



El desplazamiento transnacional de larga duración: ¿cómo afecta a las pensiones futuras de los trabajadores?*

LONG-TERM TRANSNATIONAL POSTING: HOW DOES IT AFFECT WORKERS' FUTURE PENSIONS?

Mireia Llobera

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Valencia

Experta del Consejo de Mediación de la Autoridad Laboral Europea

mireia.llobera@uv.es  0000-0002-2803-1998

Recibido: 25.10.2022 | Aceptado: 10.11.2022

RESUMEN

Conforme a las normas de coordinación comunitarias, los trabajadores desplazados podrán mantener las cotizaciones durante un cierto tiempo en su país de origen. Sin embargo, en el momento en que éstos superen el periodo máximo general de veinticuatro meses permitido por el artículo 12 del Reglamento 883/2004; o el específico acordado en virtud artículo 16 del Reglamento 883/2004, quedarán sometidos a la normativa de destino, y por ende deberán realizar sus cotizaciones en el extranjero. En este caso, el trabajador desplazado, a efectos laborales, se convertirá en trabajador migrante, a efectos de Seguridad Social. En este punto, el trabajador destacado de larga duración comparte con el trabajador migrante idénticos problemas, pues el trabajador desplazado, a pesar de que en el orden laboral no pueda considerarse como tal, también habrá fraccionado su carrera de seguro. En este supuesto, como el trabajador desplazado habrá estado asegurado en varios Estados miembros, cada uno de los Estados asumirá una parte de su pensión, teniendo en cuenta también las cotizaciones hechas en el otro país para determinar su cuantía, haciendo uso de dos técnicas para su cómputo: la de la totalización de los períodos y la del prorrateo de las prestaciones. Sin embargo, ni la aplicación de estas técnicas ni, sobre todo, la base reguladora utilizada para determinar la cuantía su pensión, resultan siempre ventajosa para estos trabajadores, atendiendo al estado actual del Derecho de la Unión, y a su aplicación en España.

PALABRAS CLAVE

Desplazamiento de
trabajadores
Pensiones
Seguridad Social
Derecho de la Unión
Carrera de seguro

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de Investigación DER2017-83040-C4-2-R, con el título «El desplazamiento de trabajadores» financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ABSTRACT

In accordance with EU coordination rules, posted workers will be able to maintain contributions for a certain time in their country of origin. However, when these exceed the general maximum period of twenty-four months allowed by article 12 of Regulation 883/2004; or the specific one agreed under article 16 of Regulation 883/2004, they must make their contributions abroad. In this case, the posted worker, will become a migrant worker, for Social Security purposes. At this point, the long-term posted worker shares the same problems with the migrant worker, since the posted worker, despite not being considered as such in the labor order, will also have split his insurance career. In this case, as the posted worker will have been insured in several Member States, each one of the States will assume a part of his pension, also taking into account the contributions made in the other country to determine its amount, using two techniques to its computation: that of the totalization of the periods and that of the apportionment of benefits. However, neither the application of these techniques nor, above all, the regulatory base used to determine the amount of their pension, are always advantageous for these workers, taking into account the current state of Union law, and its application in Spain.

KEYWORDS

Posting of workers
Pensions
Social Security
Union Law
Insurance career

SUMARIO

- I. LOS DESPLAZAMIENTOS “TEMPORALES” PROLONGADOS
 - II. ¿EXISTE UNA DURACIÓN MÁXIMA DEL DESPLAZAMIENTO?: EL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO 883/2004
 - III. LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS DE LARGA DURACIÓN: TRABAJADORES “MIGRANTES” A EFECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL
 - A. El mantenimiento de los derechos adquiridos y en curso de adquisición
 - B. La aplicación de las bases remotas
 1. *Los problemas históricos de las pensiones “migrantiles”*
 2. *Cálculo actual de las pensiones migrantiles de los trabajadores desplazados*
 - C. Los vacíos de cotización española o “lagunas de cotización”
 - D. La aplicación de los convenios bilaterales entre Estados de la Unión
 - E. La doctrina *Gottardo*: aplicación de los convenios bilaterales con terceros Estados a todo nacional comunitario
 - IV. AFILIACIÓN VOLUNTARIA: SUSCRIPCIÓN DE CONVENIO ESPECIAL POR PARTE DE TRABAJADORES DESPLAZADOS
 - V. A MODO DE CONCLUSIÓN
- Bibliografía

I. LOS DESPLAZAMIENTOS “TEMPORALES” PROLONGADOS

La falta de límites temporales preestablecidos en el desplazamiento intracomunitario de trabajadores es una particularidad normativa de la Directiva 96/71/CE que la doctrina ha atribuido a la influencia del artículo 56 TFUE¹, cuya configuración jurídica

1. Casas Baamonde, M. E.: “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”, en Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S. (dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, p. 7: “A diferencia de lo que

sujeta el desplazamiento a “la duración de la prestación empresarial principal”². Aunque también es así desde los presupuestos de la libre circulación de trabajadores, pues el artículo 16 del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social³ permite ampliar el periodo de desplazamiento según las necesidades empresariales, poniéndose de nuevo de manifiesto la raigambre común, en cuanto a fines y *modus operandi*, de los dos instrumentos comunitarios que en el derecho derivado regulan en la actualidad el desplazamiento de trabajadores⁴.

Esta es una cuestión particularmente desconcertante para el iuslaboralista⁵, pues supone una quiebra conceptual respecto de la noción laboral de desplazamiento contenida en el ordenamiento español, donde la superación del arco temporal del año convierte el desplazamiento en un traslado, con independencia de que la actividad desarrollada por el empresario tenga carácter permanente o temporal –en atención a la incidencia que la prolongación del desplazamiento puede tener en la vida personal y familiar del trabajador–. Tal mercantilización del elemento temporal, sin embargo, no resulta ajeno a nuestro sistema de ordenación jurídico-laboral de la contrata de servicios. Especialmente, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia española durante décadas condicionó el régimen laboral del contrato por obra y servicio a la pervivencia del vínculo contractual entre empresarios, “en la que se sustituyó la óptica de la objetividad (la naturaleza del servicio prestado por el trabajador) por la subjetiva del empleador contratista”, cuestión que fue ampliamente contestada por la doctrina, hasta que el Tribunal Supremo revirtió dicha tendencia. Así, Agís Dasilva cuestionaba que la existencia de un contrato de servicios pudiera ser considerado como una necesidad estructuralmente temporal, especialmente en aquellos casos en los que “la actividad normal de la empresa contratista siempre se articula precisamente a través de contratas”⁶, y cuyo análisis es posible hacer extensivo a los supuestos de subcontratación transnacional recogidos en la letra a) del apartado 3º del artículo 1 de la Directiva 96/71/CE.

Cabe señalar que, previamente a la transposición de la Directiva 96/71/CE por parte de la Ley 45/1999⁷, los tribunales españoles en ocasiones aplicaban las condiciones la-

ocurre con el Reglamento 1408/71, en el ámbito de la Directiva 96/71/CE la determinación de los límites temporales atiende a la propia naturaleza del concepto comunitario de la prestación de servicios, que a consideraciones de orden laboral, debido «a su asidero exclusivo en los artículos 47.2 y 55 TCE, (...)», lo que supone, de partida, que la Directiva 96/71/CE no pueda considerarse una norma social”.

2. Casas Baamonde, M. E.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 32.

3. 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, D.O. nº L 166 de 30.4.2004, p. 1, (en adelante el Reglamento 883/2004).

4. Sobre el carácter instrumental del Reglamentos 1408/71 *vid.* López Gandía, J.: “La Directiva comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho español”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 43-44, 1988, p. 154 y ss.

5. *Vid.* Carabelli, U.: “Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, núm. 1, 2007, pp. 44 y ss.

6. Agís Dasilva, M.: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 129-145.

7. Ley 45/1999, de 29 noviembre, relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional se refiere a “un periodo limitado de tiempo” (art. 2.1.1º), salvo en el caso de ETT, en el que la

borales imperativas españolas a trabajadores desplazados a nuestro país en atención a la prolongada duración de su desplazamiento o a la naturaleza permanente de las actividades desarrolladas por éstos, impidiendo en cierta medida la perpetuación de condiciones de trabajo inferiores a las nacionales⁸. De modo que el desplazamiento temporal podía adquirir las notas de permanencia que la doctrina clásica considera como presupuesto fáctico de la aplicación del orden público laboral⁹. Cuando el trabajo en el país de destino dejaba de ser “transitorio” podía exigirse a los operadores externos el cumplimiento de las normas imperativas de carácter internacional, entre ellas las normas reguladoras del despido¹⁰, que como es sabido, no quedaron posteriormente incorporadas en el “núcleo duro” de protección mínima de la Ley 45/1999. Se establece así la frontera entre la habitualidad y la temporalidad, por considerar que pese a que ambas nociones indican una continuidad, la primera se estructura desde “una perspectiva plural de reiteración o repetición de actos (un tiempo en expansión)”, mientras que la segunda evoca sólo “una idea singular de permanencia contingente (un tiempo en depresión)”¹¹. La fijación de dicha frontera conceptual permitía así diferenciar cuándo un trabajador realiza habitualmente su trabajo en otro país, dando por sentado que la diferencia no podía depender del tenor de la orden empresarial de traslado, a riesgo de que el empresario determinase unilateralmente las condiciones de trabajo.

En contraste, la Directiva 96/71/CE conceptúa como temporales los desplazamientos de trabajadores regulados en su seno, queriendo expresar que su duración será la de la obra o servicio, en el sentido anticipado por el Tribunal en *Rush Portuguesa* cuando autorizó a las empresas que lleven a cabo prestaciones de servicios en otro Estado miembro a desplazar su propio personal “por el tiempo que duren las obras de que se trata”¹². Para establecer los elementos de la noción de temporalidad que

duración está sujeta a lo previsto en el contrato de puesta a disposición de acuerdo con la legislación aplicable. *Vid.* sobre las condiciones sobre este particular Menéndez Sebastián, P.: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 153-154; y Rabanal Carbajo, P. F.: “Trabajadores nacionales españoles desplazados temporalmente y legislación aplicable”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2003, pp. 302 y ss.

8. *Vid.* STS de 10 diciembre 1990, Recurso de casación por infracción de ley núm. 250/90; STSJ Madrid de 11 de junio de 1999, recurso de suplicación núm. 2149/1999; STSJ Madrid de 3 de junio de 1999, Recurso de suplicación núm. 6086/1999. Esta interpretación se realiza a partir de los términos del Convenio de Roma relativo a la Ley aplicable a las condiciones contractuales (BOE 19 julio 1993) en el que la idea de temporalidad que se asocia a la actividad desarrollada en país de acogida se encuentra ligada necesariamente al de la habitualidad en el país de origen. Recuérdese, en todo caso, que en el Preámbulo de la Directiva 96/71/CE se pone de manifiesto que en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, el Convenio de Roma “no afectará a las disposiciones que, en materias particulares, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o vayan a estar contenidas en actos que emanen de las instituciones de las Comunidades Europeas o en legislaciones nacionales armonizadas en virtud de dichos actos”, reproduciendo, aunque no lo cite, lo dispuesto en el artículo 20 del propio Convenio.

9. Sobre este concepto *vid.* Guardans i Cambó, I.: *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero, de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Aranzadi, Pamplona, 1992. Es interesante también la clasificación realizada por Matorras Díaz-Caneja, A.: “La protección del trabajador desplazado en la Unión Europea”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 49, 2000, pp. 120 y ss., entre desplazamientos episódicos y de corta duración, reiterados o habituales y de corta duración y de larga duración.

10. STS de 10 de diciembre de 1990, recurso de casación por infracción de ley núm. 250/90, [fundamento jurídico 5º].

11. STSJ de Madrid de 3 de junio de 1999, recurso de suplicación núm. 6086/1999 [fundamento jurídico 2º].

12. STJUE de 27 de marzo de 1990 (asunto *Rush Portuguesa*, C-113/89) [fallo].

maneja la Directiva 96/71/CE es necesario, por tanto, acudir a la noción comunitaria de “servicio”, definido por el TJUE del siguiente modo:

“El concepto de “servicio” en el sentido del Tratado puede abarcar servicios de muy distinta naturaleza, incluidos los servicios cuya prestación se efectúa durante un período prolongado, incluso de varios años, por ejemplo, cuando se trata de servicios prestados en el marco de la construcción de un gran edificio [...]. En efecto, ninguna disposición del Tratado permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio en otro Estado miembro no puede considerarse ya una prestación de servicios en el sentido del Tratado”¹³.

