

LA ACTIVIDAD DEL PERSONAL QUE PRESTA SERVICIOS A BORDO DE BUQUES Y SUS PROBLEMAS FRENTE AL ENCUADRAMIENTO EN UN RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL*

THE PROBLEMS DERIVED FROM APPLYING A SOCIAL SECURITY SYSTEM TO PERSONNEL SERVING ON BOARD VESSELS

María Isabel Ribes Moreno

Profesora Ayudante Doctora, Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

RESUMEN

La aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social 883/2004 presenta reglas especiales para el personal a bordo de buques. Esta misma circunstancia se manifiesta en el Convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social. Los criterios previstos para establecer la ley aplicable a los trabajadores del mar, son distintos de los que se establecen para otros trabajadores. Se trata de un sistema basado (con ciertas excepciones) con la aplicación de la norma correspondiente al Estado de pabellón. El presente trabajo pretende poner de manifiesto las posibles disfunciones que se pueden ocasionar con la utilización de dicho criterio, basado en una ficción jurídica que, en la actualidad, con el recurso cada vez más frecuente de la utilización de pabellones de conveniencia, requiere de una revisión en profundidad.

PALABRAS CLAVE: Libre circulación, coordinación de Seguridad Social, buques, Reglamento 883/2004, Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

ABSTRACT

Regulation 883/2004 on the coordination of Social Security systems establish special rules to employed persons who normally pursued on board a vessel at sea. The same circumstances are clear in the Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security. Both Conventions provides special criteria to persons employed on board a vessel. The person employed on board shall be subject to the legislation of the Flag's Member State (with some exceptions). This paper aims to draw attention about the problems originate with the application of the abovementioned criteria, which is not very adequate because the general use of Flags of convenience. This situation should lead us to think about the need of a deep revision.

KEY WORDS: Free movement, coordination of Social Security, vessels, Regulation 883/2004, Ibero-American Multilateral Agreement on Social Security.

* Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación financiado por el MINECO titulado "Problemas actuales y perspectivas de futuro del desplazamiento de trabajadores transnacional: el caso de los trabajadores del transporte" (DER2013-43423-R).

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. BUQUES MERCANTES Y SEGURIDAD SOCIAL: EL CRITERIO DE TERRITORIALIDAD A TRAVÉS DEL PABELLÓN DEL BUQUE

A. EL REGLAMENTO 883/2004

B. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

III. LEX LOCI LABORIS Y BANDERAS DE CONVENIENCIA

IV. LA QUIEBRA DEL CRITERIO DEL ESTADO DE PABELLÓN: BANDERA DEL BUQUE VS. VÍNCULACIÓN ESTRECHA

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Las legislaciones de seguridad social se basan en el principio de territorialidad, tomando como punto de referencia el lugar de prestación de los servicios a los efectos de determinar a quien se aplican sus disposiciones. Del mismo modo, la mayoría de los sistemas de Seguridad Social requieren del cumplimiento de un período de prestación profesional y/o de residencia, en definitiva, de cotización o aportación económica a un sistema para reconocer el acceso a determinadas prestaciones. Sin embargo, la mundialización de la economía, los fenómenos migratorios y la movilidad transnacional de trabajadores han introducido elementos que han ocasionado que los Estados hayan formalizado acuerdos o convenios para establecer reglas de coordinación de los distintos sistemas y proteger a sus ciudadanos.

Así, la Unión Europea (en adelante UE), al objeto de garantizar la efectividad del principio de libre circulación, elaboró Reglamentos destinados a evitar que los derechos de los trabajadores migrantes se viesan disminuidos como consecuencia de un cambio de su lugar de trabajo o residencia dentro de la Unión. Actualmente, las normas aplicables están compuestas por el Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y su Reglamento de aplicación 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de sistemas de seguridad social. Las reglas se completan con el Reglamento 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se amplía la aplicación de los citados Reglamentos, a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos.

A diferencia de lo que pudiese parecer a primera vista, la elaboración de un Reglamento de coordinación de los sistemas de seguridad social en el marco de la Unión Europea, no pretendía constituir un régimen o sistema común de protección social para los Estados miembros¹. En realidad se trata de un “sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes”², destinado a determinar la legislación nacional aplicable al régimen de seguridad social. Ello es así, que utilizando el instrumento de los Reglamentos se concretan actuaciones de articulación -que no de armonización-, cuya finalidad es “crear el entramado necesario para permitir el engranaje de las relaciones jurídicas transnacionales”³.

