



Régimen de Seguridad Social aplicable a los desplazamientos fuera de la Unión y a los trabajadores extracomunitarios

SOCIAL SECURITY RULES APPLICABLE TO WORKERS POSTED OUTSIDE THE UNION AND TO NON-EU WORKERS

Juan López Gandía

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Politécnica de Valencia

jualogan@urb.upv.es  0000-0001-6962-9112

Recibido: 07.11.2022 | Aceptado: 11.12.2022

RESUMEN

Los Reglamentos comunitarios de coordinación –al fundarse en el derecho a la conservación de derechos de Seguridad Social en curso de adquisición en otro Estado– llevan la Seguridad Social más allá de la estrecha territorialidad de los regímenes nacionales. La aplicación extraterritorial de las disposiciones comunitarias en materia de seguridad social radica en la posibilidad que ofrece el Reglamento 883/2004 de totalización de periodos de seguro fuera del territorio comunitario. Por otra parte, los nacionales de terceros Estados, desplazados en el ámbito de la Unión Europea se benefician del sistema de coordinación comunitario por mor del Reglamento 1231/2010. Además, los convenios bilaterales y multilaterales han sido la vía tradicionalmente utilizada para solventar los déficits de protección de Seguridad Social resultantes de la movilidad transnacional de trabajadores en el ámbito extracomunitario a o desde España y se aplicarán siempre que constituya una norma más beneficiosa que las normas comunitarias.

ABSTRACT

The EU Coordination Regulations –by being based on the right to preserve Social Security rights in the course of acquisition in another State– take Social Security beyond the narrow territoriality of national regimes. The extraterritorial application of EU provisions on social security lies in the possibility offered by Regulation 883/2004 of totalizing periods of insurance outside EU territory. On the other hand, third-country nationals posted within the European Union benefit from the community coordination system by virtue of Regulation 1231/2010. In addition, bilateral and multilateral agreements have been the way traditionally used to solve Social Security

PALABRAS CLAVE

Seguridad Social
Desplazamiento de trabajadores
Trabajadores extracomunitarios
Convenios internacionales
Acuerdos de Asociación

KEYWORDS

Social security
Posting of workers
Non-community workers
International agreements
Association agreements

protection deficits resulting from the transnational mobility of posted workers from or to Spain. Such Agreements will be applied when they result more beneficial for the employee than EU rules.

SUMARIO

- I. RÉGIMEN COMUNITARIO DE LOS DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
 - II. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN
 - A. Trabajadores desplazados a/desde Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein
 - B. Trabajadores desplazados a/desde Turquía, Argelia, Marruecos y Túnez
 - C. Períodos de seguro cumplidos fuera del territorio comunitario con mantenimiento de la *lex originis* en virtud de la legislación nacional
 - III. EL REGLAMENTO 859/2003: EXPANSIÓN JURÍDICA Y ECONÓMICA DEL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS
 - IV. CONVENIOS MULTILATERALES Y BILATERALES APLICABLES A LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS A/DESDE ESPAÑA
 - A. Principios comunes
 - B. Inexistencia de convenio o existente, pero de protección inferior
- Bibliografía

I. RÉGIMEN COMUNITARIO DE LOS DESPLAZAMIENTOS DE TRABAJADORES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

77

Es conocido que uno de los cimientos sobre los que se sustenta el sistema de coordinación comunitario reside en el principio de unidad de la ley aplicable o de unicidad¹. El principio de unicidad consiste en la aplicación de un único sistema nacional a las personas sujetas a su ámbito de aplicación, lo que conlleva la prohibición de sometimiento simultáneo a la legislación de varios países. Precisamente, el Título II de Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (en adelante, el Reglamento 883/2004)², dedicado a la determinación de la legislación aplicable, se inicia con la enunciación de dicho principio cuando dispone que “las personas a las cuales sea aplicable este Reglamento estarán sometidas sólo a la legislación de un único Estado miembro”³.

En este sentido, los desplazamientos de trabajadores se verían obstaculizados si existiese una dualidad de legislaciones implicadas, o incluso, una doble cotización.

1. Sobre la aplicación de este principio puede consultarse Gutiérrez-Solar Calvo, B.: “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2000, p. 34.

2. Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Texto consolidado en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A02004R0883-20140101> [acceso: 02/05/2022].

3. Artículo 11.1 del Reglamento 883/2004.

De ahí que las disposiciones del Reglamento 883/2004 se encarguen de identificar, mediante un criterio único, la legislación nacional aplicable al trabajador desplazado. Este es uno de los objetivos, por tanto, que persigue el Reglamento 883/2004 cuando trata de resolver los conflictos de ley negativos y positivos en materia de Seguridad Social, y más concretamente el objetivo del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, cuya finalidad última es la de favorecer la libre circulación de los trabajadores y la libre prestación de servicios⁴.

Ahora bien, dado que sólo debe aplicarse una legislación, resulta necesario identificar cuál ha de ser el Estado cuya normativa deberá aplicarse: si la del país de envío o la del país de acogida. La regla general establece que corresponde aplicar la legislación del Estado donde el trabajador presta sus servicios (la *lex loci laboris*). Esta regla emana del principio de territorialidad de las leyes de Seguridad Social en razón del carácter público de las normas y del arraigo contributivo de los sistemas de protección social⁵. Este principio está contenido en el artículo 11.1 del Reglamento 883/2004 cuando declara que “La persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de ese Estado”.

Sin embargo, la aplicación de la *lex loci laboris* no suele resultar favorable para los trabajadores desplazados ni para sus empresas, lo que lleva al Reglamento 883/2004 a excepcionar este principio cuando regula la situación jurídica de éstos. Con ello, trata de evitarles interrupciones en la carrera de seguro, que en muchos casos, no tienen una contrapartida en el orden prestacional⁶, así como complicaciones administrativas y costes adicionales a sus empleadores⁷.

Ciertamente, resulta más eficaz prevenir la fragmentación de la carrera de seguro que efectuar una totalización *a posteriori* de los periodos cotizados en varios países⁸. En efecto, la totalización, aunque atenúe dicho impacto, no evita todos los posibles perjuicios, teniendo en cuenta que la empresa puede desplazar al mismo trabajador a distintos países y por periodos demasiado breves como para generar derechos prestaciones “autónomos”, lo que implica una diversidad de cotizaciones y de países de difícil conjugación, a lo que debe añadirse los problemas asociados a los sistemas de cálculo de dichas pensiones totalizadas.

4. Vid. STJCE de 10 de febrero de 2000 (C-202/97, *FTS*), [parágrafo 28]; STJCE de 15 junio 2000 (asunto C-404/98, *Josef Plum*), parágrafo 19.

5. Vid. en este sentido, Álvarez Cortés, J. C.: “Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1999, pp. 437-448; y Prétot, X.: “Le travailleurs detaches et expatries et la Sécurité sociale”, *Droit Social*, núm. 12, 1991, p. 869.

6. La sentencia *Van der Vecht* (STJCE de 5 de diciembre de 1967, asunto 19/67) es taxativa cuando declara que “el artículo 12 prohíbe a un estado miembro aplicar su legislación de Seguridad Social a tal trabajador, cuando de esa manera se produzca en un aumento de los costes soportados por trabajadores o sus empleadores, sin que se produzca una correlativa protección adicional en el ámbito de la Seguridad Social”.

7. Vid. Gutiérrez-Solar Calvo, B.: “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, ob. cit., p. 34.

8. Es decir, “integrar y no recomponer, actuar *ex ante* y no *ex post*”, en palabras de García de Cortázar y Nebreda, C.: “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas”, *La Mutua*, núm. 3, 2000, p. 10.

De esta forma, por aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 12 del Reglamento 883/2004, cuando un trabajador es desplazado por su empresa a otro país comunitario seguirá sometido a la legislación de su Estado de origen, con los subsiguientes efectos favorables, en materia prestacional, para la conservación de derechos en curso de adquisición.

El mantenimiento del vínculo laboral con la empresa en el país de origen resulta imprescindible para garantizar la continuidad de la afiliación en dicho país⁹. En consecuencia, la suspensión o extinción del contrato original y la posterior suscripción de un contrato con la empresa de destino, práctica habitual en desplazamientos efectuados por empresas pertenecientes a grupos multinacionales¹⁰, impediría la aplicación del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004. En tales supuestos, el trabajador deberá necesariamente realizar sus cotizaciones en el país de destino. Igual consecuencia cabe extraer en aquellos supuestos en los que la realidad de vínculo con la empresa del país de origen quede desvirtuada, por ausencia del elemento constitutivo de la dependencia. En definitiva, el Reglamento 883/2004 en el ámbito del desplazamiento de trabajadores sacrifica el principio de la *lex loci laboris* para garantizar el principio de continuidad jurídica, a fin de salvaguardar las *esencias* del principio de unicidad. Con ello se alcanza un triple objetivo que ya hemos adelantado: evitar la doble cotización a las empresas, evitar efectos disruptivos en la carrera de seguro a los trabajadores y evitar dificultades de gestión administrativa a los Estados¹¹.