La temporalidad resulta así ingénita a la noción comunitaria de desplazamiento con independencia de su duración, pues mientras se contemple el retorno al país de origen, tal desplazamiento no adquiere nunca notas de permanencia¹⁴. Esta característica, que distingue al desplazamiento de la expatriación, ha sido definida en algunos círculos doctrinales como “componente psicológico” del concepto de desplazamiento¹⁵. En efecto, la noción de lo temporal se vislumbra como contraria a lo indefinido, pues existe una expectativa de retorno, aunque el desplazamiento pueda prolongarse considerablemente en el tiempo, incluso más que una expatriación¹⁶, ya que la temporalidad no se determina “en función de su duración sino de su durabilidad prevista o real”¹⁷.

Una circunstancia que deja entrever otra razón del atractivo económico de dicha mano de obra subcontratada, y la difícil justificación de diferencias en las condiciones de trabajo de los desplazados, respecto de los trabajadores locales, en casos de desplazamientos temporales de varios años. La práctica administrativa, contenida en los acuerdos de España con ciertos Estados Miembros en materia de Seguridad Social, sobre la duración máxima permitida de los desplazamientos de trabajadores españoles (a partir de la cual exigirán la cotización a sus respectivos sistemas nacionales

13. STJUE de 11 de diciembre de 2003 (C-215/01, *Schnitzer*), párrafos 30 a 33. La Comisión insiste en la posibilidad de tal duración prolongada en relación a los trabajadores desplazados en “Comisión Staff Working Document – Commission’s services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, SEC (2006) 439/1, de 4-4-2006 [p. 15].

14. Tal noción de temporalidad también se incluye en la Directiva 123/2006 Marco de Servicios (considerando 77) así como en el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), D.O. nº L 177 de 4-7-2008, p. 6, (considerando 36 y apartado 2 del artículo 8).

15. Coursier, P.: *Le conflit de lois en matière de contrat de travail: étude en droit international privé français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993, p. 103. Para un análisis sobre las primeras normas que recogieron la distinción entre el desplazamiento temporal y la expatriación en el derecho comparado *vid.* Morgenstern, F.: *International conflicts of labour law: a survey of the law applicable to the international employment relation*, International Labour Office, Genève, 1986, pp. 27 y ss.

16. La doctrina distingue así el “desplazamiento” de la “expatriación”, que recoge los supuestos de duración especialmente prolongada en el tiempo y en los que el vínculo laboral con el empresario de origen tiende a diluirse, *vid.* Courtine, B. y Meynot, F.: “La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail: la rémunération du salarié détache ou expatrié”, *Droit Social*, núm. 11, 1991, pp. 854-855.

17. Jiménez Sánchez, J. J.: “Marcos de las relaciones laborales en las empresas multinacionales”, en Jiménez Sánchez, J. J. (dir.): *Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones sociales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 20.

de Seguridad Social) varía en torno a las duraciones siguientes: 8 años en Alemania y Francia, 7 años en Luxemburgo y 5 años en Bélgica, Dinamarca, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia y Reino Unido¹⁸. De modo que los beneficios que la aplicación de la ley de origen puede reportar en materia de Seguridad Social –ya que permite mantener las cotizaciones en el propio país– pueden convertirse en perjuicios en el ámbito laboral, si la continuidad del estatuto contractual de origen implica una protección inferior a la conferida por las leyes del país de destino.

Los límites temporales en los supuestos recogidos por la letra a) del apartado 3º del artículo 1 de la Directiva 96/71/CE no podrán ser, por tanto, de orden cuantitativo, sino de naturaleza cualitativa, en atención a la naturaleza temporal o permanente de las actividades desarrolladas en el país de destino por el prestador de servicios. Lo que nos aproxima a la distinción elaborada por el Tribunal Supremo español que, como adelantábamos, también parte de una valoración cualitativa¹⁹. La diferencia entre ambas jurisdicciones radica en que en la categoría comunitaria la actividad del trabajador queda subsumida en la de su empresario, que pasa a un primer plano de calificación jurídica. Así, la valoración de la temporalidad se sitúa en el plano de la actividad empresarial, de modo que el acceso temporal o permanente al mercado de sus empresarios será el factor que determine el carácter temporal del desplazamiento del trabajador, así como su régimen jurídico laboral diferenciado. En cambio, en la jurisprudencia española la aplicación de las normas imperativas internacionales no se sujeta a una evaluación sobre el carácter permanente o temporal del acceso al mercado de su empleador, sino a la naturaleza temporal o permanente de las actividades desarrolladas por el propio trabajador.

II. ¿EXISTE UNA DURACIÓN MÁXIMA DEL DESPLAZAMIENTO?: EL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO 883/2004

La Ley 45/1999, tras su reforma por el del Real Decreto-ley 7/2021, ahora ofrece una protección reforzada para los desplazamientos de larga duración, a resultas de la trasposición del artículo 3.1.bis de la Directiva (UE) 2018/957²⁰. En estos casos, los

18. Datos aportados por García de Cortázar y Nebreda, C.: “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas”, *La Mutua*, núm. 3, 2000, pp. 6-27.

19. Para nuestra doctrina judicial resulta más correcto traducir el término carácter temporal por carácter transitorio y por lo tanto entender que la temporalidad simplemente establece que “una novación ubicativa provisional no afecta jurídicamente a la situación ubicativa habitual”, distinguiendo así “entre un «traslado» que cambia el lugar de prestación habitual del servicio y un mero «desplazamiento» que al acompañarse de una idea de «regreso próximo» no lo hace. La distinción no dependería de una mera noción cuantitativa (6 meses, 1 año, etc.) sino de un matiz cualitativo” pues el desplazamiento atiende, en exclusividad, a la mera estancia o ubicación física de un determinado espacio, “mientras el traslado se relaciona con la noción de residencia que supone un acto volitivo, que busca un espacio como sede o centro jurídico –aquí de la prestación de trabajo– lo que se exterioriza en el plus locativo de la habitualidad”, STSJ de Madrid de 3 de junio de 1999, recurso de suplicación núm. 6086/1999 [fundamento jurídico 2º].

20. *Vid.* al respecto, Carrascosa Bermejo, D. y Contreras Hernández, Ó.: *Posted Workers from and to Spain: Facts and figures*, HIVA-Instituto de Investigación para el Trabajo y la Sociedad, Leuven (Bélgica), 2022; Carrascosa Bermejo, D.: “Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas”, *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 37-70; Contreras Hernández, Ó.: *Desplazamiento de traba-*

empresarios, además de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 3.1 de la Ley 45/1999, deberán garantizar a los trabajadores desplazados el resto de condiciones de trabajo previstas en la legislación española, pero no existe, por tanto, una limitación de la duración del desplazamiento en esta norma.

Concretamente, esta cuasi paridad de trato se establece para aquellos desplazamientos superiores a 12 meses, o incluso de desplazamientos de hasta 18 meses, en caso de notificación motivada de la necesidad de una prórroga adicional. Además, se exceptúan las siguientes condiciones de trabajo y empleo, que no serán aplicables a los trabajadores desplazados de larga duración: (a) los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de extinción del contrato de trabajo, con inclusión de las cláusulas de no competencia; y (b) los regímenes complementarios de jubilación.

En cambio, en el ámbito de la Seguridad Social, el artículo 12 Reglamento 883/2004 establece que el trabajador desplazado seguirá sujeto a la *lex originis* "a condición de que la duración previsible de dicho trabajo *no exceda de veinticuatro meses*"²¹. El Reglamento 883/2004 eliminó, por tanto, la intervención administrativa tras el primer año, que establecía el artículo 14 del Reglamento 1408/71, exigiendo la concurrencia de "circunstancias imprevisibles" para la prolongación del desplazamiento durante doce meses más, al que la doctrina se había referido como "una entelequia, una previsión puramente formal, que no responde en algunos casos, a la realidad posterior, dado que ya se conoce *ab initio* que el desplazamiento va a extenderse más de doce meses"²². Dicha simplificación en el Reglamento 883/2004 fue coherente con la práctica administrativa de los Estados, que suele exceder considerablemente dicho límite anual. En efecto, la temporalidad de los desplazamientos se ha flexibilizado enormemente, y dentro de los cauces permitidos por el artículo 16 del Reglamento 883/2004, se autorizan periodos de desplazamiento que pueden superar los cinco años.

Así pues, la regulación contenida en el 12.1 del Reglamento 883/2004 no constituye la única excepción a la *lex loci laboris* en este ámbito. En efecto, una derogación de ma-

trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes, Bomarzo, Albacete, 2020; Gárate Castro, F.J.: "Desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional: análisis y propuestas en orden a la transposición al Derecho español de las modificaciones realizadas por la Directiva (UE) 2018/957 en los artículos 1 y 3", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 383-404; Pérez Guerrero, M. L. y Quintero Lima, M. G. (dirs.): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, Laborum, Murcia, 2020; Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional", *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 17-48; Velázquez Fernández, M.: "Los desplazamientos transnacionales de las personas trabajadoras: novedades y desafíos de la transposición de la Directiva 2018/957/UE al ordenamiento jurídico español", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 461-462, 2021, pp. 73-97.

21. Según refiere Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 285 y ss., en el ámbito de los convenios bilaterales los periodos de desplazamiento oscilan entre dos y cinco años, conteniéndose en varios convenios bilaterales también la exigencia de que el trabajador no sea enviado para sustituir a otra persona.

22. García de Cortázar y Nebreda, C.: "Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas", ob. cit., p. 12. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La coordinación de sistemas de Seguridad Social y el derecho de libre circulación: del Reglamento 3/58 al Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 23-40.

yor alcance a esta regla general se contempla el artículo 16 del Reglamento 883/2004, en el que se dispone que “dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas categorías de personas o de determinadas personas, excepciones a las disposiciones de los artículos 11 a 15”.

El artículo 16 del Reglamento 883/2004 está siendo, por tanto, el mecanismo utilizado para dotar de cobertura jurídica a las situaciones de desplazamiento que no están cubiertas por el apartado 1º del artículo 14. Ciertamente, determinadas actividades empresariales pueden requerir desplazamientos de duración superior a dos años, de modo que estas situaciones difícilmente encajarán con la rigidez del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, que sólo prevé 24 meses.

En todo caso, el artículo 16 tiene carácter potestativo, y su efectividad dependerá del uso que del mismo quieran hacer los Estados. Ciertamente, la cooperación entre los Estados Miembros ha sido fructífera y, sin que se haya establecido expresamente una duración máxima a los desplazamientos, se ha extendido considerablemente la duración posible de los desplazamientos de trabajadores, y, por lo tanto, del periodo durante el cual pueden permanecer sujetos a su legislación de origen. Así, el criterio general aplicado por las instituciones españolas desde hace años es el de no superar, sin justificación, el límite de siete años. Concretamente, en la Nota del Reino de España a la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes en relación a la aplicación del antiguo artículo 17 del Reglamento 1408/71 (CA.SS.TM. 58/87) se establecía como criterio general, a fin de que éste sea transmitido a los organismos e instituciones competentes de cada uno de los Estados, que “los periodos de excepción de aplicación a la legislación española concedidas sobre la base del artículo 17 del Reglamento 1408/71 no serán superiores a 5 años, sumados a los que se establecen en el párrafo 1º del artículo 14 del citado Reglamento”, aunque en relación a los trabajadores desplazados mayores de 60 años se admite la posibilidad de nuevos periodos de prórroga habida cuenta su proximidad a la edad de jubilación, una vez agotado dicho periodo.

Desde hace décadas la practica administrativa en los acuerdos de España con ciertos Estados Miembros respecto de la duración máxima de los desplazamientos de trabajadores en su territorio, y a partir de la cual exigirán la cotización a sus respectivos sistemas nacionales de Seguridad Social, varía en torno a las duraciones siguientes: 8 años en Alemania y Francia; 7 años en Luxemburgo, 5 años en Bélgica, Dinamarca, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia y Reino Unido; mientras que en Portugal dicho periodo máximo se configura de “modo flexible”²³. Los acuerdos suscritos bajo el amparo del artículo 17 del Reglamento 1408/71 en este caso adoptan la forma de acuerdos de aplicación general, aunque también pueden establecerse acuerdos específicos para determinados colectivos o empresas²⁴.