Igualmente, los distintos Estados sudamericanos, tomando como modelo el instituido en la UE, adoptaron el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social⁴. El

¹Sobre las implicaciones terminológicas del término coordinación véase Miranda Boto, J.M., “El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria”, en VV.AA. (SánchezRodas Navarro, C., coord.), El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas, Sevilla. Laborum. 2008, pp. 11-28.

²Sentencia Van Poucke/Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen and others mber), C-71/93, EU.C.1994:120, apartado 22.

³Cfr. Miranda Boto, J.M., “El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria”. Op. cit., p.27.

⁴El convenio se adoptó en noviembre de 2007 en la cumbre Iberoamericana de Santiago de Chile.

convenio es un instrumento multilateral que también constituye un instrumento de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social, en el mismo sentido que el expresado con anterioridad para el instrumento comunitario.

Por último, es necesario reseñar que, además de los instrumentos señalados, el sistema se completa con los numerosos convenios internacionales que nuestro país ha suscrito con diferentes Estados. Son convenios generales de seguridad social, que generalmente tienen carácter bilateral, cuya finalidad es la de proteger, igualmente, a aquellos trabajadores cuya actividad se realiza allende nuestras fronteras. Todo este conjunto conforma el Derecho Internacional convencional de la Seguridad Social⁵, una materia extensa y compleja destinada a garantizar que los trabajadores “viajen con su Seguridad Social”⁶.

Como se ha expresado, en principio, la realización de actividades en un país tiene como resultado la aplicación de las normas de seguridad social nacionales. No obstante, cuando intervienen elementos de internacionalización, que pueden significar confluencia entre normas, es cuándo tendremos que recurrir a los reglamentos de coordinación o a convenios multilaterales o bilaterales, al objeto de establecer la legislación nacional de seguridad social que resulte de aplicación. A tal efecto, tanto las normas de seguridad social, como los Reglamentos de coordinación y los distintos convenios utilizan como criterio para determinar la legislación aplicable el lugar de prestación de los servicios o *lex loci laboris*. Este criterio, sin embargo, no resulta fácil de encajar al tratar de la actividad marítimo mercante. Hay que señalar que estamos ante un colectivo que desempeña su actividad en centros de trabajo móviles y, por tanto, ha de matizarse el criterio de lugar de prestación, cuestión abordada de forma específica en todos los instrumentos aplicables, tomando en estos casos como referencia para establecer el régimen jurídico de aplicación el del país de abanderamiento del buque.

El presente trabajo pretende poner de manifiesto las complicaciones respecto a la determinación del régimen de seguridad social aplicable a los marinos a bordo de buques mercantes, concretando el estudio únicamente a la situación del personal embarcado por cuenta ajena -sin atender a los que navegan en buques pesqueros o realizan su actividad por cuenta propia-. En particular, se estudiará únicamente la problemática del encuadramiento de este personal conforme a la consideración del Estado de pabellón, como lugar de prestación de la actividad a bordo de buques.

Así, en primer lugar se analizarán las disposiciones nacionales sobre Seguridad Social y sus criterios de aplicación, para a continuación abordar los previstos en los convenios multilaterales o bilaterales con otros países, y las reglas incorporadas tanto por el Reglamento de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social 883/2004, como en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, respecto a este colectivo. En segundo lugar, se tratará la dificultad de mantener este criterio como elemento de vinculación con la aparición del recurso a las banderas de conveniencia. Por último, se analizarán las razones que, a nuestro juicio, justifican la necesidad de un cambio de

⁵Estamos ante un conjunto normativo diferente del Derecho Internacional de la Seguridad Social, uniforme o multilateral, cuya finalidad es definir los derechos que deben garantizarse a los trabajadores, como el Convenio 102 OIT, de norma mínima de Seguridad Social, o la Carta Social Europea de 1961.

⁶Cfr. Vida Soria, J., Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Manual de Seguridad Social. Madrid. Tecnos. 2010, p. 57

criterio para conectar al personal marítimo mercante con el sistema de protección social de un Estado determinado, avalando dicha postura en el pronunciamiento que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha realizado recientemente sobre esta cuestión y ofreciendo conclusiones sobre ello.

II. BUQUES MERCANTES Y SEGURIDAD SOCIAL: EL CRITERIO DE TERRITORIALIDAD A TRAVÉS DEL PABELLÓN DEL BUQUE

Con carácter previo al tratamiento de las normas de conflicto en las que interviene un elemento de internacionalización, es necesario referir las disposiciones previstas en las normas españolas para encuadrar a los trabajadores en su régimen de Seguridad Social.