Como contrapartida a los beneficios que se acaban de describir, es necesario reseñar que la aplicación de la *lex originis* a los trabajadores desplazados introduce una cierta complejidad administrativa en el reconocimiento y abono de prestaciones temporales a estos trabajadores a raíz, en este caso, de la aplicación simultánea de las leyes del Estado de acogida y de origen. El Reglamento 883/2004 trata, en todo caso, de coordinar la aplicación conjunta de ambas legislaciones, perfeccionando una serie de mecanismos ya desarrollados en el ámbito de los convenios multilaterales y bilaterales en materia de Seguridad Social. Realizaremos en este sentido una somera referencia al régimen general en materia de prestaciones temporales, pues tras la supresión

9. Vid. Prétot, X.: "Le travailleurs detaches et expatries et la Sécurité sociale", ob. cit., pp. 873 y ss.

10. Sobre las prácticas empresariales que suspenden el contrato de trabajo previamente al desplazamiento vid. De Juan Juan, A.: "Expatriados europeos: la imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España", *Revista Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, pp. 167-176. Vid. también García-Perrote Escartín, I.: "Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Obligaciones impuestas a los empresarios por la Ley 45/1999, de 29 noviembre", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 17, 2005, pp. 353-404.

11. A esto precisamente se refiere la Decisión N° A2 de 12 de junio de 2009 relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente (2010/C 106/02), cuando establece que estas normas están destinadas a evitar, tanto a los trabajadores como a los empresarios y a las instituciones de la Seguridad Social, las complicaciones administrativas que resultarían de la aplicación de la norma general contenida artículo 11, apartado 3, letra a), de dicho Reglamento. Vid. Maretti, S.: "Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi", *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, núm. 221, 2000, pp. 230 y ss. Pochet P. (dir.): *Bilan social de l'union européenne 1999-2019: une route longue et sinueuse*, Institut syndical européen (ETUI) et Observatoire social européen (OSE), Bruxelles, 2020.

de artículo 22 *ter* del Reglamento 1408/71 por parte del Reglamento 631/2004¹² ya no se contenían disposiciones específicas en materia prestacional en el Reglamento 1408/71 dirigidas específicamente a los trabajadores desplazados, ni tampoco posteriormente en el Reglamento 883/2004¹³.

Para comenzar, en virtud del artículo 19 del Reglamento 883/2004, el trabajador desplazado, que no es un residente sino que por la naturaleza de su actividad se encuentra en un régimen de estancia, tendrá derecho a todas las prestaciones de asistencia sanitaria establecidas en la legislación del país de destino siempre que su estado desde un punto de vista médico así lo requiera, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia¹⁴. La asistencia sanitaria en especie le será prestada, por cuenta de la Seguridad Social de su país de origen, por los servicios sanitarios de lugar de prestación de servicios de acuerdo con la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose, sin embargo, la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado de origen. Por otra parte, las prestaciones económicas de incapacidad temporal, maternidad y de paternidad le serán abonadas directamente por la Seguridad Social de su país de origen de acuerdo con su legislación. No obstante, previo acuerdo entre ambos Estados, podrá proceder al pago de las mismas el Estado de acogida, a cargo del Estado de origen, según las disposiciones de la legislación de este último (art. 21.1 del Reglamento 883/2004).

Por lo que respecta a los subsidios familiares de carácter temporal, éstos se regularán por la legislación de su país de origen, con independencia del lugar en el que residan los miembros de su familia, de modo que si éstos también se desplazan al país de prestación de los servicios tales derechos permanecen inalterados¹⁵. En este sentido, el artículo 67 del Reglamento 883/2004 establece que estas prestaciones “serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente”.

Por último, y en cuanto a la prestación de desempleo, el trabajador desplazado podrá tener derecho a las prestaciones establecidas en la regulación de estado de origen o bien a las prestaciones del país de acogida. En este último caso, será necesario que el trabajador haya trasladado a dicho Estado su residencia, se halle en paro y se ponga a disposición de los servicios de empleo en el territorio de dicho Estado miembro. De

12. Reglamento (CE) 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, por el que se modifica Reglamento (CEE) núm. 1408/71, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y Reglamento (CEE) núm. 574/72, de 21 de marzo de 1972, que establece las modalidades de aplicación Reglamento (CEE) núm. 1408/71, en lo que se refiere a la armonización de los derechos y la simplificación de los procedimientos, D.O. nº L 100 6 de abril de 2004, p. 1.

13. El Reglamento 631/2004 realiza una labor de igualación de los derechos de las personas protegidas en materia de asistencia sanitaria, que previamente se veían sometidas a regímenes dispares, y cuya complejidad práctica era considerable. En este sentido, Vives Caballero, M.: “Seguridad social y constitución europea: presente y futuro”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 2005, p. 36.

14. Análogo procedimiento es aplicable en el caso de incapacidad temporal de origen profesional, de conformidad con la regulación contenida en el artículo 36 y siguientes del Reglamento 883/2004.

15. *Vid.* en este sentido la STJUE de 7 de noviembre de 2002 (asunto C-333/00, *Maaheimo*).

no haber trasladado su residencia, tales prestaciones le serán abonadas, en cambio, por la institución de Seguridad Social del Estado de origen cuando dicho trabajador se halle en paro parcial o total, siempre que continúe a disposición de su empresario o de los servicios de empleo en el territorio del Estado origen (arts. 64 y 65 del Reglamento 883/2004). Nótese, en este sentido, que el Reglamento 883/2004 en su artículo 65, apartado 2, se contempla posibilidad de que las personas en situación de desempleo total puedan, como medida complementaria, ponerse a disposición simultáneamente tanto de los servicios de empleo del Estado de origen y de destino, lo que posibilita su posible inserción en el mercado de trabajo de cualquiera de los dos países.

II. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS DE COORDINACIÓN

Mientras que los regímenes nacionales de Seguridad Social tienen un carácter marcadamente territorial, los Reglamentos comunitarios de coordinación –al fundarse en el derecho a la conservación de derechos de Seguridad Social en curso de adquisición en *otro* Estado– llevan la Seguridad Social más allá de la estrecha territorialidad de los regímenes nacionales¹⁶. Con dicha finalidad, coordinan de forma directa los sistemas de Seguridad Social de treinta y un países: los veintisiete Estados Miembros de la Unión Europea, junto con Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. En este sentido, el desplazamiento transnacional de trabajadores, regulado por el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, es *per se* una situación especial de *extraterritorialidad* intracomunitaria, tal como ha sido puesto de relieve la doctrina¹⁷, pues el mantenimiento de la protección de país de origen rompe en este caso el juego de los principios tradicionales de territorialidad y de la *lex loci laboris*.

El Reglamento (CE) 883/2004 tiene por objeto asegurar la libre circulación de los trabajadores dentro de la UE, de modo que su ámbito extraterritorial “natural” concierne fundamentalmente al territorio de la Unión Europea. Sin embargo, tal extraterritorialidad interna se superpone a una extraterritorialidad *externa* al entrar en conexión con los espacios jurídicos de otros instrumentos internacionales, ya sean convenios bilaterales suscritos entre países comunitarios, normas nacionales, o acuerdos, que en el ejercicio de sus relaciones exteriores, ha concluido la Unión Europea con terceros países, que incorporen provisiones en materia de Seguridad Social¹⁸.

Por aplicación de dichos instrumentos se está produciendo un progresivo acercamiento jurídico a Estados extracomunitarios desde/a los que emigrar o desplazar trabajadores, resultando aplicables, en alguna medida, los beneficios del Reglamento

16. Sobre el ámbito territorial del Reglamento 1408/71 *vid.* Sempere Navarro, A. V.: “Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 1997, pp. 171-173.

17. *Vid.* Álvarez Cortés, J.C.: “Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea”, *ob. cit.*, p. 443.

18. Gonzalo González, B.: *Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995, p. 21, distingue tres fuentes de producción del Derecho Internacional de Seguridad Social: la del Derecho interno, la constituida por las normas internacionales pactadas, y la internacional uniforme.

(CE) 883/2004. Por otra parte, la adopción del Reglamento (CE) nº 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se ampliaron las disposiciones de los Reglamentos de coordinación a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas¹⁹ (en adelante el Reglamento 859/2003), resultó clave en el desarrollo y expansión del desplazamiento de trabajadores extracomunitarios, pues ha permitido simplificar considerablemente los trámites administrativos, evitando, por otra parte, situaciones de colisión entre ordenamientos que pudieran provocar situaciones de doble cotización. Un Reglamento que, cuando se adoptó el Reglamento 883/2004, fue sustituido por el Reglamento (UE) 1231/2010, de 24 de noviembre, que amplía la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril de 2004 y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos²⁰.

Por tanto, el análisis de todos estos instrumentos va a permitirnos identificar cada uno de los nuevos territorios *conquistados* por el Reglamento (CE) 883/2004 más allá del territorio de la Unión, permitiéndonos dibujar, como hemos dicho, un sucinto mapa geográfico y personal en el que enmarcar las normas en materia de desplazamiento de trabajadores.

A. Trabajadores desplazados a/desde Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein

Si bien a nivel subjetivo la ampliación de derechos operada por el Reglamento 859/2003 excede considerablemente de lo establecido en los Acuerdos de Asociación suscritos por la Unión con terceros países, para su aplicación se exige que la prestación de servicios se produzca en territorio comunitario. De modo que, en el caso de desplazamientos de trabajadores entre países comunitarios y tales Estados, la aplicación de los Acuerdos de Asociación pueden reportar beneficios desde un punto de aplicación territorial. Existen, sin embargo, considerables diferencias en cuanto al alcance de los mismos, pues mientras que los concluidos con los países del Espacio Económico Europeo y Suiza permitirá el establecimiento de un régimen equiparable al del Reglamento (CE) 883/2004, no así en los restantes casos, en los que los efectos jurídicos en materia de Seguridad Social resultan más limitados.