23. *Ibid.*

24. Desdentado Bonete, A.: “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pp. 27-28.

Precisamente, en relación a los acuerdos sectoriales o a determinadas empresa transnacionales²⁵, la Recomendación de la Comisión Administrativa sobre la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes núm. 16 relativa a la conclusión de acuerdos en aplicación del artículo 17 del Reglamento (CEE) nº 1408/71²⁶, aún vigente, insta a los Estados a la suscripción de tales acuerdos a fin de garantizar que los trabajadores puedan continuar cotizando en sus países de origen durante todo el periodo de desplazamiento, con independencia de la duración de éste. En particular, la Comisión Administrativa recomienda a las autoridades competentes de los Estados miembros que establezcan acuerdos con objeto de aplicarlos a trabajadores que han sido desplazados debido a su alta cualificación o por el “carácter especial de los objetivos de la empresa o de la organización que los ocupe”, a los que en todo caso debe permitírseles “elegir entre continuar sometidos a la legislación del país en donde habitualmente trabajan, o en su caso, a la del país al que han sido destacados”²⁷. Por lo que finalmente se recomienda el mantenimiento de la legislación de su país de origen “siempre que los trabajadores afectados estén de acuerdo con tal continuidad”²⁸. En uso de esta posibilidad España ha celebrado acuerdos con Alemania, Dinamarca, Irlanda, Portugal y Reino Unido en relación con los trabajadores de los medios de comunicación, y con Alemania, Austria, Dinamarca, Irlanda y Portugal para los trabajadores de líneas aéreas²⁹.

En este sentido, mientras que las disposiciones referentes al desplazamiento contenidas en el apartado 1 del artículo 12 está sometida a limitaciones considerables, el artículo 16 ofrece una gran flexibilidad, puesto que permite la derogación del principio de la *lex loci laboris* “para situaciones que requieran una solución distinta a la ofrecida por los artículos 13 a 16, por lo que los Estados miembros podrán decidir de un común acuerdo la derogación de los mismos, correspondiendo a éstos identificar aquellas situaciones y de determinar la legislación aplicable en cada caso, a condición de que este acuerdo sea en beneficio de determinados trabajadores”³⁰. Efectivamente, el Tribunal de Justicia en la sentencia *Brusse* estableció que esta disposición no impone requisito alguno de orden causal, por lo que los Estados disfrutan de un amplio margen de apreciación, sometido a la única condición del beneficio del trabajador³¹. Así, apoyándose en los criterios ya establecidos por la sentencia *Kuijpers*³², el Tribunal

25. Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, ob. cit., p. 287 y ss., señala que en la mayor parte de los convenios bilaterales se establece también la posibilidad de excepcionar la *lex loci laboris* más allá de las condiciones previstas en el propio convenio en interés de ciertos trabajadores o grupos de trabajadores.

26. Recommendation No 16 of 12 December 1984 concerning the conclusion of Agreements pursuant to Article 17 of Council Regulation (EEC) No 1408/71, D.O. nº C 273 de 24.10.1985, p. 3.

27. *Ibid.*, p. 3, traducción propia.

28. *Vid.* en relación a la citada Recomendación nº 16 de la Comisión Administrativa, Herrero Coco, C.: “La protección social de los trabajadores desplazados”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 158, 1998, p. 27.

29. García de Cortázar y Nebreda, C.: “Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas”, ob. cit., p. 15.

30. STJCE del 17 de mayo de 1984, (asunto 101/83, *Brusse*), [parágrafo 16], traducción propia.

31. STJCE del 17 de mayo de 1984, (asunto 101/83, *Brusse*), [parágrafo 25].

32. STJCE de 23 de septiembre de 1982, (asunto 276/81, *Kuijpers*).

reitera la importancia del principio de unicidad, insistiendo en que la finalidad de las disposiciones del Título II del Reglamento 1408/71, relativo a la determinación de la legislación aplicable, consiste en asegurar que las personas que se desplazan en el interior de la Comunidad estén sujetas a la legislación de un solo país, “a fin de evitar las complicaciones que pueden resultar de esa situación”³³; y precisamente con esta finalidad, el Reglamento establece el principio general de sujeción a la legislación del estado miembro en cuyo territorio se esté empleado. Pues bien, el Tribunal considera que en determinadas situaciones la aplicación indiscriminada de la *lex loci laboris*, en lugar de prevenir, “puede generar mayores complicaciones a trabajadores, empresas y organismos competentes, e implicar demoras en la resolución de los expedientes de desplazamiento, lo que a su vez supondría un obstáculo a la libertad de circulación”; y, por lo tanto, declara que dos Estados Miembros pueden concluir acuerdos que supongan una derogación de los artículos 13 a 16 del Reglamento, siempre que éstos beneficien al trabajador. En particular, el supuesto concreto analizado en *Brusse* ejemplifica bien esta circunstancia, pues viene referido a un trabajador holandés que prestaba servicios en el Reino Unido desde 1964 a 1977 y que nunca había cotizado en dicho país, sino que continuaba realizando cotizaciones, de naturaleza voluntaria, al sistema de Seguridad Social de los Países Bajos. A pesar de la prolongada duración de dicha situación irregular, los países implicados –Reino Unido y los Países Bajos– acuerdan, con efectos retroactivos, mantener la legislación del país origen como aplicable durante todo dicho periodo, sancionando el Tribunal positivamente dicho acuerdo, considerando éste ajustado a derecho en beneficio de la protección del trabajador³⁴.

En cuanto a los requisitos de orden temporal, tanto en *Brusse*, como posteriormente en la sentencia *Van Gestel*³⁵, el Tribunal declara que la *ratio* del artículo 17 (actual artículo 16) justifica la necesidad de afectar periodos de seguro de modo retroactivo, especialmente si esto es necesario para evitarle perjuicios a la persona trabajadora. Así, como regla particular destinada a solucionar las dificultades inherentes a situaciones no específicamente consideradas por los artículos 13 a 16, el artículo 17 puede utilizarse no solamente para evitar que una situación determinada se produzca, sino también para remediar una situación existente que después de producirse resulta inadecuada o perjudicial para el trabajador. En este contexto, el Tribunal subraya que, “teniendo en cuenta que requiere bastante tiempo para que dos o más Estados miembros se pongan de acuerdo sobre la oportunidad de una derogación a los artículos 13 a 16, el artículo 17 perdería gran parte de su significado si dichos acuerdos tuvieran validez solamente para el futuro”³⁶.

Por último, respecto de las cuestiones de carácter procedimental, el artículo 16 ha sido desarrollado por el artículo 18 del Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las

33. *Ibid.*, párrafo 14.

34. STJCE del 17 de mayo de 1984 (asunto 101/83, *Brusse*) [fallo].

35. STJCE de 29 de junio de 1995 (asunto C-454/93, *Van Gestel*).

36. STJCE del 17 de mayo de 1984 (asunto 101/83, *Brusse*) [párrafo 20]; STJCE de 29 de junio de 1995 (asunto C-454/93, *Van Gestel*) [párrafo 29].

normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social³⁷ (en adelante el Reglamento 987/2009) en el que se dispone que el empleador o el trabajador presentarán una solicitud de excepciones a los artículos 11 a 15 del Reglamento de base, siempre que sea posible con antelación, a la autoridad competente del Estado miembro a cuya legislación solicite acogerse el trabajador o interesado o al organismo designado por dicha autoridad; de modo que la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro cuya legislación haya que seguir aplicándose, extenderá un certificado en el que se hará constar que el trabajador por cuenta ajena sigue sometido a dicha legislación, indicándose hasta qué fecha se mantiene la aplicación del artículo 16 del Reglamento.

III. LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS DE LARGA DURACIÓN: TRABAJADORES “MIGRANTES” A EFECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A. El mantenimiento de los derechos adquiridos y en curso de adquisición

Como hemos visto, los trabajadores desplazados podrán mantener las cotizaciones durante un cierto tiempo en su país de origen. Sin embargo, en el momento en que éstos superen el periodo máximo general de veinticuatro meses permitido por el artículo 12 del Reglamento 883/2004; o el específico acordado en virtud artículo 16 del Reglamento 883/2004, quedarán sometidos a la normativa de destino, y por ende deberán realizar sus cotizaciones en el extranjero. En este caso, el trabajador desplazado, a efectos laborales, se convertirá en trabajador migrante, a efectos de Seguridad Social.

De este modo, es factible que la legislación de Seguridad Social de aplicación sea la del país de acogida, mientras que la legislación laboral aplicable al contrato sea la del país de origen. Esto resulta así porque en el ámbito de la Seguridad Social no rige la libertad de las partes de elección de ley aplicable, como en el caso de la regulación de las condiciones de trabajo³⁸, lo que a su vez se debe al carácter imperativo de las normas nacionales e internacionales relativas a altas, encuadramiento y cotización³⁹.

En este sentido, es bien sabido que la concesión de numerosas prestaciones de Seguridad Social está supeditada al cumplimiento de períodos de empleo, de seguro o de residencia, de modo que el cambio de país puede irrogar perjuicios a los trabajadores y a los miembros de su familia en caso de que el interesado no hubiera cumplido, atendiendo a la legislación aplicable, el período de estancia o de trabajo necesario para tener derecho a las prestaciones; o bien, cuando se trate de prestaciones a largo

37. DO L 284 de 30.10.2009, p. 1/42.

38. *Vid.* Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), D.O. nº L 177 de 4-7-2008.

39. 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. 22, 1999, p. 440, señala que, pese a que las reglas de derecho de la Seguridad Social son de derecho público, a causa de su falta de uniformidad pueden surgir en la práctica conflictos de leyes.

plazo, no se hubieran cubierto, atendiendo a las diversas legislaciones sobre afiliación, los períodos exigidos o suficientes que le permitirían disfrutar, en total, de una pensión comparable a la que hubiera tenido, si hubiera pasado toda su vida laboral en un solo Estado. En efecto, a falta de mecanismos de protección social internacional o comunitaria, estas personas al cambiar de país de empleo se encontrarían con la obligación de cumplir un nuevo periodo de seguro para acceder a dichas prestaciones⁴⁰. De modo que, con la finalidad de evitar dichos perjuicios, el derecho de la Unión recurre a la coordinación de las legislaciones nacionales de Seguridad Social. Como se recordará, esta coordinación se encuentra articulada sobre la base de cuatro principios: el principio de igualdad de trato, el principio de unicidad de la legislación aplicable, el principio de la conservación de los derechos adquiridos por medio de la “exportación” de las prestaciones, y el principio de conservación de los derechos en curso de adquisición por medio de las técnicas de acumulación de los períodos de seguro, de trabajo o de residencia, y del prorrateo de las prestaciones⁴¹.

Sin embargo, en ocasiones, ni siquiera la aplicación de todos estos mecanismos permite evitar ciertos perjuicios prestacionales ocasionados por el desplazamiento a otro Estado. Por tanto, es necesario analizar si existe posibilidad de un menoscabo de prestaciones futuras ocasionado por una prolongación del desplazamiento en el marco de la Directiva 96/71/CE, que interrumpa la carrera de seguro del trabajador en el país de origen.

En este sentido, aunque el trabajador desplazado no se encuentre en el ámbito aplicativo del artículo 45 TFUE en lo que respecta a sus condiciones de trabajo, en materia de Seguridad Social, como ya se indicó, la situación jurídica de desplazamiento de larga duración sí se corresponde con la de la emigración típica.

Así, por ejemplo, el trabajador por cuenta ajena al servicio de una empresa con sede en España, que sea enviado por dicha empresa al territorio de algún país comunitario para realizar trabajos de carácter temporal, quedará sometido a la legislación

40. Vid. Herraiz Martín, M. S.: “Seguridad Social y libre circulación. Determinación de la legislación aplicable a los trabajadores interinos desplazados en otro Estado miembro. Comentario a la STJCE, de 10 febrero 2000”, *Revista del Ministerio del Trabajo y de Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, pp. 267 y ss.

41. Vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “El derecho social comunitario. Los reglamentos comunitarios”, en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 121-132; Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021; Pennings, F.: *European Social Security Law*, Intersentia, Antwerp (Bélgica), 2022; Cornelissen, R.: “Soixante ans de coordination européenne de la sécurité sociale: réalisations, controverses et défis” en Barbier, C. y Pochet, P. (Eds.): *Bilan social de l'union européenne 1999-2019: une route longue et sinueuse*, European Trade Union Institute, Bruxelles, 2019 pp. 153-177; Carrascosa Bermejo, D.: “Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgtos CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia (1)”, *Actum*, núm. 1, 2018, pp. 29-46; Carrascosa Bermejo, D.: “Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social” en García-Perrote Escartín, I. (coord.): *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pp. 533-582; Martín-Pozuelo López, Á.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; Maneiro Vázquez, Y. y Miranda Boto, J.M.: “La seguridad social de los trabajadores desplazados en el Reglamento (CE) nº 883/2004” en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, 2010, pp. 225-234; Miranda Boto, J. M.: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores: la perspectiva de Seguridad Social” en Gárate Castro, F. J. (coord.): *Desplazamientos transnacionales de trabajadores: Estudios sobre la Directiva 96/71/CE*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 267-276.

española y podrá continuar realizando cotizaciones en España durante el periodo legal o el acordado con el país de destino. En estos casos, sus prestaciones de Seguridad Social se calcularán de forma idéntica al de los nacionales de su país, esto es, como si su trabajo se hubiera realizado en España íntegramente. Sin embargo, una vez expirado los dos años de desplazamiento o el periodo establecido en el acuerdo suscrito en virtud del artículo 16 del Reglamento 883/2004, el trabajador deberá obligatoriamente cotizar al sistema de Seguridad Social del país de destino, bajo el régimen que las leyes locales determinen, no resultando de aplicación a partir de dicho momento la legislación de Seguridad Social española, de modo que no podrá cotizar en España.

En este supuesto, como el trabajador desplazado habrá estado asegurado en varios Estados miembros, cada uno de los Estados asumirá una parte de su pensión, teniendo en cuenta también las cotizaciones hechas en el otro país para determinar su cuantía, haciendo uso de dos técnicas para su cómputo: la de la totalización de los períodos y la del prorrateo de las prestaciones. Sin embargo, ni la aplicación de estas técnicas ni, sobre todo, la base reguladora utilizada para determinar la cuantía su pensión, resultan siempre ventajosa para estos trabajadores, atendiendo al estado actual del derecho de la Unión, y a su aplicación en España. En este punto, el trabajador destacado de larga duración comparte con el trabajador migrante idénticos problemas, pues el trabajador desplazado, a pesar de que en el orden laboral no pueda considerarse como tal, también habrá fraccionado su carrera de seguro. De esta manera, ambos resultarán acreedores de las “pensiones migrantiles”⁴².

B. La aplicación de las bases remotas

1. Los problemas históricos de las de las pensiones “migrantiles”

Una vez establecida la importancia del principio de conservación de los derechos en curso de adquisición en el derecho de la Unión (expectativas de derecho en el sistema español⁴³) que el Reglamento 883/2004 asume como uno de sus objetivos –cuando dispone que las normas de coordinación deben asegurar a los trabajadores que se desplazan en el interior de la Unión, a sus derechohabientes y a sus supervivientes, el mantenimiento de los derechos y beneficios adquiridos y en curso de adquisición–, es obligado señalar que la problemática de mayor calado en relación con las pensiones migrantiles españolas aplicables a los desplazados de larga duración, relativas a

42. Según terminología acuñada por Rojas Castro, M.: “Pérdida de derechos migrantiles por desconocimiento desde abajo y por discriminación desde arriba”, en AA.VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999, pp. 173-247.

43. En este estudio se utiliza la expresión “derechos adquiridos” o “en curso de adquisición” por ser ésta la terminología del Reglamento 1408/71, en el entendimiento de que en el ordenamiento español se trata una expectativa de derecho. Así, Fargas Fernández, J.: *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, describe el derecho de expectativa como “aquella situación previa a la adquisición de un derecho en la que se van cumpliendo sucesivamente los requisitos requeridos para acceder al mismo, de forma que, al acaecer cada uno de tales hechos requeridos, se avanza gradualmente hacia la adquisición del derecho”, [p. 172].

la jubilación e incapacidad permanente⁴⁴, radica en a la determinación de las bases reguladoras aplicables a la pensión cuando computamos periodos de seguro acreditados en otro país, que desde antaño han planteado numerosos problemas⁴⁵.

De ahí que expliquemos en este apartado los problemas históricos de las pensiones “migrantes” españolas, pues es necesario para exponer posteriormente la aplicación actual del Reglamento 883/2004 a las pensiones de los trabajadores desplazados de larga duración.

Pues bien, la opción del Reglamento 1408/71 –a partir de la introducción por parte del Reglamento 1248/92/CEE, de 30 de abril, del Anexo VI.D, apartado 4º en su articulado– fue la de la aplicación de las llamadas “bases remotas” a las pensiones migrantes españolas. En concreto en el apartado 4 del Anexo VI.D del Reglamento 1408/71 se disponía que:

“En aplicación del artículo 47 del Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. La cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe y revalorizaciones calculados para cada año posterior, para las pensiones de la misma naturaleza”⁴⁶.

Este criterio presenta serios inconvenientes por cuanto queda “congelada” la base reguladora en un momento muy lejano de su carrera de seguro, por lo que esta tiene un valor muy bajo, lo cual exige de una actualización que muy a menudo es insuficiente⁴⁷.

Ciertamente, hubiera sido más favorable para los migrantes españoles tomar las cotizaciones efectivamente realizadas en el país extranjero (tesis de las bases reales) cuando su importe es elevado (coincidiendo habitualmente con las bases máximas españolas); pero el legislador consideró que dicho criterio implicaba que la Seguridad Social asumiera un importe demasiado elevado en relación a las cantidades que se

44. Puesto que España no ha solicitado la inclusión de las pensiones de incapacidad permanente en el Anexo VI del Reglamento 883/2004, a la que habilita el artículo 44 de dicho Reglamento, una vez éste entre en vigor estas prestaciones pasarán a ser siempre objeto de regulación de conformidad con el capítulo quinto dedicado a las pensiones de vejez. Vid. Carrascosa Bermejo, D.: “Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de coordinación comunitaria: determinación de la cuantía teórica”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Migrantes y Derecho: Problemas Actuales de la Coordinación Comunitaria de las Prestaciones Sociales en España*, Laborum, Murcia, 2006, p. 96.

45. Vid. Carrascosa Bermejo, D.: “La base reguladora de la “cuantía teórica” de los trabajadores migrantes: el caso Grajera Rodríguez”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013, pp. 271-298; Carrascosa Bermejo, D.: “Seguridad Social de trabajadores migrantes” en García Murcia, J. y Castro Argüelles, M. A. (dirs.): *Contingencias y prestaciones de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Reus, Madrid, 2021, pp. 571-614; Martín-Pozuelo López, Á.: “La pensión de los migrantes europeos: un continuo foco de problemas para España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021; Camos Victoria, I.: “Determinación de la base reguladora y cálculo de la nueva prestación de jubilación con cotizaciones en distintos Estados miembros de la Unión Europea”, *Aranzadi social*, núm. 5, 1998, pp. 369-388; Luján Alcaraz, J.: “Determinación de la base reguladora y cálculo del importe de la pensión de invalidez (y jubilación) reconocida a emigrantes retornado”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 1996, pp. 2825-2836; Ojeda Avilés, A.: “El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2000, pp. 391-410.

46. Según redacción modificada por el Reglamento (CE) núm. 1223/98, de 4 de junio de 1998 (artículo 1.8.b).

47. Desdentado Bonete, A.: “Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 1997, pp. 15-33.

perciben en España, y sobre las que se cotiza, imponiendo al sistema español una carga excesiva⁴⁸.

La aplicación de las bases remotas, a la hora de calcular la prestación teórica española, fue revalidado posteriormente por el Tribunal de Justicia, en sus sentencias *Grajera Rodríguez*⁴⁹, *Lafuente Nieto*⁵⁰ y *Naranjo Arjona*⁵¹, en las que rechaza que los perjuicios causados a estos trabajadores, por el hecho de haber ejercido su derecho a la libre circulación, fuese incompatible con el artículo 45 TFUE⁵². Lo cual llevó al Tribunal Supremo en su Sentencia 9 de marzo de 1999⁵³, siendo Magistrado Ponente el Sr. Desdentado Bonete, a aplicar la tesis de las bases remotas a las pensiones migranti-les, pese a que en el texto de la Sentencia se introduce la siguiente cautela:

“De esta forma y con la excepción ya señalada el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea parece admitir que, si el sistema de revalorización previsto en el Anexo VI D, apartado 4º, no logra asegurar una actualización efectiva que permita al trabajador migrante acceder a una pensión en cuantía equivalente a la que hubiera obtenido de haber continuado ejerciendo su actividad en España, los órganos judiciales españoles podrían aplicar otro criterio de actualización”⁵⁴.

La doctrina criticó este pronunciamiento considerando que era imposible, con dicho procedimiento de cálculo, obtener una pensión equivalente a la que le correspondería al trabajador en el caso de no haber emigrado. De modo que una interpretación literal del apartado 4 del Anexo VI.D penalizaba a los trabajadores que se desplazan en el interior de la UE respecto a los trabajadores sedentarios que no hayan ejercido su derecho de libre circulación⁵⁵. Sin embargo, como hemos expuesto, en esta sentencia se admite expresamente la posibilidad de servirse de fórmulas alternativas de actualización, aunque en el caso concreto de la Sentencia no se apliquen por entender que los motivos de impugnación no se aportaron al tribunal, por parte del recurrente, tales criterios de actualización.

De hecho, el Voto Particular contenido en dicha sentencia 9 de marzo de 1999 postula que, ante la imposibilidad de que la regla establecida lleve al resultado final exigido por la doctrina del TJUE, la cuestión de la adecuación del apartado 4 del [Anexo VI.D](#) a los principios del Tratado “debe ser entendido como un juicio provisional y

48. Desdentado Bonete, A.: “El problema de la determinación de la base de la pensión española en los supuestos en que el cómputo comprende períodos de cotización que se han completado en otro país de la Unión Europea”, en AA.VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999, p. 100.

49. STJCE de 17 de diciembre de 1998 (asunto C-153/97, *Grajera Rodríguez*), parágrafo 20.

50. STJCE de 12 de septiembre de 1996 (asunto C-251/94, *Lafuente Nieto*), párrafos 41 y 42.

51. STJCE de 9 de octubre de 1997 (asuntos acumulados C-31/96, C-32/96 y C-33/96, *Naranjo Arjona*), párrafos 23 y 24.

52. En relación a esta jurisprudencia *vid.* Valdés Dal-Ré, F.: “The European Court of Justice and the Spanish Labour and Social Security Courts: two examples”, en Sciarra, S. (Ed.): *Labour law in the Courts: national judges and the European Court of Justice*, Hart, Oxford-Portland, 2001, pp. 260 y ss.

53. Ar. 2755.

54. Fundamento de derecho 4º, énfasis añadido.

55. Díaz Méndez, A.: “La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Grajera* o la jurisprudencia imposible”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2000, pp. 49-62.

no definitivo sobre la aplicabilidad del mismo, cuya apreciación se remite a los órganos jurisdiccionales españoles, sin perjuicio de la competencia de fijación de la jurisprudencia comunitaria que corresponde al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”⁵⁶.

2. Cálculo actual de las pensiones migrantes de los trabajadores desplazados

El Reglamento 883/2004 dio continuidad al Reglamento 1408/71 en lo que a la aplicación de las bases remotas se refiere, pero cerró la controversia en torno a su actualización, que ahora debe sujetarse a la evolución del índice de precios al consumo (IPC).

Así pues, el artículo 56.1 del Reglamento 883/2004 establece que si la legislación de un Estado miembro prevé (como en el caso de España) que el cálculo de las prestaciones se base en los ingresos, cotizaciones, bases de cotización, aumentos, retribuciones, otros importes o una combinación de más de uno de estos elementos (promedios, proporciones, a tanto alzado o acreditados), la institución competente, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el anexo XI para el Estado miembro de que se trate:

- a) determinará la base de cálculo de las prestaciones únicamente en virtud de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique,
- b) y utilizará, para la determinación del importe que haya de calcularse en concepto de los períodos de seguro y/o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de los otros Estados miembros, los mismos elementos determinados o acreditados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique.

Por su parte, el Anexo XI establece disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los estados miembros, y concretamente en el caso de España dispone que: “2. a) En aplicación del artículo 56, apartado 1, letra c), del presente Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser computados períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo”.

En consecuencia, el Reglamento 883/2004 se sirve del mismo índice de actualización que el 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 utiliza para actualizar las bases de cotización a los efectos del cálculo de las pensiones de jubilación e

56. Fundamento de derecho 3º del Voto Particular, parágrafo 5.

incapacidad permanente por enfermedad común⁵⁷. Como señala Lousada, “si bien la función de esta actualización es doble en el caso de ser trabajador migrante pues las cotizaciones así actualizadas se proyectan, por un lado, sobre los periodos en que se han realizado en el supuesto de que estos se encuentren dentro del arco temporal a tomar en consideración para el cálculo de la pensión, y, por otro lado, sobre los periodos en que se ha trabajado y/o residido en el extranjero a los efectos de cubrir esas lagunas”⁵⁸.

