶⁴ ZARZALEJO CARBAJO, M.: «La protección social a nivel extracomunitario: los convenios bilaterales de Seguridad Social e incidencia en el Derecho Comunitario», en Correa Carrasco, M. (dir.), [La protección social en las relaciones](#)

En algunos convenios encontramos algunas precisiones interesantes que alteran y amplían el propio concepto de desplazamiento. Bien porque incorporan expresamente un concepto amplio de empresa extendiéndola a todas las del grupo como una sola (Corea del Sur), bien porque extienden el desplazamiento a los envíos no solo al otro Estado competente, sino de este a otro, donde la empresa tenga establecimientos (Japón). En el convenio bilateral con China la cotización por asistencia sanitaria, IT, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se llevará a cabo en el país de destino, al que la remitirá el de origen.

En cuanto a las relaciones entre los convenios bilaterales y el Derecho comunitario dentro de su amplia problemática⁶⁵ nos vamos a detener en este momento en si los convenios bilaterales celebrados entre dos o más Estados son aplicables también a los trabajadores de terceros Estados aunque no hayan sido parte en los mismos. A veces los propios convenios bilaterales establecen expresamente que se aplican a ciudadanos o nacionales de terceros países sujetos a las legislaciones de los Estados miembros firmantes o incluidos en su régimen de Seguridad Social –Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, USA, Perú y Uruguay, Suiza (este último solo en algunos aspectos)–. El resto de los convenios solo contemplan como sujetos protegidos a los nacionales de las partes contratantes. En el caso de Estados miembros de la Unión Europea sobre esta cuestión se pronunció en principio en sentido negativo la jurisprudencia del TJUE ([caso Grana-Novoa, C-23/92](#)), pero posteriormente cambió de criterio ([caso Gottardo, C-55/00](#)) resolviendo que cuando un Estado miembro celebre con un tercer Estado un convenio bilateral de Seguridad Social, el principio de igualdad de trato obliga a los Estados miembros a conceder a los ciudadanos de los Estados miembros las mismas ventajas que disfruten los nacionales de su propio convenio a menos que pueda justificar objetivamente su denegación (apdo. 34), sin que pueda alegar el Estado miembro firmante del convenio sus obligaciones derivadas del mismo, el equilibrio y la reciprocidad derivadas de un convenio bilateral⁶⁶. La cuestión es que si se protege de este modo a los nacionales de Estados miembros comunitarios también debería afectar a los ciudadanos del otro Estado miembro firmante no comunitario en relación con los Estados miembros no firmantes. Pero no parece garantizarse la reciprocidad sino solo la equiparación del ciudadano comunitario con el español, por ejemplo, en los convenios firmados por España. Lo que plantea problemas en relación con el tercer Estado firmante que ha celebrado un convenio bilateral con un Estado, no con la Unión Europea. Por esta razón, la Recomendación EDL 2013/178083, de 19 de junio, establece que los convenios bilaterales que celebren los Estados miembros con un tercer Estado deben incluir esta especie de advertencia: una expresa referencia al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad respecto de los nacionales de otro Estado miembro.

laborales extraterritoriales, cit., pág. 81, y ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., pág. 285.

⁶⁵ VV. AA. (Ríos Salmerón, B., dir.): *La Seguridad Social internacional: convenios bilaterales y Derecho Comunitario*, Madrid: CDJ/CGPJ, 1994.

⁶⁶ Sobre esta cuestión *vid.* ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, cit., pág. 250.

5. INEXISTENCIA DE CONVENIO O EXISTENTE PERO DE PROTECCIÓN INFERIOR

En caso de desplazamientos extracomunitarios en que no exista convenio bilateral o multilateral podría producirse un doble encuadramiento y doble cotización, salvo que haya un acuerdo entre los países.

En el caso español, el [artículo 7 de la LGSS](#) establece que «el gobierno en el marco de los sistemas de protección social pública podrá establecer medidas de protección social a favor de los españoles no residentes en España de acuerdo con las características de los países de residencia». Y ahí se situarían los convenios bilaterales de Seguridad Social. No obstante, en caso de que no exista convenio o por cualquier causa o circunstancia estos no cubran determinadas prestaciones de Seguridad Social, se contempla que el gobierno mediante las disposiciones correspondientes extenderá su acción protectora en la materia a los emigrantes y a sus familiares ([disp. adic. 2.ª LGSS](#)). La falta de convenio puede generar unos efectos perjudiciales para el trabajador, pero ello no vulnera el principio de igualdad ([STC 77/1995, de 22 de mayo](#)). Y en todo caso, cabe la posibilidad de que el trabajador permanezca en situación asimilada al alta ([OM de 27 de enero de 1982](#), art. 3.1).