Así, es obligado comenzar este apartado realizando una primera mención al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo²¹ (en adelante el Acuerdo EEE), pues éste constituye una de las extensiones más importante de la regulación contenida en el

19. Para un estudio en profundidad de este Reglamento puede consultarse Gómez Abelleira, F. J., y Quintero Lima, M.G.: "La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2004, pp. 1115-1136.

20. DOL de 29 de diciembre de 2010, núm. 344 [p. 1].

21. Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo firmado el 2 de mayo de 1992, aunque entró en vigor el 1 de enero de 1994, (DOL núm. 1, de 3 de enero de 1994, p. 327). *Vid.* versión consolidada en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A01994A0103%2801%29-20210315> (acceso: 02/03/2022).

Reglamento (CE) 883/2004 a países no comunitarios, en este caso, a Islandia, Liechtenstein y Noruega. En efecto, el Acuerdo EEE vincula desde sus orígenes la efectividad de la libertad de circulación de los trabajadores al establecimiento de mecanismos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Dicha regulación se acompaña de las garantías necesarias para que los nacionales de los países signatarios del mismo disfruten de derechos análogos a los establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) en lo que se refiere a la libertad de circulación, incluyendo una prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, en términos parejos a la contenida en el artículo 45 TFUE²².

Lo mismo ocurre con el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza (en adelante, el Acuerdo UE- Suiza)²³, que replica el contenido y el espíritu del *acquis* de la UE en materia de libertad de circulación de trabajadores, otorgando a los ciudadanos suizos un catálogo similar de derechos a los de los nacionales comunitarios.

En consecuencia, la protección social de los trabajadores desplazados a/desde Suiza, Noruega, Islandia, Liechtenstein quedará sujeta a la aplicación extraterritorial del artículo 12.1 en el Reglamento 883/2004, en virtud de tales Acuerdos, lo que permitirá que éstos permanezcan sometidos a la legislación de su país de origen durante el periodo de desplazamiento. De otro lado, si el periodo de desplazamiento supera los dos años por aplicación de un acuerdo suscrito en virtud del artículo 16 en el Reglamento 883/2004, y el trabajador se ve obligado a cotizar en el país de destino, el Reglamento 883/2004 favorecerá la reconstrucción de su carrera de seguro, tal y como ocurre con los trabajadores migrantes. Por último, puesto que ni el Acuerdo EEE ni el Acuerdo Suiza-UE contiene referencia alguna a las disposiciones contenidas en los artículos 18 a 25 TFUE sobre la ciudadanía de Unión Europea que se reserva a los nacionales de los Estados comunitarios, los nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza no podrán acogerse a las extensiones subjetivas que en ausencia de conexiones económicas con la libre circulación puedan emanar directamente de tal estatus de ciudadanía²⁴.

B. Trabajadores desplazados a/desde Turquía, Argelia, Marruecos y Túnez

Cabe considerar el Acuerdo UE-Turquía el siguiente en importancia, aunque en modo alguno equiparable a los anteriores, pues se encuentra más cercano normativamente

22. Así, en los artículos 28, 29 y 30 del Acuerdo EEE, se reproduce el texto del artículo 45 TFUE y las disposiciones clave del derecho derivado relativo a la libre circulación de trabajadores confiriendo a los nacionales del EEE el mismo derecho a trabajar y a la igualdad de trato en la UE, que los trabajadores comunitarios. *Vid.* Álvarez Cortés, J. C.: "Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, pp. 65-92; Hedemann-Robinson, M.: "An Overview of Recent Legal Developments at Community Level in Relation to Third Country Nationals Resident Within the European Union, with Particular Reference to the Case Law of the European Court of Justice", *Common Market Law Review*, vol. 38, núm. 3, 2001, pp. 525-586.

23. Que entró en vigor el 1 de junio de 2002 (DO núm. L 114 de 30 de abril de 2002, p. 6.). *Vid.* versión consolidada en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A02002A0430%2801%29-20210101>.

24. Siendo el caso paradigmático la STJUE de C-85/96 (*Martínez Sala*, Rec. I-2691).

a los acuerdos concluidos con países del Magreb que a los concluidos con Suiza o con los países del EEE; si dejamos al margen los acuerdos de asociación concluidos con países de Europa Oriental, cuya regulación de Seguridad Social perdió virtualidad en el momento en que gran parte de dichos países se convirtieron en miembros de la UE²⁵. Así, el Protocolo Adicional del Acuerdo de Asociación con Turquía, que se anexa en el Reglamento (CEE) nº 2760/72²⁶, contiene en su Título II (artículos 36 a 40), disposiciones referidas a la libertad de circulación de trabajadores. Su puesta en práctica se estableció de forma muy gradual a lo largo de varias décadas²⁷, sin que hasta la fecha ésta se haya completado. Posteriormente, en la Decisión nº 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía²⁸, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación, se desarrollaron dichas disposiciones²⁹, (en particular en la Sección 1 del Capítulo II), aunque tampoco en esta norma ha hecho posible una realización plena de la libertad de circulación³⁰. Así, en materia de Seguridad Social, la Decisión nº 3/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía, de 19 de septiembre de 1980, relativa a la aplicación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la CE a los trabajadores turcos y a sus familias³¹ (en adelante la Decisión 3/80), recoge de

25. Actualmente, son relevantes los Acuerdos de Estabilización con los países balcánicos (Macedonia, Albania, Montenegro, Serbia, Bosnia y Herzegovina y Kosovo) y los Acuerdos de Cooperación con Moldavia, Ucrania y Rusia.

26. Reglamento (CEE) nº 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, por el que se celebra el Protocolo Adicional así como el Protocolo Financiero, firmados el 23 de noviembre de 1970, anejos al Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía y relativo a las medidas que deben adoptarse para su entrada en vigor (DO nº L 293 de 29 de diciembre de 1972, p. 1) en el que se desarrolla el Acuerdo de Asociación EEC - Turquía (1963), en lo relativo a los derechos de los migrantes turcos que se desplazan en el interior de la Comunidad firmado el 12 de Septiembre de 1963, y que entró en vigor el 1 de diciembre de 1964 (*Oficial Journal EEC* 1964, L 293).

27. En el artículo 36 del Acuerdo UE-Turquía se establece que “la libre circulación de los trabajadores entre los Estados miembros de la Comunidad y Turquía se realizará gradualmente, con arreglo a los principios enunciados en el artículo 12 del Acuerdo de Asociación, entre el final del décimo segundo y del vigésimo segundo años siguientes a la entrada en vigor del mencionado Acuerdo”.

28. A tenor de la STJUE de 10 de septiembre de 1996, asunto C-277/94, *Taflan-Met*, “del artículo 6, del apartado 1 del artículo 22 y del artículo 23 del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía se deduce que las Decisiones del Consejo de Asociación son actos adoptados por un órgano previsto por el Acuerdo, y al dar aplicación a los objetivos fijados por el Acuerdo, dichas Decisiones obligan a las Partes Contratantes”.

29. En ésta se recogen preceptos similares a los contenidos en los artículos 48, 49 y 50 del Tratado CE, y por ello, el Tribunal de Justicia ha considerado “indispensable aplicar, en la medida de lo posible, a los trabajadores turcos los principios admitidos en el marco de estos artículos del Tratado”, [STJUE de 6 de junio de 1995 (asunto C-434/93, *Bozkurt*), parágrafos 14, 19 y 20; y STJUE de 23 de enero de 1997 (asunto C-171/95, *Tetik*), parágrafo 20]. No obstante, esta declaración de principios, el Tribunal ha aclarado que los trabajadores turcos no tienen derecho a circular libremente dentro de la Comunidad, sino que gozan únicamente de ciertos derechos en el Estado miembro de acogida en cuyo territorio hayan entrado legalmente y donde hayan ejercido un empleo legal, [STJUE de 23 de enero de 1997 (asunto C-171/95, *Tetik*), parágrafo 29]. De este modo, la Decisión nº 1/80 no afecta la competencia de los Estados miembros para regular tanto la entrada en su territorio de los ciudadanos turcos, ni las condiciones de su primer empleo, sino que únicamente regula, en su artículo 6, la situación de los trabajadores turcos ya legalmente integrados en el mercado de trabajo de los Estados miembros, [STJUE de 16 de diciembre de 1992, (C-237/91, *Kus*), parágrafo 25].

30. Por otra parte, los derechos conferidos por el Acuerdo no resultan aplicables si el trabajador deja estar en activo, como consecuencia de un accidente laboral, por ejemplo, según dictaminó el Tribunal de Justicia en su STJUE de 6 de junio de 1995, que en su parte dispositiva declara: “La Decisión nº 1/80 no confiere al nacional turco, que haya pertenecido al mercado legal de trabajo de un Estado miembro, el derecho a permanecer en el territorio de este Estado después de haber sido víctima de un accidente de trabajo que le ha producido una incapacidad laboral permanente”, [Asunto C-434/93, *Bozkurt*, parte dispositiva de la sentencia].