Nótese, en este sentido, que en el ámbito aplicativo de los convenios bilaterales la opción del legislador español en lo que concierne a la base reguladora aplicable resulta coincidente con los criterios del Reglamento 883/2004, que establece el principio de aplicación de las bases remotas. Efectivamente, éste es el método de cálculo de la pensión teórica española en gran parte de los convenios bilaterales suscritos por España, que aluden a un módulo regulador basado en las cotizaciones reales del asegurado en España durante los años que preceden inmediatamente al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, incrementadas con el importe de los aumentos, mejoras y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el hecho causante para las pensiones de la misma naturaleza. Singularmente, esto dispone con pocas variaciones en los convenios con Andorra⁵⁹, Argentina⁶⁰, Australia⁶¹, Brasil⁶², Canadá⁶³, Chile⁶⁴, Colombia⁶⁵, Marruecos⁶⁶, Méjico⁶⁷, Paraguay⁶⁸,

57. Artículos 58.2, 197.1 y 209.1 LGSS.

58. Lousada Arochena, F.: “Las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, pp. 191-220. *Vid.* también Gala Durán, C.: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores por parte de sus empresas fuera de la Unión Europea: Aspectos de Seguridad Social”, en Martínez-Gijón Machuca, M.A. (coord.): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, Laborum, Murcia, 2020, pp. 251-290.

59. Convenio de Seguridad Social entre el reino de España y el principado de Andorra de 9 de noviembre de 2001 (BOE núm. 290 de 4 de diciembre de 2002), [art. 24].

60. Convenio sobre Seguridad Social entre España y la República Argentina de 28 de enero de 1997 de 28 de enero de 1997 (BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2004 y BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2007), [art. 14].

61. Convenio de Seguridad Social entre España y Australia (BOE núm.303, de 19 diciembre 2002 [art. 15].

62. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y de la República Federativa del Brasil de 16 de mayo de 1991 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1996) [art. 21.2.a)]. modificado por el Convenio Complementario de Revisión de fecha 24 de julio de 2012, en vigor desde el 1 de marzo de 2018. (BOE de 16 de mayo de 2018). No obstante, desde el 19 de mayo de 2011, Brasil aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), por lo que, en virtud del artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

63. Convenio de Seguridad Social entre España y Canadá de 10 de noviembre de 1986 (BOE de 1 de diciembre de 1987), [art. 13.c)].

64. Convenio de Seguridad Social entre la República de Chile y el Estado Español (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1998) [art. 23]. No obstante, desde el 1 de septiembre de 2011, Chile aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), por lo que, en virtud del artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

65. Convenio de Seguridad Social entre España y Colombia (B.O.E. núm. 54 de 3 de marzo de 2008) [art. 13].

66. Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 6 de noviembre de 1979 (BOE de 13 de octubre de 1982), [art. 33.2.a)].

67. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, y Acuerdo Administrativo, de 28 noviembre de 1994 (BOE de 17 de marzo de 1995) [art. 10.2.(A)(a)].

68. Convenio de Seguridad Social entre España y Paraguay (BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2006) [Artículo 14]. No obstante, desde el 28 de octubre de 2011, Paraguay aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad

Perú⁶⁹, República Dominicana⁷⁰, Rusia⁷¹, Ucrania⁷², Uruguay⁷³ y con Túnez⁷⁴; aunque en algunos casos también se opta por acudir a las bases mínimas de cotización vigentes en España durante el período de seguro para la última categoría profesional ejercida en España, como en el caso del Convenio con Estados Unidos de América⁷⁵ o Venezuela⁷⁶.

C. Los vacíos de cotización española o “lagunas de cotización”

Al problema de la utilización de las bases remotas debe añadirse el problema del menoscabo de las bases reguladoras aplicables por efecto de vacíos de cotización española o “lagunas de cotización”, por haber trabajado en otro Estado de la UE el extranjero, en el periodo temporal que se tiene en cuenta para calcular la pensión. Esto fue la cuestión que se abordó en la sentencia *Salgado González*⁷⁷, que surge de una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia, al albergar dudas sobre si el Derecho de la Unión se oponía al procedimiento de cálculo de la cuantía teórica de la prestación de jubilación seguido en ese momento por el INSS.

En este asunto, el INSS, con el fin de comprobar si la Sra. Salgado González había cotizado durante el período mínimo de quince años previsto entonces en el artículo 161, apartado 1, letra b), de la LGSS, tuvo en cuenta tanto los períodos cotizados en España como los cotizados en Portugal por la trabajadora, según lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento núm. 1408/71.

En este sentido, el artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento 1408/71 contemplaba que la cuantía teórica de tal prestación debe calcularse como si el asegurado hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en el Estado

Social (CMISS), por lo que, en virtud del artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

69. Convenio de Seguridad Social entre España y Perú (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2005) [Artículo 19]. No obstante, desde el 20 de octubre de 2016, Perú aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), por lo que, en virtud del artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

70. Convenio de Seguridad Social entre España y República Dominicana (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2006) [Artículo 15]. No obstante, desde el 14 de julio de 2020, La República Dominicana aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), por lo que en virtud del artículo 8 solo se aplicaran las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

71. Convenio de Seguridad Social entre España y Rusia (BOE núm. 48, de 24 de febrero de 1996) [art. 15].

72. Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania (BOE núm. 81, de 4 de abril de 1998) [art. 12].

73. Convenio Complementario de Seguridad Social entre España y Uruguay (BOE núm. 287, de 1 de diciembre de 2005) [art. 14]. No obstante, desde el 1 de octubre de 2011, Uruguay aplica el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), por lo que, en virtud del artículo 8, sólo se aplicarán las disposiciones del Convenio Bilateral que resulten más favorables al interesado.

74. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez de 26 de febrero de 2001 (BOE de 26 de diciembre de 2001) [art. 20.2.(A)(a)].

75. Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América de 30 de septiembre de 1986 (BOE de 29 de marzo de 1988) [art. 15].

76. Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela (BOE núm. 162, de 7 de julio de 1990) [art. 21.2].

77. STJUE de 21 de febrero de 2013, C- 282/11, asunto *Salgado González*.

miembro de que se trata⁷⁸. Mientras que el artículo 47 del Reglamento 1408/71, en su apartado 1, letra g), establecía que la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a una base de cotización media determinará dicha base media en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado.

Sin embargo, a la hora de calcular la cuantía teórica de la prestación, el INSS no calculó la base de cotización media de la Sra. Salgado únicamente en función de los períodos de seguro cumplidos por ella en España durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cuota a la Seguridad Social española, tal como impone el artículo 47, apartado 1, letra g) del Reglamento 1408/71 y el punto 4, letra a), de la sección H de su anexo VI.

En efecto, la Sra. Salgado González cotizó al régimen de Seguridad Social español desde el 1 de febrero de 1989 hasta el 31 de marzo de 1999, por un total de 3.711 días –esto es, cerca de diez años y dos meses– y el INSS añadió al cálculo un período ficticio de cotización comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 30 de enero de 1989 con el fin de cumplir la condición de cotización durante un período de quince años anteriores a la última cuota satisfecha por la Sra. Salgado González en España. A través de esta operación, el INSS pretendía hallar un numerador al que aplicar el divisor de 210 previsto en el artículo 162, apartado 1, de la LGSS; y calcular, de este modo, la base de cotización media necesaria para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación.

No obstante, dado que la Sra. Salgado González no cotizó en el período comprendido entre el 1 de abril de 1984 y el 31 de marzo de 1989 en España, el INSS contabilizó con valor cero estos períodos; y este cómputo produjo una drástica reducción de la base de cotización media de la Sra. Salgado González.

Frente a esta actuación del INSS, el TJUE declara que las normas de coordinación deben interpretarse a la luz del objetivo fijado por el artículo 48 TFUE, lo que implica concretamente que los trabajadores migrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social por el hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación, en base a la doctrina Lafuente Nieto.

Ciertamente, esa reducción de la pensión no se habría producido si la Sra. Salgado González hubiera cotizado únicamente en España, sin ejercer su derecho a la libre circulación. De modo que el TJUE considera que, contrariamente a lo exigido por el artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento 1408/71, la cuantía teórica de la pensión de jubilación de la Sra. Salgado González no había sido calculada como si ésta hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en España.

Por tanto, declara que el Reglamento 1408/71 se opone a una legislación que, como la española, en la que la cuantía teórica de la pensión de jubilación de la persona trabajadora, migrante o no, se calcula invariablemente a partir de las bases de cotización de ese trabajador en un período de referencia fijo anterior al pago de su última cuota en ese Estado, a las cuales se aplica un divisor fijo, sin que resulte posible adaptar ni la

78. STJUE de 21 de julio de 2005, *Koschitzki*, C-30/04, parágrafo 27.

duración de este período ni este divisor con el fin de tomar en consideración el hecho de que el trabajador en cuestión ha ejercido su derecho a la libre circulación.

Por tanto, el TSJ de Galicia⁷⁹, en aplicación de esta doctrina, adaptó la duración del periodo de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, así como el divisor a utilizar, con el fin de tomar en consideración el hecho de que la trabajadora había ejercido su derecho a la libre circulación.

La trabajadora acreditó cotizaciones en España, a través del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, un total de 3.711 días, de 1 de febrero de 1989 a 31 de marzo de 1999, y en Portugal un total de 2.100 días, de 1 de marzo de 2000 a 31 de diciembre de 2005.

En consecuencia, la base reguladora de su pensión de jubilación fue el resultado de dividir el total de las cotizaciones españolas realizadas durante 8 años y 3 meses –un total de 99 meses–, que ascendió a 71.746,24 euros, entre 115,5 (que son las pagas ordinarias y extraordinarias cotizadas durante 99 meses). Lo que le supuso una base reguladora de 621,17 euros. Esto contrasta enormemente con la base reguladora a la que había llegado el INSS, que era de 341,65.

Actualmente, el Anexo XI del Reglamento 883/2004, como hemos visto, establece un mecanismo específico para la cobertura de lagunas de cotizaciones españolas durante el periodo de cómputo inmediatamente anterior a la última cotización en España. Este mecanismo tiene utilidad en el caso de vacíos de cotización española anteriores a la última cotización española.

Sin embargo, el Anexo XI del Reglamento 883/2004 no aporta una solución a la situación que aborda la Sentencia Salgado González, esto es, a la existencia de vacíos de cotización que sean posteriores a esa última cotización en España. Por ello, tendría sentido seguir aplicando dicha jurisprudencia en dichos supuestos, pese a haber sido dictada en interpretación del Reglamento 1408/71⁸⁰.

D. La aplicación de los convenios bilaterales entre Estados de la Unión

Durante décadas ha existido también la posibilidad de aplicar el convenio bilateral con otro Estado miembro de la Unión⁸¹ si este resultaba más favorable que los Reglamentos

79. STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1685/2013, de 15 marzo (JUR 2013\171335).

80. Carrascosa Bermejo, D.: "Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social", ob. cit., p. 571.

81. Con anterioridad a su entrada en la Comunidad, España tenía suscrito convenio bilateral con todos los países comunitarios en aquel momento, excepto con Dinamarca, Irlanda y Grecia. Así, preexistían a la regulación del Reglamento 1408/71 instrumentos jurídicos en materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social con Alemania (Convenio de 29 octubre 1959, ratificado por Instrumento de 13 octubre 1960. (BOE 11 octubre 1961, núm. 243, p. 14632); Austria (Convenio de 15 julio 1964, ratificado por Instrumento de 1 abril 1965, BOE 10 enero 1966, núm. 8, p. 246); Bélgica (Tratado de 28 noviembre 1956, ratificado por Instrumento de 25 abril 1958, BOE 13 mayo 1958, núm. 114, p. 864); Finlandia (Convenio de 19 de diciembre de 1985, ratificado por Instrumento de 19 mayo 1987); Francia (Convenio de 27 junio 1957, ratificado por Instrumento de 14 febrero 1958, BOE 30 marzo 1959, núm. 76, p. 4797.); Italia (Convenio y Acuerdo Administrativo entre España e Italia de 30 octubre 1979, ratificados por Instrumento de 22 octubre 1982, BOE 15 diciembre 1983, núm. 299, p. 33714); Luxemburgo (Convenio de 22 junio 1963, ratificado por Instrumento de 20 julio 1964, BOE 24 agosto 1965, núm. 202, p. 11797); Países Bajos (Convenio y Protocolo Anejo de 5 febrero 1974, ratificado por Instrumento de 13 junio 1975, BOE 20 marzo 1975, núm. 68, p. 5748); Portugal (Conve-

comunitarios. Sin embargo, esta posibilidad, contenida en la doctrina *Rönfeldt*⁸², está restringida a los supuestos en los que el trabajador haya ejercido su derecho a la libre circulación después de la integración de España en la CE, esto es, con anterioridad al 1 de enero de 1986.