Así, en el sector de la marina mercante, como es frecuente que los países de abanderamiento no gocen de un sistema de Seguridad Social de cierto nivel, se prevé en el caso español que los trabajadores que ejerzan su actividad a bordo de buques de bandera de conveniencia podrán quedar incluidos en la Seguridad Social española de forma voluntaria mediante la suscripción de un convenio especial. Este convenio especial puede revestir dos modalidades: el convenio especial de emigrantes e hijos de emigrantes ([RD 996/1986](#)) o el convenio especial ordinario.

Una vez el emigrante se encuentre legalmente en el país de acogida, si bien se le aplica la Seguridad Social propia de ese país, puede optar, caso de que no le sea de aplicación la Seguridad Social del país o sea de nivel inferior a la española, por mantener la relación con la Seguridad Social española a través de un convenio especial para sí ([RD 996/1986, de 25 de abril](#), y [Orden de 30 de octubre de 1985](#) y de [14 de enero de 2000](#)) o, incluso, para sus familiares ([Orden de 28 de julio de 1987](#) y [RD 1564/1998, de 17 de julio](#), para los trabajadores por cuenta propia), requisito necesario para que computen las cotizaciones especialmente cuando no haya convenio bilateral.

Y en este sentido el artículo 15.1.1 de la [Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre](#), reguladora del convenio especial, también contempla que pueden suscribir un convenio especial los emigrantes españoles y los hijos de estos que posean la nacionalidad española, con independencia de que con anterioridad hayan estado inscritos o no en la Seguridad Social española e independientemente del país en el que trabajen y de que dicho país tenga o no suscrito con España acuerdo o convenio en materia de Seguridad Social, es decir, cabe suscribir convenio especial aunque haya convenio bilateral suscrito si este no cubre todas las contingencias o si lo hace de manera inferior a la Seguridad Social española.

La cuestión más grave se da en los casos de marinos españoles que han trabajado muchos años en Noruega antes de la entrada de este país en el EEE, pero que no fueron incluidos en la Seguridad Social de este país al no residir en el mismo sin que tampoco existiera convenio bilateral entre España y Noruega y por lo que han quedado totalmente desprotegidos⁶⁷. Sobre esta cuestión se ha alegado el artículo 12 de la [Carta Social Europea](#), pero la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 18 de octubre de 2016, inadmite la Reclamación n.º 120/2016 (*Fellesforbundet for Sjøfolk, FFSS c. Noruega*). La reclamación había sido registrada el 17 de marzo de 2016 por un sindicato noruego, denunciando una violación del artículo 12 de la [Carta Social Europea](#) (derecho a la Seguridad Social), en la medida en que, con anterioridad a 1994, los marineros españoles que trabajaban en navíos dependientes de la jurisdicción noruega estaban excluidos del sistema de Seguridad Social, y especialmente de los regímenes de pensiones de Seguridad Social y de incapacidad. La exclusión en materia de Seguridad Social, además de discriminatoria en comparación con los marineros noruegos residentes, no comportaba tampoco el aparente *beneficio* de no tener que cotizar, pues lo que se les detraía del salario por imposición sobre la renta era un porcentaje igual e incluso mayor que las cuotas de Seguridad Social. Como se ha señalado⁶⁸ con tal requisito de residencia, deviene letra muerta la «igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las partes».

Los accidentes o las enfermedades que se produzcan en el viaje de emigración asistida se consideran accidentes de trabajo *in itinere* y los protege la Seguridad Social española de no hacerse cargo la extranjera ([disp. adic. 2.ª, 2 LGSS](#) y [Orden de 30 de mayo de 1986](#)).

Los españoles, no necesariamente emigrantes, residentes en el exterior tienen derecho a prestaciones pero solo por razón de necesidad si carecen de rentas y tienen más de 65 años en caso de asistencia sanitaria, incapacidad y ancianidad (art. 19 [Ley 40/2006, de 14 de diciembre](#) y [RD 8/2008, de 11 de enero](#)).

⁶⁷ Vid. FOTINOPOULOU BASURKO, O, (COORD.): «Derechos del hombre y trabajo marítimo: los marinos abandonados, el bienestar y al repatriación de los trabajadores del mar», 2009, ed. Gobierno Vasco y CARRIL VÁZQUEZ, J. M.: *Una cuestión de derechos humanos: La protección de Seguridad Social de nuestros trabajadores del mar emigrantes en Noruega*, Aranzadi, 2015.

⁶⁸ JIMENA QUESADA, L.: «La protección constitucional de las relaciones laborales transnacionales en España», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, Monográfico sobre «La movilidad internacional de trabajadores y las relaciones laborales plurilocalizadas».



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0