31. DO nº C 110, 25 abril 1983 p. 1. Esta norma comparte la misma referencia de publicación que la Propuesta de Reglamento para la ejecución en la Comunidad Económica Europea de dicha Decisión (*Vid.* nota siguiente), por tanto,

manera simplificada el contenido originario del Reglamento 1408/71. Sin embargo, a falta de ulteriores medidas de ejecución que permita su aplicación, como es el caso de las contenidas en el Reglamento 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, las disposiciones de la Decisión nº 3/80 carecen de virtualidad. En efecto, tanto la falta de desarrollo normativo la Decisión nº 3/80, como el carácter programático de las disposiciones del Acuerdo CE-Turquía hizo que el Tribunal de Justicia negase, en la sentencia *Taflan-Met*³², la aplicabilidad de las medidas de coordinación contenidas en esta Decisión, habiendo faltado hasta el momento voluntad política en el Consejo para llevar a cabo dicho desarrollo, a pesar de la propuesta presentada por la Comisión Europea en este sentido³³.

Por ello, en la actualidad la regulación de Seguridad Social aplicable a los trabajadores desplazados a/desde Turquía se circunscribe al principio de no discriminación que se contiene en el apartado primero del artículo 3 de la Decisión nº 3/80, que sí que ha desplegado plenos efectos jurídicos. El efecto directo de esta disposición ha sido reiterado por el Tribunal en varias ocasiones³⁴, considerando que ésta no requiere de desarrollo alguno para ser aplicable, por ser un principio suficientemente preciso e incondicional, operativo para ser aplicado por un Juez nacional, y, por lo tanto, apto para regular la situación jurídica de los particulares. Esto significa que un desplazado turco en el ámbito de aplicación de la Decisión nº 3/80 debe ser tratado jurídicamente del mismo modo que los nacionales del Estado miembro de acogida; por lo que la legislación de ese Estado miembro no puede supeditar la concesión de un derecho a requisitos adicionales o más rigurosos en relación con los aplicables a sus propios nacionales, respecto de prestaciones generadas (*únicamente*) en virtud de la legislación de ese Estado.

Este principio de no discriminación también alcanza a otros nacionales desplazados extracomunitarios, y en particular, a los nacionales de países con los que la Unión Europea ha concluido acuerdos de asociación, y que incluyen disposiciones de no discriminación en materia de Seguridad Social, como los concluidos con la

publicada en la serie C (Comunicaciones e informaciones). También Álvarez Cortés, J. C., "Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes", ob. cit., refiere las dificultades de publicación de la misma aportando idéntica fecha en su nota 60, p. 81. Otros documentos que se refieren a ella también citan dicha referencia de publicación, como por ejemplo, la STJUE de 28 de abril de 2004 (asunto C-373/02, *Öztürk*), parágrafo 10, o la STJUE de 14 de marzo de 2000 (asuntos acumulados C-102/98 y C-211/98, *Kocak*) parágrafo 1. En todo caso, tanto la Decisión 1/80 de desarrollo del Acuerdo de Asociación CE - Turquía como la Decisión nº 3/80, de 19 de diciembre sobre la aplicación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados Miembros de la CE a los trabajadores turcos y sus familias se firmaron el 19 de septiembre y entraron en vigor el 1 de diciembre de 1980.

32. STJUE de 10 de septiembre de 1996 (asunto C-277/94, *Taflan-Met*). En este pronunciamiento, el Tribunal de Justicia describe los requisitos necesarios para que las decisiones del Consejo de Asociación EU-Turquía tengan efecto directo, sin embargo, considerando que éstos no concurren en las disposiciones de la Decisión nº 3/80 puesto que ésta "no ha sido completada y desarrollada por un acto posterior del Consejo, del mismo modo que el Reglamento 1408/71 requirió posteriormente a su promulgación de medidas de aplicación" (contenidas el Reglamento 574/72).

33. *Proposal for a Council regulation (EEC) implementing within the European Economic Community Decision no 3/80 of the EEC - Turkey association council on the application of the social security schemes of the member states of the European Communities to Turkish workers and members of their families* (COM/83/13 final - Official Journal C 110, 25/04/1983 p. 1).

34. STJUE de 4 de mayo de 1999 (asunto C-262/96, *Sürül*), parte dispositiva y parágrafo 74, y STJUE de 14 de marzo de 2000 (asunto *Kocak y Örs*, asuntos acumulados C-102/98 y C211/98) [parágrafos 35 y 36].

Asociación con Argelia³⁵, Marruecos³⁶, o Túnez³⁷, en todo caso referidas a prestaciones contributivas. Sin embargo, en los desplazamientos de trabajadores a/desde los países mediterráneos mencionados las empresas no podrían beneficiarse de la posibilidad ofrecida por el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 para mantener las cotizaciones en sus respectivos países de origen. Sin embargo, esta opción sí está prevista por un convenio bilateral al efecto tanto con Marruecos como con Túnez³⁸.

En el caso de Turquía, a pesar de que la Decisión nº 3/80 en su Título II remite directamente a los artículos 13.1, 13.2. a) y b), 14, 15 y 17 del Reglamento 1408/71, donde se encuentran normas relativas al desplazamiento de trabajadores, éstas no podrán ser aplicadas en relación a desplazamientos desde/a este país, mientras falte el desarrollo normativo necesario para que la Decisión nº 3/80 tenga plenos efectos. Por lo tanto, en materia de prestaciones, la aplicación del principio de no discriminación incorporado a los Acuerdos con estos países, permitirá a estos nacionales –en el Estado miembro de su residencia y en virtud únicamente de la legislación de ese Estado– acceder a prestaciones contributivas de Seguridad Social en las mismas condiciones que las establecidas para los nacionales del Estado miembro de acogida, mientras que el Reglamento 859/2003 permitirá la totalización de periodos entre Estados Miembros, es decir, el reconocimiento de los derechos adquiridos dentro del ámbito comunitario, encontrándose este derecho también previsto en los Acuerdos de Asociación con Argelia, Marruecos o Túnez³⁹.

C. Períodos de seguro cumplidos fuera del territorio comunitario con mantenimiento de la *lex originis* en virtud de la legislación nacional

86

Otro aspecto a considerar en relación a la aplicación extraterritorial de las disposiciones comunitarias en materia de Seguridad Social radica en la posibilidad que ofrece el Reglamento 883/2004 de totalización de periodos de seguro fuera del territorio comunitario. Así, a diferencia de las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación, que requieren, por lo general, que la actividades económicas concernidas se desarrollen en el territorio de la Unión Europea para que la regla de la igualdad de

35. Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra (DOL de 10 de octubre de 2005, núm. 265, p. 2).

36. Acuerdo Euromediterráneo con Marruecos firmado en Bruselas el 26 de febrero de 1996 (DOCE L nº 70, de 18 de marzo de 2000).

37. Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados y la República de Túnez firmado en Bruselas el 17 de julio de 1995 (DOCE L nº 97, de 30 de marzo de 1998).

38. El Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos se firmó el 8 de noviembre de 1979 y entró en vigor el 1 de octubre de 1982 (BOE de octubre de 1982); mientras que el Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez se firmó el 26 de febrero de 2001 y entró en vigor el 1 de enero de 2002 (BOE de 26 de diciembre de 2001).

39. *Vid.* Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular [art. 68]; Acuerdo Euromediterráneo con Marruecos firmado en Bruselas el 26 de febrero de 1996 [art. 65] y Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados y la República de Túnez firmado en Bruselas el 17 de julio de 1995 [art. 65].

trato resulte eficaz⁴⁰, en materia de Seguridad Social, el hecho de que las prestaciones de Seguridad Social consideradas deriven de periodos de seguro cumplidos fuera del territorio comunitario no comporta la inaplicación del Reglamento 883/2004 cuando éstos estén reconocidos por la leyes de un país comunitario. Esto resulta de la aplicación del artículo 2 del Reglamento 883/2004, puesto que éste se aplica a los trabajadores “que estén o hayan quedado sujetos a la legislación de uno o varios Estados miembros”⁴¹. Así, en última instancia, la decisión legislativa respecto de los requisitos territoriales, subjetivos o materiales para que una determinada actividad quede sujeta a su legislación reside en cada Estado Miembro.

La aplicabilidad del derecho comunitario no está, por tanto, determinada por el lugar de ejercicio de la actividad pues en virtud de la letra (l) del artículo 1 del Reglamento 883/2004, el término “legislación” designa, “para cada Estado miembro, las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y todas las demás medidas de aplicación que afecten a las ramas de seguridad social contempladas en el apartado 1 del artículo 3”. Esta definición se caracteriza, como ha declarado el Tribunal de Justicia, por su amplio contenido, que comprende todos los tipos de medidas legislativas, reglamentarias y administrativas adoptados por los Estados miembros y debe considerarse que se refiere al conjunto de las medidas nacionales aplicables en la materia. De modo que para determinar el alcance del término legislación el criterio esencial radica en el vínculo que une al trabajador con un régimen de Seguridad Social de un Estado miembro en el cual haya cubierto los períodos de seguro, sea cual sea el lugar donde desempeñe o haya desempeñado su actividad profesional⁴².