En efecto, los principios que se establecen en la sentencia *Rönfeldt* tienen el objetivo de mantener los “derechos adquiridos” en materia social no regulados en el ámbito del derecho de la Unión en el momento en que podía ejercitarlo el nacional comunitario que lo invoca⁸³. Esta doctrina sostiene el mantenimiento del “derecho adquirido” a ampararse en la normativa bilateral que en definitiva “era la única que se le podía aplicar cuando el trabajador ejerció su derecho a la libre circulación, siempre que dicho trabajador hubiese ocupado ya un empleo en uno de los Estados suscribientes del Convenio, a fin de que consolidase el derecho que le reconoce dicho Convenio”⁸⁴. Por tanto, esta doctrina es especialmente favorable para el trabajador desplazado de larga duración cuya prestación de servicios se desarrollara previamente a la integración de España en la CE.

Actualmente, el artículo 8 del Reglamento 883/2004 regula las relaciones entre dicho Reglamento y otros instrumentos de coordinación, estableciendo expresamente que: “En su ámbito de aplicación, [...] sustituirá a cualquier otro convenio de seguridad social aplicable entre los Estados miembros”.

No obstante, continuarán siendo de aplicación determinadas disposiciones de convenios de Seguridad Social suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento 883/2004, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado.

Sin embargo, para que estas disposiciones sigan siendo aplicables, deberán ser inscritas en el Anexo II del Reglamento 883/2004. Se especificará, asimismo, si por razones objetivas no es posible extender algunas de ellas a todas las personas a las que se aplica el Reglamento. En el caso de España, la única disposición que continúa aplicable es el artículo 45, apartado 2, del Convenio de Seguridad Social de 4 de diciembre de 1973

nio de 1 abril 1960, ratificado por Instrumento de 2 febrero 1961, BOE 23 octubre 1962, núm. 254, p. 14954); Reino Unido (Convenio de 13 septiembre 1974, ratificado por Instrumento de 31 diciembre 1974 y Acuerdo de Aplicación de 30 octubre 1974, BOE 31 marzo 1975, núm. 77, p. 6501); Suecia (Convenio y Acuerdo Administrativo de 4 febrero 1983, ratificado por Instrumento de 21 mayo 1984, BOE 12 julio 1984, núm. 166, p. 20437).

82. STJCE de 7 de febrero de 1991, (asunto C-227/89, *Rönfeldt*). Sobre las relaciones entre los Reglamentos comunitarios y los convenios bilaterales *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. 86 y ss.; 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, p. 26 y ss.; Gutiérrez-Solar Calvo, B.: “Cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de prestación de servicios en distintos países comunitarios y derecho aplicable (Comentario a la STS 4ª de 16 de marzo de 1999)”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1999, pp. 851-856.

83. En las situaciones en las que el Reglamento entra en vigor en el período situado entre la realización del riesgo y la primera fijación de la prestación, la solicitud de pensión da lugar a una doble liquidación: (a) una liquidación conforme al Convenio respecto al período anterior a la aplicación del Reglamento, (b) a la que se añade otra liquidación conforme al Reglamento en relación con el período posterior a la entrada en vigor de éste. Este es el supuesto de la STJCE de 5 de julio de 1998, (asunto C-113/1996, *Gómez Rodríguez*).

84. STJCE de 5 de febrero de 2002 (asunto C-277/99, *Kaske*), [parágrafo 27].

entre Alemania y España, y que permite la representación por autoridades diplomáticas y consulares. Concretamente dicha disposición establece que: “Las Autoridades diplomáticas y consulares de carrera de un Estado contratante podrán representar a los súbditos de su propio Estado frente a las Autoridades, Organismos y Tribunales de la Seguridad Social del otro Estado. Para ello, no será necesario presentar poder especial”. Por lo tanto, no existe disposición alguna de reconocimiento de prestaciones que continúe siendo de aplicación.

Por último, ha de tenerse en cuenta que las disposiciones de convenios bilaterales que no inciden en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 y que se mantienen en vigor entre Estados miembros no figuran en dicho Anexo II. Ello incluye las obligaciones entre Estados miembros derivadas de convenios que contemplan, por ejemplo, disposiciones relativas a la totalización de períodos de seguro cumplidos en un tercer país.

E. La doctrina *Gottardo*: aplicación de los convenios bilaterales con terceros Estados a todo nacional comunitario

Otra cuestión a tener en cuenta es la doctrina contenida en la sentencia *Gottardo*⁸⁵ que ha establecido que las disposiciones de todo convenio de Seguridad Social celebrado con un tercer país deben aplicarse también a los nacionales de los demás Estados miembros, que se encuentren en la misma situación que los nacionales del Estado miembro en cuestión. Esta doctrina arraiga en el principio de libre circulación de las personas regulada por los artículos 21.1 y 45.1 TFUE y que significa la supresión de cualquier discriminación entre sus propios nacionales y los nacionales de otros Estados miembros que hayan ejercido su derecho a la libre circulación. En la sentencia *Gottardo*, el TJUE consideró que, aunque el campo de aplicación subjetivo establecido en un convenio bilateral entre un Estado miembro de la Unión Europea y un tercer Estado se limite a los nacionales de ambos Estados signatarios, cualquier trabajador de la Unión Europea puede beneficiarse de la aplicación preferente de estos convenios bilaterales, aunque no posea la nacionalidad de este Estado.

In casu, el Tribunal de Justicia aplicó el principio establecido en el artículo 45 TFUE a una persona residente en la Unión Europea que había trabajado en Francia, Italia y Suiza. Dicha persona, que carecía de derechos suficientes para obtener una pensión en Italia, solicitó la acumulación de los períodos realizados en Suiza e Italia aplicable a los nacionales de estos países en virtud del acuerdo bilateral ítalo-suizo. El Tribunal dictaminó que, cuando un Estado miembro celebra con un tercer Estado un convenio internacional bilateral de Seguridad Social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho tercer Estado para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga al Estado miembro en cuestión a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de

85. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto *Gottardo* C-55/00; art. 351 TFUE.

dicho convenio, a menos que dicho Estado miembro pueda justificar objetivamente su denegación.

A este respecto, el Tribunal interpreta el concepto de “legislación” recogido en el artículo 1, letra l), del Reglamento 883/2004 en el sentido de que no puede llevar al menoscabo de la obligación de todo Estado miembro de respetar el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 45.2 TFUE. El Tribunal dictaminó en este caso que cuestionar el equilibrio y la reciprocidad de un convenio internacional bilateral celebrado entre un Estado miembro y un tercer Estado no puede ser una justificación objetiva para que el Estado miembro parte en dicho convenio se niegue a extender a los nacionales de los demás Estados miembros las ventajas que dicho convenio concede a sus propios nacionales. Tampoco admitió el Tribunal las objeciones que se refieren al eventual aumento de las cargas financieras ni a las dificultades administrativas ligadas a la colaboración con las autoridades competentes del tercer Estado en cuestión para justificar la inobservancia por parte del Estado firmante del convenio bilateral de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado.

En este sentido, es importante extraer todas las consecuencias de esta sentencia fundamental para los nacionales de la Unión Europea que han ejercido su derecho a la libre circulación en otro Estado miembro. En primer lugar, conviene precisar que los convenios bilaterales de Seguridad Social existentes entre un Estado miembro y un tercer Estado deben interpretarse en el sentido de que las ventajas previstas para los nacionales del Estado miembro parte en dicho convenio deben, en principio, concederse también a los nacionales de otro Estado miembro en la misma situación objetiva. Aunque lo cierto es que la aplicación de la sentencia *Gottardo* a casos específicos depende en gran medida de la cooperación de los terceros Estados, en especial porque son ellos quienes deben certificar los períodos de seguro cumplidos allí por el interesado.

Por otra parte, además de aplicar la jurisprudencia *Gottardo* a casos particulares, debe procederse a un examen de los convenios bilaterales existentes. Respecto a acuerdos que se hayan celebrado anteriormente, el artículo 351 del TFUE establece lo siguiente: “El Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado”, y el artículo 4, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea establece que “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión”⁸⁶.

Mientras que los nuevos convenios bilaterales de Seguridad Social que se celebren entre un Estado miembro y un tercer Estado deben incluir una referencia expresa al principio de no discriminación por razón de nacionalidad de los nacionales de otro

86. Decisión de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas De Seguridad Social, Nº H1, DOUE de 27-9-13.

Estado miembro que hayan ejercido el derecho a la libre circulación en el Estado miembro firmante del convenio en cuestión⁸⁷.

IV. AFILIACIÓN VOLUNTARIA: SUSCRIPCIÓN DE CONVENIO ESPECIAL POR PARTE DE TRABAJADORES DESPLAZADOS

Por último, resulta necesario considerar si la aplicación de un convenio especial permitiría minimizar ciertos detrimentos en las pensiones futuras de los trabajadores desplazados de larga duración, puesto que tales periodos de seguro voluntario se encuentran incluidos en el campo de aplicación de los Reglamentos de coordinación⁸⁸. En concreto, esta posibilidad, recogida por la Orden TAS/2865/2003, de 13 octubre, reguladora del convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social⁸⁹ (en adelante, la Orden TAS/2865/2003) consiste en suscribir un acuerdo voluntario con la Tesorería General de la Seguridad Social con el fin de generar, mantener o ampliar, en determinadas situaciones, el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, con la obligación de abonar a cargo del trabajador las cuotas que correspondan, siendo ésta una situación asimilada al alta. El convenio especial tiene como objeto la cobertura de las prestaciones correspondientes a invalidez permanente, muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y servicios sociales⁹⁰.

En este sentido, resultaría legítima la exigencia de que tales cuotas se asumieran por las empresas que los desplazan, como medio de neutralizar, en alguna medida, posibles efectos prestacionales de una movilidad a iniciativa de los empresarios y según sus necesidades⁹¹, cuyo coste no cabe trasladar a los trabajadores en detrimento de sus pensiones futuras⁹².

Desde los orígenes de esta institución, se ha distinguido dos tipos de convenios especiales: de un lado el régimen general, que constituye un remedio para todo el que cesa en el trabajo y, teniendo el número de cotizaciones previas, lo suscribe como

87. STJUE de 15 de enero de 2002, asunto *Gottardo* C-55/00; art. 351 TFUE; Decisión de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas De Seguridad Social, N° H1, DOUE 27-9-13.

88. STJCE de 9 de julio 1987 (asuntos acumulados 82 y 103/86, *Laborero*) [parágrafos 17 y ss.].

89. Para un análisis de esta normativa *vid.* López Gandía, J.: *La nueva regulación del convenio especial de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

90. En efecto, el artículo 1.2 de la Orden TAS/2865/2003 recoge en su ámbito de aplicación las contingencias comunes de la acción protectora de dicho Régimen de la Seguridad Social, quedando excluidas, salvo en los supuestos en que otra cosa resulte de lo dispuesto en el Capítulo II de dicha Orden, las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo y los subsidios correspondientes a las mismas. Asimismo, tampoco se encuentra cubierto por el convenio especial la cotización y la protección por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

91. Según la descripción de Rodríguez-Piñero Royo, M.: "A modo de conclusión: la ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria", en Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S. (dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, p. 352.

92. *Vid.* en relación a la reforma de los Reglamentos de coordinación, Martín-Pozuelo López, A.: "Retos actuales de la coordinación europea en materia de Seguridad Social: la (eterna) propuesta de reforma y el "Brexit"", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 439, 2019, pp. 141-170; Martín-Pozuelo López, Á.: "La coordinación comunitaria de Seguridad Social: desafíos para el año 2022", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 2, 2022.

medio de conservación de derechos; y de otro lado, los regímenes especiales, destinados a colectivos de trabajadores en situaciones específicas, como el caso del régimen especial de emigrantes⁹³.