Como es sabido, la legislación española de Seguridad Social establece como beneficiarios de las prestaciones de modalidad contributiva, a los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional -lo que supone la aplicación de un criterio personal, territorial y profesional⁷. Asimismo, por sus particulares circunstancias⁸, los trabajadores del mar cuentan con un régimen especial de seguridad social. La Ley ordenadora, recientemente reformada, es la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero⁹, que incluye dentro de su ámbito, entre otros, a los trabajadores que prestan servicios en buques de la marina mercante abanderados en España cuya actividad, por su propia naturaleza, puede desarrollarse en otras localizaciones diferentes del territorio español.

El abanderamiento es el acto administrativo que otorga nacionalidad al buque -a partir de la matriculación del mismo-, que determinará la normativa aplicable tanto al propio buque, como a los trabajadores que prestan sus servicios a bordo, lo que puede ser especialmente significativo dependiendo de la bandera que enarbole¹⁰. Ello es así, puesto que la elección de una bandera u otra puede permitir un sustancial ahorro de

⁷Aunque la Constitución Española habla de que es un derecho de todos los ciudadanos. Sin embargo, al acudir al ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social especifica que el principio que fundamenta el sistema es el de universalidad según su art. 2.

⁸El preámbulo de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero establece una serie de notas diferenciadoras basadas en el espacio físico en el que se realiza la actividad, la dureza de sus condiciones de vida a bordo, el aislamiento prolongado de las tripulaciones y el alejamiento del hogar familiar, así como las elevadas tasas de morbilidad y siniestralidad.

⁹BOE núm. 253, de 22 de octubre de 2015. Esta norma viene a derogar al hasta entonces vigente Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1974.

¹⁰El otorgamiento de nacionalidad a un buque se realiza mediante el acto administrativo de abanderamiento, lo que en España se realizará conforme a lo previsto en el Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo, BOE núm. 194, de 15 de agosto de 1989. Dicha norma establece que el abanderamiento, que conlleva la ficción de que el buque forma parte integrante del Estado que le otorga bandera, se realiza mediante un acto administrativo, por el cual y tras la tramitación prevista en el Real Decreto anteriormente citado, que autoriza a que el buque arbore el pabellón nacional.

costes entre los que se encuentran los laborales y de seguridad social lo que se intensifica, como se verá, cuando se trate de una bandera de conveniencia¹¹.

De este modo será pabellón o bandera el que determinará el régimen de Seguridad Social aplicable, por lo que el marino que desempeña su actividad en un buque abanderado en España se verá incluido en nuestro régimen de protección social. Ahora bien, la Ley 47/2015 incorpora, expresamente, una excepción al principio de territorialidad conforme al pabellón¹². La norma permite la inclusión en el régimen especial nacional también a aquellos trabajadores residentes en nuestro territorio, aunque ejerzan actividad a bordo de un buque de bandera de un Estado de la UE o con el que España haya firmado un convenio bilateral o multilateral de seguridad social¹³, aunque no cualquier otra bandera, -lo que puede significar que no se aplica a pabellones de conveniencia si no existe convenio-, siempre que la empresa que lo retribuya tenga su sede o domicilio en España¹⁴.

Al mismo tiempo, para intentar competir contra el fenómeno de las banderas de conveniencia, los Estados desarrollados también han permitido la constitución de segundos registros dentro de su territorio, con un tratamiento fiscal y laboral más beneficioso pero sin disminuir las coberturas de seguridad social, lo que en España aparece regulado en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante¹⁵. A tal efecto, la Disposición adicional decimosexta de la referida norma, instituye la regulación del Registro Especial de Buques y Empresas Navieras, situado en Canarias, que incluye un apartado respecto a las disposiciones de Seguridad Social de los trabajadores no nacionales españoles, empleados a bordo de los buques matriculados en el Registro Especial. Estas relaciones se regularán por la legislación a la que libremente se sometan las partes, siempre que la misma respete la normativa emanada de la Organización Internacional del Trabajo o, en defecto de sometimiento expreso, por lo dispuesto en la normativa laboral y de Seguridad Social española, todo ello sin perjuicio

¹¹Sobre banderas de conveniencia vid. Arias Domínguez, A.; "Problemática socio-laboral de los pabellones de conveniencia". Revista de Estudios Financieros, nº 260/2004, pp. 65-90; Ruiz Soroa, J.M. y Díaz Sánchez, J.; "Reflexiones sobre banderas de conveniencia y Derecho Marítimo y Laboral Español". Anuario de Derecho Marítimo, vol. IV, 1986, pp. 91-155. Sempere Navarro, A.V.; "Pabellones de conveniencia y Seguridad Social". Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 6/2002 parte Estudio, BIB 2002/816. Carril Vázquez, X.M.; "Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia". Revista Española de Derecho del Trabajo nº 108/2001, pp. 909-927. También puede consultarse en la página web de la ITF los 32 registros, que han sido declarados como de conveniencia por el Comité de Prácticas Aceptables de la ITF <http://www.itfseafarers.org/foc-registries.cfm/languageID/4>.