En este sentido, el régimen previsto por la Orden de 27 de enero de 1982, que regula la situación de los trabajadores desplazados por su empresa a países con los que España no tenga suscrito convenio bilateral en materia de Seguridad Social, constituye una de estas vías de la aplicación extraterritorial del Reglamento 883/2004, pudiendo computarse periodos de seguro cubiertos durante el desplazamiento a un país no comunitario en el cálculo de prestaciones al amparo del Reglamento 883/2004, puesto que nuestra legislación nacional extiende sus efectos a dichos periodos de seguro, incorporándolos a su ámbito de aplicación, sin intervención alguna de instrumentos internacionales. Esta norma no establece requisito alguno de nacionalidad,

40. En cuanto a la necesidad de que la actividad se ejerza en el territorio de la Comunidad para aplicar la libertad de circulación *Vid.* la STJUE de 12 de diciembre de 1974 (asunto *Walrave*, 36/74) [p. 1405] y STJUE de 12 de julio de 1984 (*Prodest*, 237/83) [p. 3153].

41. En relación a estas disposiciones en el nuevo Reglamento 883/2004 *vid.* García Viña, J.: “Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pp. 66 y ss.

42. *Vid.*, en este sentido, STJUE de 31 de marzo de 1977 (asunto 87/76, *Bozzone*) y STJUE de 11 de julio de 1980 (150/79, *Comisión/Bélgica*) en relación a la ley belga de 16 de junio de 1960 que coloca bajo la garantía del Estado belga los organismos de Seguridad Social de los empleados del Congo Belga y de Ruanda-Urundi y que garantiza por parte del Estado belga prestaciones de Seguridad Social aseguradas a favor de éstos; STJUE de 9 de julio 1987 (asuntos acumulados 82 y 103/86, *Laborero*) [p. 3401], que concernía la Ley belga de 17 de julio de 1963 relativa a la Seguridad Social de ultramar, en relación a un régimen facultativo de seguro para las personas que ejercen su actividad profesional en países diferentes de los Estados miembros; STJUE de 23 de octubre de 1986 (asunto *Van Roosmalen*, 300/84) que analiza la *Algemene Arbeidsongeschiktheidswet* (AAW-ley de los Países Bajos sobre la incapacidad laboral) que extiende sus efectos a las personas que ejercen o han ejercido actividades parcial o exclusivamente fuera de la Comunidad.

y considera a dichos trabajadores en situación de asimilación a la de alta prevista en el núm. 2 del art. 95 de la Ley General de la Seguridad Social⁴³ (en adelante LGSS), continuando la obligación de cotizar por parte de la empresa mientras permanezcan en el país de desplazamiento. Así, en caso de que un trabajador desplazado de larga duración cuente en su carrera de seguro con periodos en Estados comunitarios y en Estados no comunitarios con los que España no haya suscrito un convenio bilateral los periodos de seguro asimilados, conforme a la Orden de 27 de enero de 1982, se tendrían en cuenta en el cálculo de su pensión migrantil.

Nótese que los restantes trabajadores desplazados no pueden acogerse a esta posibilidad por cuanto dicha Orden, en su artículo 2, excluye expresamente a los trabajadores que hayan sido trasladados a países con los que España haya suscrito convenio bilateral, y en particular, en los supuestos de (a) traslado al territorio de un país con el que España tenga suscrito un Convenio, en virtud del cual el trabajador continúe sometido a la legislación española con obligación de cotizar a la Seguridad Social española durante el tiempo de su traslado por la Empresa; (b) traslado al territorio de un país con el que España tenga suscrito Convenio sobre Seguridad Social y en el que, de acuerdo con tal Convenio, sea obligatoria la afiliación a la Seguridad Social del país de destino y se establezca el reconocimiento de las cotizaciones realizadas en dicho país a efectos de la Seguridad Social española, sin obligación, por tanto, de cotizar a la misma.

Por lo tanto, la Orden de 27 de enero de 1982, puesta en relación con la letra (I) del artículo 1 del Reglamento 883/2004, posibilitará la totalización de periodos asimilados en todos los desplazamientos a terceros países salvo con los países con los que España tiene suscritos convenios bilaterales de Seguridad Social. Estas normas, recogen habitualmente la figura del trabajador desplazado, con variaciones respecto del periodo durante el cual se permite la continuidad de la afiliación en España y de las características del desplazamiento⁴⁴. Sin embargo, a diferencia del sistema de coordinación

43. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

44. Artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra de 9 de noviembre de 2001 (BOE de 4 de diciembre de 2002); artículo 7 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y la República Argentina de 28 de enero de 1997 (BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2004 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2007); artículo 6 del Convenio entre España y Australia sobre Seguridad Social de 31 de enero de 2002 (BOE núm.303, de 19 diciembre 2002); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil de 16 de mayo de 1991 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1996); artículo 6 del Convenio de Seguridad Social entre España y Canadá de 10 de noviembre de 1986 (BOE de 1 de diciembre de 1987); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre la República de Chile y el Estado español de 28 de enero de 1997 (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1998); artículo 3 del Convenio General sobre Seguridad Social entre España y Ecuador de 1 de abril de 1960 (BOE de 23 de octubre de 1962); artículo 5 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América de 30 de septiembre de 1986 (BOE de 11 de octubre de 1989); artículo 6 del Convenio de Seguridad Social entre España y Filipinas de 20 de mayo de 1988 (BOE de 11 de octubre de 1989); artículo 6 del Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979 (BOE de 13 de octubre de 1982); artículo 6 del Convenio de Seguridad Social entre España y los Estados Unidos Mexicanos de 25 de abril de 1994 (BOE de 17 de marzo de 1995); artículo 8 del Convenio General sobre Seguridad Social entre España y Perú de 16 de junio de 2003 (BOE de 5 de febrero de 2005); artículo 7 del Convenio General sobre Seguridad Social entre España y Paraguay de 1 de diciembre de 1997 (BOE de 24 de febrero de 2000); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre España y Rusia y Acuerdo Administrativo de 12 de mayo de 1995 (BOE de 24 de febrero de 1996); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre España y Uruguay de 1 de diciembre de 1997 (BOE de 24 de febrero de 2000); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez de 26 de febrero de 2001 (BOE de 26

comunitario, que por su naturaleza multilateral permite tener en cuenta y adicionar en su caso los periodos de seguro de varios países comunitarios, la mecánica de los convenios bilaterales, salvo previsto expresamente, impide a un trabajador que haya estado desplazado a diferentes países con convenio bilateral un cómputo conjunto, por lo que cada instrumento deberá aplicarse separadamente, teniendo en cuenta que no podrá concederse pensiones en virtud del mismo periodo de seguro en España.

III. EL REGLAMENTO 1231/2010: EXPANSIÓN JURÍDICA Y ECONÓMICA DEL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS

Por último, es obligado referirse a la dimensión personal de la vertiente extraterritorial de la coordinación comunitaria en materia de Seguridad Social, pues, como ya se ha hecho mención, el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE se refiere únicamente al lugar de destino del trabajador desplazado⁴⁵, sin alcanzar el lugar de procedencia del mismo, siendo la “nacionalidad” (país de establecimiento) de las empresas lo que concierne a la Directiva y determina su aplicación, y no, por tanto, la nacionalidad de los trabajadores⁴⁶. De este modo, lo relevante es que el trabajador haya sido contratado por una empresa comunitaria⁴⁷, para una prestación de servicios como la que define la norma, y que su desplazamiento se vaya a producir en el marco espacial de la Unión Europea. Sin embargo, el problema hasta la aprobación del Reglamento 859/2003 radicaba en que las disposiciones comunitarias de Seguridad Social otorgaban a los trabajadores desplazados un trato diferenciado por razón de su nacionalidad, pues el artículo 2 del Reglamento 1408/71 (campo de aplicación personal) se refiere únicamente a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean nacionales de uno de los Estados miembros⁴⁸. Esta situación planteaba considerables dificultades para los desplazamientos intracomunitarios en los que las empresas se valen de trabajadores inmigrantes de terceros países; puesto que éstas no tenían posibilidad de ampararse en las disposiciones del Reglamento 1408/71 para mantener

de diciembre de 2001); artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania de 7 de octubre de 1996 (BOE de 4 de abril de 1998) y Acuerdo Administrativo de 17 de enero de 2001 (BOE de 7 de abril de 2001); y artículo 7 del Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela de 15 de mayo de 1998 (BOE de 7 de julio de 1990).

45. STJUE de 9 de agosto de 1994 (asunto C-43/93, *Vander Elst*).

46. Los convenios internacionales en materia de Seguridad Social tampoco suelen exigir expresamente como condición que el desplazado sea un nacional de las partes contratantes, aunque del ámbito de aplicación personal del propio convenio si cabe imponer en ocasiones esta limitación aplicativa por razón de la nacionalidad, *vid.* Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 285; y del mismo autor, “Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea”, *ob. cit.*, p. 443.

47. En relación a la protección de los trabajadores contratados por un empresario establecido en otro país comunitario *vid.* Gutiérrez-Solar Calvo, B.: “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, *ob. cit.*, pp. 35-37.