Ciertamente la opción más favorable consiste en aplicar a los trabajadores desplazados⁹⁴ el régimen establecido en artículo 2.1.a) de la Orden TAS/2865/2003 que recoge el convenio especial del “régimen general”, en lugar del régimen especial de emigrantes recogido en la Sección 3ª (arts. 15 y ss.), cuyas bases reguladoras no permitirían lograr el objetivo expuesto, por cuanto éstas se ciñen a la base tarifada mínima⁹⁵. En cambio, la suscripción del convenio especial del régimen general, permite acceder a unas bases de cotización más elevadas, ya que el artículo 6 de la Orden TAS/2865/2003, otorga al interesado amplios derechos de opción.

Sin embargo, para aplicar dicho “régimen general” resulta necesario previamente descartar que los trabajadores desplazados deban obligatoriamente sujetarse a las disposiciones de la mencionada Sección 3ª de dicha norma. En este sentido, debemos determinar si los trabajadores desplazados en el sentido de la Ley 45/1999 quedan integrados en el concepto de emigrante que recoge la Orden TAS/2865/2003 a partir de algún elemento interpretativo⁹⁶ o referencia de ponderación sistemática⁹⁷ en el ordenamiento interno que nos permita distinguir el trabajador desplazado del emigrante, siendo necesario también tener en cuenta que el artículo 45 TFUE en materia de Seguridad Social garantiza a los trabajadores desplazados el derecho a la libertad de circulación⁹⁸, lo que impide discriminar a éstos en relación con las mejoras concedidas por la legislación nacional por razón del ejercicio de dicha libertad fundamental.

Pues bien, para comenzar, la Ley 45/1999 en su Preámbulo parte del criterio diferenciador clásico entre movilidad en el empleo y movilidad para el empleo, al que ya se ha hecho mención en el capítulo I, cuando establece que “La concepción originaria de la libertad de circulación de trabajadores tenía como finalidad que los trabajadores de un determinado Estado miembro se desplazaran a otro Estado para acceder a un empleo. Sin embargo, las prestaciones de servicios transnacionales han dado lugar a una circulación de trabajadores nueva: los desplazamientos temporales de trabajadores”⁹⁹. Mientras que del artículo 1, apartado 4º del Estatuto de los Trabajadores aporta un segundo elemento de distinción entre los trabajadores desplazados y los

93. Vid. López Gandía, J.: *La nueva regulación del convenio especial de Seguridad Social*, ob. cit., p. 44 y ss.

94. En particular, a los supuestos contemplados en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 45/1999.

95. “La base mensual de cotización en esta modalidad de convenio especial será la base mínima de cotización que en cada momento se halle establecida en el Régimen General de la Seguridad Social”.

96. La interpretación de los preceptos positivos, como proclama la STS (Sala 1ª) de 14 de octubre de 1965 (Ar. 4441), debe basarse tanto en el sentido literal de la letra estricta del texto legal, como en su sentido lógico, que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley (SSTS de 26 de noviembre de 1929, de 27 de junio de 1941 (Ar. 760), de 5 de junio de 1945 (Ar. 695) y de 27 de noviembre de 1947 (Ar. 622)).

97. “Que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico”, según las STS de 14 de junio de 1944, de 25 de enero de 1945 (Ar. 29) y de 22 de noviembre de 1956 (Ar. 3454), entre otras.

98. Vid. STJCE de 27 de noviembre de 1997 (asunto C-57/96, *Meints*) [parágrafo 50] y jurisprudencia citada en el apartado 2.4 del capítulo I.

99. Exposición de Motivos, considerando primero.

emigrantes. Esta disposición se refiere precisamente a los desplazados cuando establece que “la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas española en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables al lugar de trabajo”. De manera que este precepto recoge la aplicación extraterritorial del derecho español para la protección del trabajador español destacado al extranjero, en contraste con la situación del emigrante que no obtiene esta protección.

Encontrándose un tercer elemento de distinción en la propia legislación de Seguridad Social, en este punto la más relevante, que considera a los trabajadores desplazados en situación de asimilación a la de alta, prevista en el núm. 2 del artículo 95 de la Ley General de la Seguridad Social. Se mantiene así por parte de la empresa la obligación de cotizar mientras permanezca en el país de traslado, en los términos de la Orden del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de 27 de Enero 1982¹⁰⁰, configurando por tanto un estatuto diferenciado para el trabajador desplazado respecto del emigrante, aunque el desplazamiento se prolongue considerablemente en el tiempo.

Así pues, desde una perspectiva sistemática, los criterios contenidos en las normas referidas nos permiten llegar a la conclusión de que nuestro derecho interno recoge una noción de trabajador destacado (desplazado) para la prestación transnacional de servicios que no puede asimilarse al concepto de emigrante, al que se refiere el artículo 15 de la Orden TAS/2865/2003, que regula el régimen del convenio especial de emigrantes. De modo que, aunque el trabajador desplazado de larga duración haya dejado de considerarse como tal en el Reglamento 883/2004, pasando a una situación análoga a la del emigrante comunitario, no por ello queda integrado en el concepto de “emigrante” a los efectos de la normativa española que acabamos de analizar.

A partir de la interpretación del artículo 45 TFUE llegamos a idéntico resultado. Efectivamente, en los desplazamientos de ámbito comunitario, la posibilidad de que los trabajadores españoles vieran restringida la posibilidad de acceder a la protección ofrecida por el artículo 2.1.a) de la Orden TAS/2865/2003 precisamente por haber ejercitado su derecho a la libertad de circulación, puede erigirse como un obstáculo a la libre circulación garantizado por el Tratado¹⁰¹. Así, el Tribunal de Justicia ha considerado que el conjunto de disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio comunitario, y se oponen a las medidas nacionales que puedan situar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro¹⁰². Por ello, disposiciones que impidan o disuadan a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen, por consiguiente,

100. BOE núm. 40 de 16 de febrero de 1982.

101. Vid. STJCE de 31 de marzo de 1993, (asunto C-19/1992, *Kraus*).

102. Vid. STJCE de 7 de julio de 1988, (asunto *Stanton*, 143/1987) [parágrafo 13] y STJCE de 7 de julio de 1992, (asunto *Singh*. C-370/1990), [parágrafo 16].

obstáculos a dicha libertad aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados¹⁰³.

Por otra parte, facilitar esta opción pone solución al dilema creado en la sentencia *Crespo Rey*¹⁰⁴ a la hora de identificar la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, cuando tal base de cotización corresponda a la de un convenio especial. Concretamente, en esta Sentencia se sustancia un asunto en el que Sr. Crespo Rey celebra un convenio especial del régimen especial de emigrantes recogido en la Sección 3ª (arts. 15 y ss.) de la Orden TAS/2865/2003, desde el 1 de diciembre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2013, en virtud del cual cotizó con arreglo a la base mínima de cotización. Puesto que el período de referencia para el cálculo de la pensión de jubilación del Sr. Crespo Rey era el comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2013, la suscripción por parte del Sr. Crespo Rey del convenio especial de 1 de diciembre de 2007 tuvo como consecuencia que, a efectos de calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, el INSS tomara como referencia la base mínima de cotización.

De este modo, para definir la base de cotización pertinente respecto de este período, el INSS tomó en cuenta, con arreglo al anexo XI, rúbrica «España», punto 2, del Reglamento 883/2004, las cuotas reales abonadas por el Sr. Crespo Rey durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cuota a la Seguridad Social, esto es, las cuotas mínimas que abonó con arreglo al convenio especial de 1 de diciembre de 2007.

Por lo que se refiere al período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 30 de noviembre de 2007, durante el cual el Sr. Crespo Rey trabajó en Suiza sin haber suscrito todavía este convenio, el INSS tomó en consideración la base de cotización en España que más se aproximaba en el tiempo a los períodos de referencia. En este sentido, el INSS consideró que esta era la base de cotización del mes de diciembre de 2007, coincidente también con la base mínima de cotización con arreglo a la cual el Sr. Crespo Rey abonó sus cuotas en el marco de dicho convenio.

Por tanto, la equiparación por parte del INSS del período cubierto por el convenio especial de 1 de diciembre de 2007 a un período de trabajo realizado en España tuvo como resultado que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación del Sr. Crespo Rey, únicamente fuera tomada en consideración la base mínima de cotización con arreglo a la cual este abonó sus cuotas en el marco de dicho convenio.

Es necesario señalar a este respecto que, antes de ejercer su derecho a la libre circulación y de suscribir el convenio especial de 1 de diciembre de 2007, el Sr. Crespo Rey cotizó al régimen de Seguridad Social español con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización utilizada en el marco de dicho convenio de emigrantes. Por tanto, las cuotas abonadas por este trabajador en el marco del convenio especial que celebró no se corresponden con las que hubiera efectivamente abonado de haber continuado ejerciendo en las mismas condiciones su actividad en dicho Estado

103. Vid. asimismo STJCE de 7 de marzo de 1991 (asunto C-10/1990, *Masgio*) [parágrafos 18 y 19].

104. STJUE de 28 de junio de 2018, C-2/17, *Crespo Rey*.

miembro. También hay que tener en cuenta que la normativa española no impone tal obligación de cotizar por la base mínima a los trabajadores sedentarios que no hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación y cuya carrera profesional se desarrolla, pues, enteramente en España. En efecto, estos tienen la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

En consecuencia, al obligar a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial a satisfacer cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización, la normativa española establece una diferencia que puede suponer para los trabajadores migrantes un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores sedentarios que realicen toda su carrera profesional en España.

En contraste, el trabajador migrante que suscribe un convenio especial es objeto de una reducción nada desdeñable del importe de su pensión de jubilación, ya que, para calcular el importe teórico de esta pensión, solo se tienen en consideración las cuotas abonadas por este último en el marco de dicho convenio, esto es, cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización.

A consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Justicia declara que el Derecho de la Unión se opone a una normativa que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial a cotizar con arreglo a la base mínima de forma que, al calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, se equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo se toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio.

En este sentido, el principio de primacía del derecho comunitario y el respeto a las libertades fundamentales establecidas en el [Tratado](#), determina la imposibilidad de restringir el acceso a la protección ofrecida por el artículo 2.1.a) de la Orden TAS/2865/2003 a los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión, pues éstos deben estar protegidos frente a diferencias negativas en su régimen jurídico a resultas del ejercicio de dicha libertad fundamental. Según viene estableciéndose en la jurisprudencia del TJCE¹⁰⁵, la normativa de Seguridad Social no puede aplicarse de forma que prive a los trabajadores que ejercen su libertad de circulación de los beneficios que dicha legislación otorga al resto de trabajadores, ni tampoco puede causar una reducción de las prestaciones concedidas en virtud de la legislación nacional.¹⁰⁶ En consecuencia, cabe concluir que, en consonancia con los principios que se extraen del ordenamiento español y comunitario, resulta ajustada a derecho la aplicación del artículo 2.1.a) de la Orden TAS/2865/2003 a los supuestos de desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuados por empresas establecidas en España regulados por la Ley 45/1999 (disposición adicional 1ª) y por la Directiva 96/71/CE. Esto implica que dichos trabajadores puedan acogerse en el momento de la suscripción del convenio especial a la posibilidad de elección de las bases de cotización establecidas por el artículo 6.2.1.a) de dicho texto legal, lo

105. Sobre la vinculación de los tribunales españoles a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia *vid.* STS de 9 de febrero de 1999 (Ar. 1685) [fundamento de derecho 3º].

106. STJCE 9 de julio de 1980 (asunto 807/79, *Gravina*); STJCE de 12 de junio de 1980, (asunto 733/79, *Laterza*).

que puede arbitrarse como un instrumento especialmente adecuado para reducir los efectos adversos en las prestaciones que pueda ocasionar el desplazamiento.

En este sentido, sería necesaria una reforma legislativa de la Orden TAS/2865/2003 que se adecuase al Derecho de la Unión o bien el INSS puede hacer una aplicación, que tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, garantice la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por este¹⁰⁷.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha puesto de manifiesto en las páginas que preceden, el desplazado amparado por las disposiciones de los artículos 12 y 16 del Reglamento 883/2004 no verá fragmentada su carrera de futuro por aplicación de la *lex originis*, si bien se enfrentará en materia de prestaciones temporales a la complejidad administrativa de la aplicación simultánea de la ley de su país de origen y la del país de destino.

En contraste, el trabajador desplazado de larga duración que supere el límite temporal de los artículos 12 y 16 del Reglamento 883/2004 quedará en una situación análoga, en lo concerniente a las bases reguladoras aplicables, a los desplazados que han sido enviados a países con los que España tenga suscritos convenios bilaterales en materia de Seguridad Social.