¹²Vid. artículo 6, que recoge lo establecido en el art. 11.4 del Reglamento 883/2004 pero sin hacer referencia, como aquí sucede, al pabellón del buque.

¹³Sobre los convenio bilaterales de Seguridad Social firmados por España vid. http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/Internacional/Conveniosbilaterales/index.htm.

¹⁴Para hacer efectiva dicha inclusión, se introduce otra salvedad en la Ley respecto a los buques que pueden estar inscritos como centros de trabajo y, por tanto, registrados en el Instituto Social de la Marina (ISM). Hasta ahora únicamente se permitía la inscripción en el Registro de embarcaciones del ISM a los buques inscritos en el Registro de Buques de Marina Mercante -y por tanto abanderados en España-, sin embargo, desde ahora cabe inscribir también embarcaciones extranjeras, cuando los tripulantes deban quedar encuadrados en nuestro Régimen de Seguridad Social conforme al artículo 6 de la Ley 47/2015.

¹⁵Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011.

de la aplicación de la normativa comunitaria y de los convenios internacionales suscritos por España¹⁶.

Esta libertad de elección que es posible para la ley aplicable al contrato de trabajo, puede ser nula para la determinación de la norma de Seguridad Social salvo que existan convenios bilaterales sobre esta cuestión, puesto que el sistema se basa en “la inclusión obligatoria de quienes prestan personalmente sus servicios en determinadas condiciones debidamente regladas y no sujetas a la disponibilidad de los afectados (...), límite a la autonomía de la voluntad”¹⁷.

Los convenios multilaterales o bilaterales permiten que se pueda exceptuar la aplicación de nuestra normativa de seguridad social a trabajadores nacionales de dichos Estados signatarios conforme a los pactos incluidos en estos instrumentos¹⁸. En concreto, existen un gran número de convenios suscritos por España en los que se recogen disposiciones sobre los marinos, que mantienen la regla general de aplicación en todo caso de las normas correspondientes al Estado de pabellón¹⁹. Otros convenios permiten excepcionar esta regla instituyendo que si la empresa que lo retribuye tuviera su sede o domicilio en el país de residencia del marino se aplicarían dichas normas, con independencia de que el pabellón del buque fuese español²⁰, o permitiendo en dicho supuesto la facultad de

¹⁶Apartado 7 de la Disposición adicional 16ª de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante.

¹⁷En ese sentido, aunque para establecer la imposibilidad de optar para trabajadores españoles que desempeñan actividades en buques de pabellones de conveniencia, Carril Vázquez, X.M.; “Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia”. Op. cit., pp. 927, refiriendo la STSJ del País Vasco de 6 de mayo de 1997 (Ar. 2164) y STSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2000 (Ar. 4041).

¹⁸No incluyen disposiciones específicas sobre marinos el Convenio de Seguridad Social entre España y Andorra de 9 de noviembre de 2001 (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2002); Convenio de Seguridad Social entre España y Australia de 31 de enero de 2002 (BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2002); Convenio de Social entre España y Filipinas de 20 de mayo de 1988 (BOE núm. 244 de 11 de octubre de 1989).

¹⁹Art. 5.3 Convenio de Seguridad Social entre España y USA de 30 de septiembre de 1986 (BOE núm. 76 de 29 de marzo de 1988), art. 3.1 c) Convenio de Seguridad Social entre España y Ecuador de 1 de abril de 1960 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 1962), art. 7 Convenio de Seguridad Social entre España y Rusia de 11 de abril de 1994 (BOE núm. 48 de 24 de febrero de 1996), art. 7.3 Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela de 12 de mayo de 1988 (BOE núm. 162 de 12 de julio de 1990).