48. Apartado 1 del artículo 2 del Reglamento 1408/71. Para una crítica a este trato desigual *vid.* Fernández Fernández, R.: “La protección social comunitaria de los trabajadores por cuenta propia desplazados dentro de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002, pp. 93 y ss.

sus cotizaciones del país de origen; mientras que los trabajadores no podían totalizar los periodos trabajados en distintos países comunitarios a efectos de prestaciones. De modo que con el objeto, entre otras finalidades, de “promover una nueva estrategia para que los nuevos mercados europeos de trabajo sean abiertos y accesibles para todos”, la Comisión apeló a garantizar la movilidad de los nacionales de terceros países, en una Propuesta en la que se extendía el ámbito aplicativo del Reglamento 1408/71⁴⁹ y que llevó finalmente a la aprobación del Reglamento 859/2003, lo que revela la importancia económica que han asumido actualmente los trabajadores extracomunitarios en el contexto económico comunitario, y dentro de este colectivo, en particular la importancia de los desplazados extracomunitarios, pues cuando la propuesta atravesó dificultades en su tramitación la Comisión llegó a plantear, como último recurso, que dicha ampliación se limitase exclusivamente al desplazamiento de trabajadores⁵⁰.

Así, desde el 1 de junio de 2003⁵¹ los nacionales de terceros Estados, desplazados en el ámbito de la Unión Europea (y demás personas dentro en ámbito aplicativo del Reglamento 1408/71), se benefician del sistema de coordinación comunitario⁵², reduciendo significativamente las cargas administrativas y económicas de los operadores transnacionales que desplazan trabajadores extracomunitarios en el territorio de la Comunidad. El Reglamento 859/2003 fue sustituido por el Reglamento (UE) 1231/2010, de 24 de noviembre, que amplía la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril de 2004 y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos⁵³.

Sin embargo, el Reglamento 1231/2010 no se aplica a algunos nacionales de terceros países debido a la base legal utilizada para su aprobación. Así, dado que el Reglamento 1231/2010 se basa en el artículo 79 TFEU, Dinamarca no se encuentra afectada por el mismo (Preámbulo 19 del Reglamento 1231/2010⁵⁴). De manera que un nacional de un tercer país que vive durante varios años en un país comunitario y

49. Vid. Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, COM (2002) 59 final y Comunicación de la Comisión al Consejo - Nuevos mercados de trabajo europeos abiertos a todos y accesibles para todos, COM (2001) 116 final.

50. García de Cortázar y Nebreda, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, p. 56.

51. Vid. artículo 3 del Reglamento 859/2003.

52. Tal como establece, en su artículo 1, el Reglamento 859/2003: “Sin perjuicio de las disposiciones del anexo del presente Reglamento, las disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del Reglamento (CEE) nº 574/72 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro”.

53. DOL de 29 de diciembre de 2010, núm. 344 [pág. 1].

54. En el Considerando 19 del Reglamento 1231/2010 se dispone que: “De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo no 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y no queda vinculada por él ni sujeta a su aplicación”.

posteriormente en Dinamarca no puede beneficiarse de las normas del Reglamento 1231/2010, ni, por ende, del Reglamento 883/2004.

Por otra parte, si bien el Reino Unido ejerció su posibilidad de adherirse (“opt in”) a la normativa contenida en el Reglamento 859/2003; posteriormente dicho país no se adhirió al Reglamento 1231/2010⁵⁵. Esto implica que el Reglamento 1231/2010, y, por ende, las normas del Reglamento 883/2004, no se aplican a los nacionales de terceros países que se desplazan de un Estado miembro al Reino Unido; quedando por lo tanto sujetas a las normas contenidas en el Reglamento 1408/71, por aplicación del Reglamento 859/2003.

Del mismo modo, ni el Reglamento 859/2003 ni el Reglamento 1231/2010 se aplican a Noruega, Islandia y Liechtenstein (los Estados EFTA) ni a Suiza, pues las normas contenidas en dichos Reglamentos no se han extendido a dichos países⁵⁶.

Nótese que, si bien el Reglamento 859/2003 aborda una de las modificaciones más importantes operadas en el campo de aplicación personal del Reglamento 1408/1971, paradójicamente el redactado de éste quedó inalterado. Ni el artículo 2 del Reglamento 1408/71⁵⁷, ni tampoco el nuevo Reglamento 883/2004⁵⁸ se han hecho eco en su texto de esta fundamental extensión de sus efectos reguladores. Así, el Reglamento 859/2003 modificó materialmente el Reglamento 1408/71, a pesar de ser un instrumento jurídico independiente de éste. La doctrina explica esta opción legislativa a partir de las diferencias en el fundamento jurídico de ambas disposiciones⁵⁹, pues la base jurídica del Reglamento 859/2003 no reside en las disposiciones en materia de Seguridad Social del artículo 41 del Tratado CE, sino en el artículo 63 del Tratado CE en materia de inmigración, introducido por el Tratado de Ámsterdam⁶⁰.

En definitiva, tras un prolongado historial de propuestas por parte de la Comisión⁶¹, se consideró conveniente disponer la aplicación de los Reglamentos de coordinación

55. En el Considerando 18 del Reglamento 1231/2010 se dispone que: “De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, el Reino Unido no participa en la adopción del presente Reglamento y no queda vinculado por él ni sujeto a su aplicación”.

56. *Vid.* a este respecto la STJUE de 18 de noviembre de 2010, C-247/09, *Xhymshiti*.

57. A tenor del artículo 2 del Reglamento 1408/71 “El presente Reglamento se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y *que sean nacionales* de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes”. Énfasis añadido.

58. Por su parte el artículo 2 del Reglamento 883/2004 establece que “El presente Reglamento se aplicará a las *personas nacionales* de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites”. Énfasis añadido.

59. *Vid.* Gómez Abelleira, F. J., y Quintero Lima, M. G.: “La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países”, ob. cit., p. 1123; García de Cortázar y Nebreda, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, ob. cit., p. 57; Vives Caballero, M.: “Seguridad Social y constitución europea: presente y futuro”, ob. cit., p. 26.

60. DO nº C 340 de 10 de noviembre de 1997, p. 173.

61. La Comisión ya sometió el 26 de junio de 1995 una propuesta al Consejo que propugnaba la extensión del ámbito de aplicación de la letra a) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento 1408/71 a los trabajadores que sean

a los nacionales no comunitarios con vistas a la ampliación de la Unión Europea⁶². También la doctrina ha puesto de manifiesto la probable influencia en este sentido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su sentencia *Gaygusuz contra Austria*, aplicó el principio de no discriminación a propósito de la concesión de prestaciones de Seguridad Social a un nacional turco, considerando que la denegación de un subsidio asistencial de desempleo por el origen nacional del asegurado no tenía justificación objetiva y razonable⁶³.

El artículo 1 del Reglamento 1231/2010, por otra parte, subraya que sus disposiciones sólo resultarán aplicables a los inmigrantes no comunitarios que se encuentren previamente en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro⁶⁴. Este requisito responde a un objetivo constante de la Comisión, que se refleja en su Comunicación relativa a una política común de inmigración ilegal⁶⁵ a fin de prevenir la

nacionales de países terceros. Con esta propuesta se pretendía abordar la cuestión más acuciante relativa a asistencia médica de carácter urgente para los trabajadores desplazados (DO n° C 242 de 19 de septiembre de 1995 p. 7). A ésta, le siguieron la propuesta de la Comisión de 12 de noviembre de 1997 (DO C 6 de 10 de enero de 1998, p. 15); y la propuesta de 6 de febrero de 2002 definitiva (DO n° C 126 E de 28 de mayo de 2002 p. 388).

62. Preámbulo del Reglamento 859/2003, apartado (9).

63. Sentencia de 16 de septiembre de 1996 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso *Gaygusuz contra Austria*) [TEDH 1996\40]. En este pronunciamiento el Tribunal consideró que dicha discriminación constituía una violación del artículo 14 (relativo al derecho de igualdad) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (BOE de 10 de octubre de 1979). Dicho subsidio se otorgaba a los nacionales austriacos una vez expirada la duración máxima de la prestación de desempleo contributiva, a fin de garantizarles una renta mínima. *Vid.* sobre este pronunciamiento Álvarez Cortés, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, ob. cit., pp. 31-32.

64. El requisito de residencia legal se erige por tanto en estos casos como una condición previa a la aplicación de las disposiciones del Reglamento 1408/71; no obstante, por lo que concierne a las contingencias profesionales, esta condición debe ponerse en relación con las obligaciones adquiridas por parte de un gran número de países comunitarios con ocasión de la ratificación del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 19 sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925; máxime cuando el artículo 7.1.a) del Reglamento 1408/71 declara que “no resultarán afectados por el Reglamento los convenios adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, y que después de la ratificación de uno o varios Estados miembros haya entrado en vigor”. En concreto, este Convenio de la OIT ha sido ratificado por los siguientes países comunitarios: Suecia, República Checa, Reino Unido, Portugal, Polonia, Países Bajos, Luxemburgo, Irlanda, Hungría, Grecia, Francia, Finlandia, Estonia, España, Dinamarca, Bélgica, Austria y Alemania Según los datos del registro de ratificaciones de la OIT, en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>, [consulta: 10/08/2005]. A tenor del Convenio 19 de la OIT, los extranjeros han de ser tratados como nacionales frente a los accidentes de trabajo, siempre que dicho Estado hubiera ratificado el referido instrumento internacional. Igualmente, el apartado 8.3 de la Recomendación n° 151 de la OIT dispone: “Los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberán disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración y Seguridad Social”. Cabe recordar que el artículo 2 del Reglamento 1408/71 establece que éste se aplicará a los trabajadores “que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o varios de los Estados miembros”. Por tanto, aunque de manera indirecta, el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1408/71 será la suma de los ámbitos de aplicación que, en cada uno de los Estados Miembros, establezcan las respectivas legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social. Consecuentemente, cuando un Estado comunitario extiende la protección de las contingencias profesionales a los extranjeros en situación irregular a nivel nacional, transversalmente está incorporando al ámbito de protección comunitaria a dichos trabajadores. Dicha protección de los extranjeros irregulares se aplica en España a partir de los recientes pronunciamientos jurisprudenciales en este sentido: así, el Tribunal Supremo unificó doctrina en sentencia de 9 de junio de 2003 (rec. 4217/2002) en el sentido de admitir el derecho de los extranjeros en situación irregular a las prestaciones derivadas de contingencia profesional, en virtud de la normativa interna e internacional aplicable. *Vid.* también la STS de 7 de octubre de 2003 (rec. 2153/2002) y la STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 2003 (Ar. 1869).

65. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, COM (2001) 672, de 15 de noviembre de 2001.

inmigración clandestina. Con todo, la Comisión ya precisó en su Propuesta que esta condición de residencia, no se aplica en términos literales a los trabajadores desplazados, puesto que “el nacional de un tercer país no necesariamente tiene que cumplir la condición de residencia, sino que puede estar simplemente en desplazamiento, respetando la legislación nacional de entrada y residencia de ese Estado”⁶⁶. Lo cual se establece en buena lógica con la Directiva 96/71/CE y la jurisprudencia en materia de prestación de servicios contenida en la Sentencias *Rush Portuguesa* y *Vander Elst*⁶⁷.

Por último, es necesario tener en cuenta que las disposiciones transitorias del Reglamento 859/2003 impiden que éste pueda generar derecho alguno para periodos anteriores al 1 de junio de 2003 (art. 2). Esto no significa que los periodos de seguro cubiertos antes de dicha fecha no se tomen en consideración, sino que tales periodos se tendrán en cuenta en el cómputo de la cuantía de las prestaciones para dotarlos de efecto únicamente hacia el futuro, es decir, para generar la liquidación de pensiones a partir esa misma fecha, dotando a los Reglamentos de coordinación, por tanto, como han señalado Gómez Abelleira y Quintero Lima, de una retroactividad relativa⁶⁸. Para cubrir tales vacíos de protección es, sin embargo, posible en algunos casos a los efectos jurídicos residuales, que aún emanan de los convenios bilaterales suscritos entre países comunitarios, pese a haber sido sustituidos por el Reglamento 1408/71, conforme a lo dispuesto en sus artículos 6 y 7.2.c). En efecto, algunas disposiciones de estos convenios continúan vigentes respecto de las personas de nacionalidades no comunitarias y territorios, incluidas en su campo personal y geográfico de aplicación. Este sería el caso, por ejemplo, del Convenio en materia de Seguridad Social suscrito entre España y el Reino Unido⁶⁹, que extiende su ámbito de aplicación a trabajadores nacionales de Estados no miembros y para quienes dicho Convenio seguirá siendo aplicable; así como a los desplazados a las islas de Jersey o de Man. Igualmente, el Convenio entre España y Suiza, que resultará aplicable a trabajadores que no sean nacionales comunitarios ni suizos, estableciéndose un periodo máximo de desplazamiento de veinticuatro meses⁷⁰. Por lo tanto, en un supuesto, por ejemplo, de un trabajador cubano desplazado por cuenta de una empresa británica a España, las

66. COM (2002) 59 final, ob. cit. p. 388.

67. STJUE de 27 de marzo de 1990 (asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*), STJUE de 9 de agosto de 1994 (asunto C-43/93, *Vander Elst*).

68. Gómez Abelleira, F. J. y Quintero Lima, M. G.: “La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países”, ob. cit., p. 1130, abundando en esta cuestión consideran que “En este caso, el legislador (...) opta por emplear la técnica de la convalidación de períodos de seguro anteriores al momento de la entrada en vigor de la norma, a efecto de totalizar y prorratear prestaciones en el marco de la coordinación. Eso sí, en la medida en que la regla general del efecto inmediato sólo sufre una excepción parcial, se ha de insistir en que la disposición se ha de interpretar en el sentido de entender que se trata de períodos computables sólo para causar derechos a partir de la mencionada fecha”.

69. Convenio entre España y el Reino Unido de 13 de septiembre de 1974, ratificado por Instrumento de 31 de diciembre de 1974 y Acuerdo de Aplicación de 30 de octubre de 1974 (BOE de 31 de marzo de 1975, núm. 77, p. 6501) y Canje de Notas de 4 de noviembre de 1976 por el que se modifica el Convenio sobre Seguridad Social (BOE de 11 de mayo de 1977, núm. 112, p. 10346).

70. Convenio y Protocolo entre España y Suiza de 13 de octubre de 1969, ratificados por Instrumento de 10 de junio de 1970, que entró en vigor el 1 de septiembre de 1970 (BOE de 1 de septiembre de 1970, núm. 209, p. 14278).

disposiciones de dicho instrumento internacional le favorecerían allá donde no alcan-
cen temporalmente las disposiciones transitorias del Reglamento 859/2003. Fuera de
estos casos, la continuidad aplicativa de un convenio entre Estados miembros, que en
su mayoría contienen disposiciones relativas al desplazamiento temporal de trabaja-
dores⁷¹, resulta incompatible con el derecho comunitario, e incluso puede constituir
un incumplimiento de la obligación de lealtad institucional⁷², pues sin perjuicio de la
doctrina *Rönfeldt*, los convenios bilaterales suscritos con otros países comunitarios,
como ya se ha dicho, han sido sustituidos por el Reglamento 883/2004, mantenién-
dose sólo en vigor las disposiciones incluidas en el Anexo II del Reglamento 883/2004.

IV. CONVENIOS MULTILATERALES Y BILATERALES APLICABLES A LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS A/DESDE ESPAÑA

A. Principios comunes

Los convenios bilaterales y multilaterales han sido la vía tradicionalmente utilizada
para solventar los déficits de protección de Seguridad Social resultantes de la movili-
dad transnacional de trabajadores en el ámbito extracomunitario a o desde España⁷³
y se aplicarán siempre que constituya una norma más beneficiosa que las normas
comunitarias.

En el marco de los convenios bilaterales o multilaterales se distingue también en-
tre emigrante y desplazado⁷⁴; siguiendo el modelo de cláusulas de la Recomendación
167 (1983) de la OIT.

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 produ-

71. Estas disposiciones muestran una gran proximidad jurídica con el actual artículo 14.1 del Reglamento 1408/71. Así, el artículo 8 del Convenio y Acuerdo Administrativo entre España e Italia de 30 de octubre de 1979 (BOE 15 diciembre 1983, núm. 299, p. 33714) disponía: "Lo dispuesto en el anterior artículo 7, apartado 2, a), se aplicará teniendo en cuenta las siguientes excepciones: a) El trabajador dependiente de una empresa que tenga su domicilio en una de las dos Partes Contratantes, que sea enviado al territorio de la otra Parte por un período de tiempo limitado, continuará sometido a la legislación de la parte en la cual la empresa tuviere su domicilio, siempre que su permanencia en la otra Parte no excediere de un período de 24 meses. En el supuesto de que tal ocupación debiere prolongarse por motivos imprevisibles por un período de tiempo superior al originalmente previsto y excediere del de 24 meses, la aplicación de la legislación en vigor en la Parte del lugar de trabajo habitual podrá mantenerse excepcionalmente y con el consentimiento de la autoridad competente de la Parte en la que tenga lugar dicho trabajo temporal". Igualmente el artículo 7.1 del Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Finlandia de fecha 19 de diciembre de 1985 (BOE de 14 de julio de 1987, núm. 167, p. 21406) establecía: "Cuando un empresario destaque a una persona del territorio de una de las Partes a trabajar en el territorio de la otra Parte, y la duración prevista del empleo no sea superior a veinticuatro meses, continuará aplicándosele la legislación de la primera Parte como si la persona estuviera empleada y residiera en el territorio de esta Parte. Si su empleo en el territorio de la Parte a la que ha sido enviada a trabajar continuara después de dicho período de veinticuatro meses, seguirá aplicándosele la legislación de la primera Parte mientras que las autoridades competentes de las dos Partes den su consentimiento".

72. *Vid.* en este sentido, STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Matteucci*, asunto 235/87, Rec. p. 5589, parágrafo 19.

73. Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, ob. cit.

74. Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 258 y ss.

ciendo 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 recíprocos⁷⁵. 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 (Méjico) 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).

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 aplicables dentro del concepto de desplazamiento⁷⁶.

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 doce (Islas Jersey y Caimán), por dos años prorrogables por uno más (Venezuela), por otros dos (Méjico, Túnez, Ucrania), o hasta cinco años en total (Andorra), o sin fijar

75. De la Casa Quesada, S.: “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España. Especial referencia a la protección por desempleo” en Correa Carrasco, M. (coord.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 73 y ss.; Ríos Salmerón, B. (cir.): *La Seguridad Social internacional: los convenios bilaterales y el Derecho Comunitario*, CDJ/CGPJ, Madrid, 1994; 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, pp. 17-48.