Dicho trabajador desplazado de larga duración queda así en peor condición que los trabajadores que hayan sido desplazados a un país con el que no exista convenio internacional suscrito con España en materia de Seguridad Social. En efecto, a estos trabajadores se les aplica la Orden del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de 27 de enero 1982¹⁰⁸, que desarrolla el artículo 125.2 LGSS para los supuestos de desplazamiento al extranjero y que permite mantener la aplicación de la legislación española durante todo el desplazamiento, aunque para las empresas esto implicará probablemente la doble cotización en España y en el país de destino. En consecuencia, la inexistencia de instrumentos de coordinación en estos casos permite mantener una situación idéntica a la que se produciría si éstos no se hubieran desplazado¹⁰⁹.

En cambio, los Reglamentos comunitarios y los convenios bilaterales no consiguen ese resultado de protección del trabajador. Es cierto que las disposiciones particulares que introducen los Estados Miembros en el Anexo XI del Reglamento 883/2004 se han justificado en razón de la necesaria protección de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Pues como ha puesto de relieve el del Comité Económico y Social Europeo:

107. STJUE de 13 de julio de 2016, *Pöpperl*, C-187/15, apartado 43 y jurisprudencia citada.

108. BOE núm. 40, de 16 de febrero de 1982.

109. Esto nos evoca el argumento de la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 5 de noviembre de 1996 (Ar. 3755), a favor de la aplicación de "bases ficticias españolas en el periodo computable real" (fundamento de Derecho 3º.D)

“Una aplicación sin cortapisas del principio de asimilación de hechos, que hace imposible cualquier limitación del legislador nacional a situaciones nacionales en el ámbito de la Seguridad Social, iría acompañada de consecuencias masivas para los sistemas de Seguridad Social”¹¹⁰.

Con todo, los Tratados comunitarios determinan que el Estado español esté sujeto a obligaciones de mayor calado que las establecidas en sus relaciones extracomunitarias¹¹¹, siendo necesario traer a colación la jurisprudencia comunitaria conforme a la cual las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Unión el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio comunitario, y se oponen a las medidas nacionales que puedan situar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro¹¹².

En este sentido, la normativa de Seguridad Social no debería aplicarse de forma que prive a los trabajadores que ejercen su libertad de circulación de los beneficios que dicha legislación otorga al resto de trabajadores, ni tampoco puede causar una reducción de las prestaciones concedidas en virtud de la legislación nacional.¹¹³ Este principio se expresa en la sentencia *Petroni*¹¹⁴, cuando declara que:

“No se alcanza el objetivo de los artículos del Tratado si, como consecuencia del ejercicio de su derecho de libre circulación, los trabajadores tuvieran que perder las prestaciones de Seguridad Social que obtendrían si hubieran trabajado en un único Estado miembro. En consecuencia, la aplicación de la normativa comunitaria no puede implicar una disminución de las prestaciones que se obtendrían de esta forma en virtud de la legislación de un sólo Estado miembro”¹¹⁵.

En definitiva, cabe concluir, que las excepciones al principio de igualdad contenidas en los Reglamentos de coordinación amparan discriminaciones que perjudican la carrera de seguro de los trabajadores desplazados –precisamente por haber ejercido su libertad de circulación en el territorio de la Unión Europea– tras el velo de disposiciones de ajuste a las particularidades de las legislaciones nacionales.

110. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y se determina el contenido de su anexo XI”, COM (2006) 7 final - 2006/0008 (COD), SOC/238, Bruselas, 14 de marzo de 2007 [apartados 1.2 y 2.3.2].

111. Vid. Gonzalo González, B.: *Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1995, para un estudio conjunto de las normas de origen comunitario, los convenios bilaterales y multilaterales, y las normas internas españolas, en materia de Seguridad Social internacional.

112. Vid. STJCE de 7 de julio de 1988 (asunto *Stanton*, 143/1987), parágrafo 13 y STJCE de 7 de julio de 1992 (asunto *Singh*. C-370/1990), parágrafo 16.

113. STJCE 9 de julio de 1980 (asunto 807/79, *Gravina*); STJCE de 12 de junio de 1980 (asunto 733/79, *Laterza*).

114. STJCE de 21 de octubre de 1975 (asunto 24/75, *Petroni*).

115. STJCE de 9 de julio de 1980 (asunto 807/79, *Gravina*); STJCE de 17 de diciembre de 1970 (asunto 35/70, *Manpower*); STJCE de 7 de noviembre de 2002 (asunto C-333/00, *Maaheimo*); STJCE de 12 de junio de 1997 (asunto C-266/95, *Merino García*); STJCE de 15 de mayo de 1984 (asunto 101/83, *Brusse*).

BIBLIOGRAFÍA

- Agís Dasilva, M.: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- 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. 22, 1999.
- Álvarez Cortés, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.
- Camos Victoria, I.: "Determinación de la base reguladora y cálculo de la nueva prestación de jubilación con cotizaciones en distintos Estados miembros de la Unión Europea", *Aranzadi social*, núm. 5, 1998.
- Carabelli, U.: "Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, núm. 1, 2007.
- Carrascosa Bermejo, D.: "La base reguladora de la "cuantía teórica" de los trabajadores migrantes: el caso Grajera Rodríguez", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Los Reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Rgts CE/883/2004 y CE/987/2009): propuesta de modificación de 13-12-2016 y tendencias interpretativas en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia (1)", *Actum*, núm. 1, 2018.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social" en García-Perrote Escartín, I. (coord.): *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pp. 533-582.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Seguridad Social de trabajadores migrantes" en García Murcia, J. y Castro Argüelles, M. A. (dirs.): *Contingencias y prestaciones de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Reus, Madrid, 2021.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas", *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.
- Carrascosa Bermejo, D. y Contreras Hernández, Ó.: *Posted Workers from and to Spain: Facts and figures*, HIVA-Instituto de Investigación para el Trabajo y la Sociedad, Leuven (Bélgica), 2022.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Cálculo de la pensión de jubilación española en el marco de coordinación comunitaria: determinación de la cuantía teórica", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Migrantes y Derecho: Problemas Actuales de la Coordinación Comunitaria de las Prestaciones Sociales en España*, Laborum, Murcia, 2006.
- Casas Baamonde, M. E.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001.
- Casas Baamonde, M. E.: "Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley", en Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S. (dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002.
- Contreras Hernández, Ó.: *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- Cornelissen, R.: "Soixante ans de coordination européenne de la sécurité sociale: réalisations, controverses et défis" en Barbier, C. y Pochet, P. (eds.): *Bilan social de l'union européenne 1999-2019: une route longue et sinueuse*, European Trade Union Institute, Bruxelles, 2019.
- Coursier, P.: *Le conflit de lois en matière de contrat de travail: étude en droit international privé français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993.
- Courtine, B. y Meynot, F.: "La situation née du départ du salarié, aspects de droit du travail: la rémunération du salarié détache ou expatrié", *Droit Social*, núm. 11, 1991.

- Desdentado Bonete, A.: "Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de Seguridad Social", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 1997.
- Desdentado Bonete, A.: "El problema de la determinación de la base de la pensión española en los supuestos en que el cómputo comprende períodos de cotización que se han completado en otro país de la Unión Europea", en AA.VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999.
- Desdentado Bonete, A.: "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.
- Díaz Méndez, A.: "La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Grajera o la jurisprudencia imposible", *Aranzadi Social*, núm. 8, 2000.
- Fargas Fernández, J.: *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- 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.
- Gala Durán, C.: "Desplazamientos transnacionales de trabajadores por parte de sus empresas fuera de la Unión Europea: Aspectos de Seguridad Social", en Martínez-Gijón Machuca, M. A. (coord.): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, Laborum, Murcia, 2020, pp. 251-290.
- Gárate Castro, F. J.: "Desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional: análisis y propuestas en orden a la transposición al Derecho español de las modificaciones realizadas por la Directiva (UE) 2018/957 en los artículos 1 y 3", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "Regulación del desplazamiento temporal al extranjero de trabajadores de empresas españolas", *La Mutua*, núm. 3, 2000.
- Gonzalo González, B.: *Introducción al Derecho internacional español de Seguridad Social*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1995.
- Guardans i Cambó, I.: *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero, de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Aranzadi, Pamplona, 1992.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B.: "Cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en supuestos de prestación de servicios en distintos países comunitarios y derecho aplicable (Comentario a la STS 4ª de 16 de marzo de 1999)", *Relaciones laborales*, núm. 2, 1999, pp. 851-856.
- Herraiz Martín, M.S.: "Seguridad Social y libre circulación. Determinación de la legislación aplicable a los trabajadores interinos desplazados en otro Estado miembro. Comentario a la STJCE, de 10 febrero 2000", *Revista del Ministerio del Trabajo y de Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000.
- Herrero Coco, C.: "La protección social de los trabajadores desplazados", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 158, 1998.
- Jiménez Sánchez, J. J.: "Marcos de las relaciones laborales en las empresas multinacionales", en Jiménez Sánchez, J. J. (dir.): *Empresas multinacionales: su incidencia en las relaciones sociales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- López Gandía, J.: "La Directiva comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho español", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 43-44, 1988.
- López Gandía, J.: *La nueva regulación del convenio especial de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Lousada Arochena, F.: "Las bases reguladoras de las pensiones nacionales de los trabajadores migrantes españoles en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.

- Luján Alcaraz, J.: "Determinación de la base reguladora y cálculo del importe de la pensión de invalidez (y jubilación) reconocida a emigrantes retornado", *Aranzadi Social*, núm. 4, 1996.
- Maneiro Vázquez, Y. y Miranda Boto, J.M.: "La seguridad social de los trabajadores desplazados en el Reglamento (CE) nº 883/2004" en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, 2010, pp. 225-234.
- Martín-Pozuelo López, Á.: "La pensión de los migrantes europeos: un continuo foco de problemas para España", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021.
- Martín-Pozuelo López, Á.: "Retos actuales de la coordinación europea en materia de Seguridad Social: la (eterna) propuesta de reforma y el "brexit"", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 439, 2019.
- Martín-Pozuelo López, Á.: "La coordinación comunitaria de Seguridad Social: desafíos para el año 2022", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 2, 2022.
- Martín-Pozuelo López, Á.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: ley aplicable a afiliación y cotización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Matorras Díaz-Caneja, A.: "La protección del trabajador desplazado en la Unión Europea", *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 49, 2000.
- Menéndez Sebastián, P.: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- Miranda Boto, J. M.: "Desplazamientos transnacionales de trabajadores: la perspectiva de Seguridad Social" en Gárate Castro, F. J. (coord.): *Desplazamientos transnacionales de trabajadores: Estudios sobre la Directiva 96/71/CE*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 267-276.
- Morgenstern, F.: *International conflicts of labour law: a survey of the law applicable to the international employment relation*, International Labour Office, Genève, 1986.
- Ojeda Avilés, A.: "El Tribunal Supremo frente a las pensiones europeas: una accidentada historia", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2000.
- Pennings, F.: *European Social Security Law*, Intersentia, Antwerp (Bélgica), 2022.
- Pérez Guerrero, M. L. y Quintero Lima, M. G. (dirs.): *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, Laborum, Murcia, 2020.
- Rabanal Carbajo, P. F.: "Trabajadores nacionales españoles desplazados temporalmente y legislación aplicable", *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense* núm. 1, 2003.
- Rodríguez-Piñero Royo, M.: "A modo de conclusión: la ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria", en Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S. (dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002.
- Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional", *Revista Del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017.
- Rojas Castro, M.: "Pérdida de derechos migrantiles por desconocimiento desde abajo y por discriminación desde arriba", en AA.VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999.
- 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.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El derecho social comunitario. Los reglamentos comunitarios", en Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Laborum, Murcia, 2017.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La coordinación de sistemas de Seguridad Social y el derecho de libre circulación: del Reglamento 3/58 al Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.):

Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea, Laborum, Murcia, 2021.

Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021.

Valdés Dal-Ré, F.: "The European Court of Justice and the Spanish Labour and Social Security Courts: two examples", en Sciarra, S. (ed.): *Labour law in the Courts: national judges and the European Court of Justice*, Hart, Oxford-Portland, 2001.

Velázquez Fernández, M.: "Los desplazamientos transnacionales de las personas trabajadoras: novedades y desafíos de la transposición de la Directiva 2018/957/UE al ordenamiento jurídico español", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 461-462, 2021, DOI: <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2456>