²⁰Así art. 6.4, párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y México de 25 de abril de 1994 (BOE núm. 65, 17 de marzo de 1995); art. 7.3, párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Brasil de 25 de abril de 1991 (BOE núm. 13, 15 de enero de 1996); art. 7.3, párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Chile de 28 de enero de 1997 (BOE núm. 72, 25 de marzo de 1998); art. 7.1 c) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Uruguay de 1 de diciembre de 1997 (BOE núm. 47, 24 de febrero de 2000); art. 7.d) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez de 26 de febrero de 2001 (BOE núm. 309, 26 de diciembre de 2001); art. 6.1 e) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos de 6 de noviembre de 1979 (BOE núm. 245, 13 de octubre de 1982), modificado el 27 de enero de 1998 (BOE 24 de noviembre de 2001); art. 7.1 c) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Argentina de 28 de enero de 1997 (BOE núm. 297, 10 de diciembre de 2004); art. 8.1 f) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Perú de 16 de junio de 2003 (BOE núm. 31, 5 de febrero de 2003); art. 7.1, 3º párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Paraguay de 24 de junio de 1998 (BOE núm. 28, 2 de febrero de 2006); art. art. 9.1, f) párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y República Dominicana de 1 de julio de 2004 (BOE núm. 255, 12 de junio de 2006); art. 8.1 f) Convenio de Seguridad Social entre España y Cabo Verde de 1 de diciembre de 2013 (BOE núm. 255, 24 de octubre de 2013); art. 9.2 Convenio de Seguridad Social entre España y Corea de 1 de diciembre de 2013 (BOE núm. 110, 8 de mayo de 2013);

elección de la normativa de Seguridad Social de cualquiera de los dos Estados²¹; e incluso la posible excepción en la aplicación de la ley del pabellón, en favor de la del lugar de residencia del marino si coincide con el lugar de contratación²².

Conforme a lo expuesto, en primer lugar, en lo que respecta a marinos españoles o extranjeros a bordo de buques de bandera española no existen reglas de conflicto, puesto que quedan comprendidos en el campo de aplicación del sistema de seguridad social nacional, salvo que por convenio internacional se contemplen excepciones a la regla de la ley del pabellón. En segundo lugar, también quedan encuadrados en nuestro sistema los trabajadores residentes en España retribuidos por empresa que tenga su sede o domicilio en nuestro país que ejerzan actividad a bordo de un buque de bandera de un Estado de la UE o con el que España haya firmado un convenio bilateral o multilateral de seguridad social. En consecuencia, quedarían incluidos dentro del ámbito de nuestro régimen de seguridad social, los marinos de cualquier nacionalidad que realicen su actividad a bordo de buques abanderados en España, o los marinos de cualquier nacionalidad residentes en nuestro país embarcados en buques de pabellón extranjero - aunque solo si son comunitario o con convenio- pero que sean retribuidos por empresas con sede o domicilio en nuestro país.

Esta situación no parece plantear dificultades para establecer la aplicación de la normativa nacional al existir conexión directa entre el Estado y el trabajador, veamos que sucede cuando los marinos se desplazan entre distintos Estados y cómo se determina entonces la normativa de seguridad social aplicable.

A. EL REGLAMENTO 883/2004

Como se ha mencionado, el Reglamento 883/2004 y demás normas instrumentales establecen las reglas para ordenar el sistema aplicable a situaciones en las que trabajadores nacionales de países de la UE, o nacionales de terceros países con residencia legal en un Estado miembro²³ (salvo Dinamarca y Reino Unido²⁴), prestan servicios en otros países de la Unión²⁵.

art. 8.1 Convenio de Seguridad Social entre España y Japón de 12 de noviembre de 2008 (BOE núm. 236 de 30 de septiembre de 2009 y BOE núm. 270 de 9 de noviembre de 2009).

²¹Art. 7.4, párrafo 2º Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania de 7 de octubre de 1996 (BOE núm. 81, 4 de abril de 1998).

²²El art. 6.4 Convenio de Seguridad Social entre España y Canadá de 10 de noviembre de 1986, BOE núm. 287 de 1 de diciembre de 1987, establece que cuando el marino pudiera estar sometido tanto a la legislación española como al régimen de Pensiones de Canadá a causa de tal trabajo, estará afectado únicamente por el Régimen de Pensiones de Canadá si tiene su residencia y es contratado en Canadá, y únicamente a la legislación española si tiene su residencia y es contratado en España. De no darse estas circunstancias quedará sometida únicamente a la legislación española si el buque enarbola bandera de España. Vid. Protocolo de 19 de octubre de 1995, BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1997.