76. Matorras Díaz-Caneja, A. y Sánchez Cervera, J. M.: “Aspectos jurídicos-laborales” en Matorras Díaz-Caneja, A. (dir.): *La expatriación de trabajadores*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 86.

duración cierta de la prórroga (Argentina, Uruguay, Paraguay). Otros convenios establecen tres años sin más (Marruecos), o prorrogables por un año más (Cabo Verde) o por 2 años más (Brasil, Chile, Ecuador, República Dominicana) o por otros tres años más (Colombia).

Los convenios con otros países contemplan plazos más amplios para el desplazamiento: cinco años, prorrogables sin establecer límite máximo (Australia, Filipinas, Japón, Canadá, Rusia) o por un año más y seis 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 des que finalizó su duración inicial o prorrogada.

En cuanto al requisito de no sustitución que se vio más arriba en el ámbito comunitario se contempla también en algunos convenios bilaterales si bien solo una vez haya agotado el plazo máximo (Brasil, Filipinas, Marruecos, Méjico, 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 ley⁷⁷.

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 éste a otro, donde la empresa tenga establecimientos (Japón). En el convenio bilateral con China la cotización por asistencia sanitaria, Incapacidad temporal, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales llevarán a cabo en el país de destino, al que las remitirá el de origen.

En cuanto a las relaciones entre los convenios bilaterales y el Derecho Comunitario dentro de su amplia problemática⁷⁸ 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 éste último solo en algunos aspectos). El resto de los convenios solo contemplan como sujetos protegidos los nacionales de las partes contratantes. En el caso de Estados

77. Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, ob. cit., p. 285.

78. Ríos Salmerón, B. (dir.): *La Seguridad Social internacional: los convenios bilaterales y el Derecho Comunitario*, ob. cit.

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 cambio de criterio en el caso *Gottardo* (C-55/00) que resolvió 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 (apartado 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 bilateral⁷⁹. 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.

B. 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 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 existan 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 (disposición adicional 2ª LGSS). La falta de convenio puede genera 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, como hemos visto, cabe la posibilidad de que el trabajador permanezca en situación asimilada al alta (Orden Ministerial de 27 de enero de 1982, artículo 3.1).

79. Sobre esta cuestión véase Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, ob. cit., p. 250.

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 (Real Decreto 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 (Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, Orden de 30 de octubre de 1985 y Orden de 14 de enero de 2000), o, incluso, para sus familiares (Orden de 28 de julio de 1987 y Real Decreto 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 éstos 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 éste no cubre todas las contingencias o de manera inferior a la Seguridad Social española.

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 (disposición adicional 2ª, 2 LGSS y Orden de 30 de mayo de 1986).

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

En definitiva, por aplicación de todos estos instrumentos internacionales se está produciendo un progresivo acercamiento jurídico a Estados extracomunitarios desde o a dónde desplazar trabajadores. Por otra parte, la adopción del Reglamento (UE) 859/2003 y posteriormente, del Reglamento (UE) 1231/2010, ha resultado clave en el desarrollo y expansión del desplazamiento de trabajadores extracomunitarios, pues ha permitido simplificar considerablemente los trámites administrativos, evitando, por otra parte, situaciones de colisión entre ordenamientos que pudieran provocar situaciones de doble cotización.

V. CONCLUSIONES

El concepto de “dimensión externa” de la Seguridad Social comunitaria fue utilizada por la Comisión Europea en una comunicación de 2012 para describir los instrumentos de la UE que cubren los derechos de Seguridad Social de los nacionales de terceros países que se trasladan de un tercer país a la UE⁸⁰. Como se ha podido comprobar de lo que se ha expuesto, la dimensión exterior de la coordinación de la Seguridad Social de la UE es un mosaico de instrumentos.

Por un lado, la UE ha adoptado medidas unilaterales a través del Reglamento 1231/2010 y las Directivas en materia migratoria que contienen normas relativas a la Seguridad Social en sus disposiciones sobre igualdad de trato⁸¹. Dado que las Directivas de migración de la Unión Europea son medidas unilaterales, no se basan en la reciprocidad. En consecuencia, solo se refieren a la situación de los nacionales de terceros países en la UE y no a la situación de los ciudadanos de la Unión Europea en terceros países.

Junto a estas medidas unilaterales, la Unión Europea también ha adoptado acuerdos con terceros países que incluyen disposiciones de coordinación de la Seguridad Social. Los diferentes acuerdos se pueden clasificar en tres categorías. La primera categoría de acuerdos se refiere a los acuerdos de la Unión Europea con terceros países que se consideran Estados miembros de la UE a efectos de la coordinación de la Seguridad Social. Esa primera categoría de acuerdos sólo se refiere a los Estados del EEE y a la Confederación Suiza. De hecho, la coordinación de la Seguridad Social con esos terceros países es más una parte de la dimensión interna que de la dimensión externa.

La segunda categoría de acuerdos de la UE son los acuerdos que incluyen normas sobre coordinación de la Seguridad Social a las que se les ha otorgado efecto directo. Estos son el Acuerdo de Asociación UE-Turquía y su Decisión 3/80, y los Acuerdos Euromediterráneos con Argelia, Túnez y Marruecos. A pesar de que los Consejos de Asociación no han implementado los acuerdos, algunas de las disposiciones de los acuerdos fueron redactadas en manera precisa e incondicional, lo que ha permitido al Tribunal de Justicia concederles efecto directo.

La tercera y última categoría de acuerdos de la UE son los acuerdos que incluyen disposiciones de coordinación de la Seguridad Social que requieren la adopción de medidas adicionales, por lo que actualmente aún no conceden derechos a los ciudadanos de dichos países. Esos acuerdos de la UE se han alcanzado con el Líbano,

80. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE. COM/2012/0153 final.

81. Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

Jordania, Israel; los Acuerdos de Estabilización y Asociación con el Antigua República Yugoslava de Macedonia, Albania, Montenegro, Serbia, Bosnia y Herzegovina; el Acuerdo de Cooperación con San Marino, los Acuerdos Euromediterráneos con Egipto; así como los Acuerdos de Asociación y Cooperación con Rusia, Moldavia y Ucrania. Todos estos acuerdos establecen los elementos de coordinación de la Seguridad Social que deben incluirse en las futuras medidas que adopten los Consejos de Asociación o los Consejos de Estabilización y Asociación.

Finalmente, los convenios bilaterales y multilaterales han sido la vía tradicionalmente utilizada para solventar los déficits de protección de Seguridad Social resultantes de la movilidad transnacional a o desde España y se aplicarán siempre que constituya una norma más beneficiosa que las normas comunitarias.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso-Olea García, B.: *Trabajador expatriado y Seguridad Social*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- Álvarez Cortés, J. C.: "Un supuesto de extraterritorialidad del Derecho de la Seguridad Social: la protección de los trabajadores comunitarios destacados por sus empresas en otro Estado de la Unión Europea", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1999.
- Álvarez Cortés, J. C.: "Las relaciones exteriores comunitarias y sus efectos respecto de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000.
- Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.
- De Juan Juan, A.: "Expatriados europeos: la imparable transnacionalización de las condiciones de trabajo en la Unión Europea. El caso del desarrollo de la Directiva 96/71 en España", *Revista Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000.
- De la Casa Quesada, S.: "Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España. Especial referencia a la protección por desempleo" en Correa Carrasco, M. (coord.): *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, MTAS, Madrid, 2005.
- Fernández Fernández, R.: "La protección social comunitaria de los trabajadores por cuenta propia desplazados dentro de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "El campo de aplicación del Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.
- García De Cortázar Y Nebreda, C.: "Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas", *La Mutua*, núm. 3, 2000.
- García-Perrote Escartín, I.: "Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Obligaciones impuestas a los empresarios por la Ley 45/1999, de 29 noviembre", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 17, 2005.
- García Viña, J.: "Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.
- Gómez Abelleira, F. J., y Quintero Lima, M. G.: "La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2004.
- Gonzalo González, B.: *Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1995.

- Gutiérrez-Solar Calvo, B.: "Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2000.
- Hedemann-Robinson, M.: "An Overview of Recent Legal Developments at Community Level in Relation to Third Country Nationals Resident Within the European Union, with Particular Reference to the Case Law of the European Court of Justice", *Common Market Law Review*, vol. 38, num. 3, 2001.
- Maretti, S.: "Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi", *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, núm. 221, 2000.
- Matorras Díaz-Caneja, A. y Sánchez Cervera, J. M.: "Aspectos jurídicos-laborales" en Matorras Díaz-Caneja, A. (dir.): *La expatriación de trabajadores*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- Pochet P. (dir.): *Bilan social de l'union européenne 1999-2019: une route longue et sinueuse*, Institut syndical européen (ETUI) et Observatoire social européen (OSE), Bruxelles, 2020.
- Prétot, X.: "Le travailleurs detaches et expatries et la Sécurité sociale", *Droit Social*, núm. 12, 1991.
- Ríos Salmerón, B. (dir.): *La Seguridad Social internacional: los convenios bilaterales y el Derecho Comunitario*, CDJ/CGPJ, Madrid, 1994.
- 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.
- Sempere Navarro, A. V.: "Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 1997.
- Vives Caballero, M.: "Seguridad social y constitución europea: presente y futuro", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 2005.