²³El Reglamento 1231/2010 extendió las disposiciones del Reglamento 883/2004 a este colectivo.

²⁴En Dinamarca no son aplicables a los nacionales de terceros países. Reino Unido solo aplica los Reglamentos 1408/71 y 574/72.

²⁵Dichas normas conforman un paquete modernizador que vino a sustituir al Reglamento 1408/1972 de 14 de junio, junto a su “norma instrumental” el Reglamento 574/1972 de 21 marzo, que en su momento establecieron reglas de coordinación para solucionar la posible concurrencia de legislaciones sobre

El sistema no reemplaza a los regímenes nacionales de seguridad social sino que funciona sobre cinco principios fundamentales. El primero, tienen como fundamento la unificación de las normas de Derecho internacional privado de seguridad social de todos los Estados, para garantizar que solo se aplica la ley de un Estado miembro cuando se hace uso de la libertad de circulación. Este principio se construye tomando como elemento para la determinación de la normativa aplicable el lugar de la prestación de los servicios, o *lex loci laboris*. El segundo, permite la totalización de los períodos de cotización que se hayan adquirido en los distintos Estados; el tercero, la exportación de las prestaciones o supresión de las cláusulas de residencia; el cuarto, la igualdad de trato; y por último la colaboración administrativa entre las autoridades de los distintos Estados²⁶. El conjunto de normas garantizan mediante sus disposiciones que el derecho de libre circulación de trabajadores, y de personas²⁷, dentro de la Unión Europea tenga efectividad real, como piedra angular que era -y es- dentro de la construcción de la Unión Europea.

El criterio que se utiliza para la determinación del sistema de seguridad social aplicable es el de la territorialidad, es decir, el del lugar de prestación de servicios. Sin embargo, habida cuenta las especiales circunstancias del trabajo a bordo de buques, la norma refiere reglas especiales para establecer la legislación de aplicación²⁸.

Seguridad social, ocasionadas con el desplazamiento geográfico de los sujetos protegidos. Sobre su origen vid. Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J.M.; y Sempere Navarro, A.V.; *Derecho Social Europeo*. Madrid. Tecnos. 1994, pp. 189-300. Sobre las modificaciones sufridas en los Reglamentos, vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de Coordinación de Regímenes de Seguridad Social”, en VV.AA. (Sánchez-Rodas Navarro, C.; Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Sevilla. Laborum. 2010, pp. 23-38, asimismo de la misma autora “El Derecho de Libre Circulación y la Supresión de Cláusulas de Residencia”. *Temas Laborales* nº 130/2015, pp. 395-417.

²⁶Vid. Asín Cabrera, M.A.; “La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en los acuerdos internacionales bilaterales concluidos por España con terceros Estados africanos”. *Documentación Laboral* nº 103/2015, vol. I, Ediciones Cinca.

²⁷El derecho de libre circulación de trabajadores se encuentra consagrado en el artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE), y el artículo 4, apartado 2, letra a), y los artículos 20, 26 y 45 a 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y regulado mediante distintos reglamentos como el Reglamento 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, así como, la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Sin las normas de coordinación estos derechos se verían gravemente afectados.

²⁸Vid. art. 11.4 del Reglamento 883/2004. Asimismo, aunque no se trata de una disposición al objeto de establecer reglas para identificar la legislación aplicable en supuestos de conflicto, sino el ámbito de aplicación material, y por tanto las ramas de Seguridad Social sobre el que se aplicará el Reglamento, también el artículo 3 establece, en su apartado 4, una especialidad sobre el trabajo a bordo de buques, ya que las disposiciones del título III no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador, previsión igual a la prevista en el anterior Reglamento 1408/1971, de 14 de junio. A tal efecto, lo que viene a significar es que el armador o empleador, mantendrá aquellas obligaciones en materia de Seguridad Social y protección social asignadas en virtud de su normativa nacional, sin que pueda eludir las conforme a las reglas de coordinación. Con mayor profundidad sobre esta cuestión Vicente Palacio, A., “El Reglamento 883/2004 y las obligaciones de los armadores en el ámbito de la Seguridad Social”, en VV.AA. (Sánchez-Rodas Navarro, C., Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Op. cit., pp. 65-90.

En primer lugar, como regla ad hoc para el sector marítimo-mercante el Reglamento establece que cuando se ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque en el mar que enarbole pabellón de un Estado miembro, se considerará dicha actividad como ejercida en ese Estado miembro. De nuevo se reconduce las reglas de conflicto al Estado de pabellón. No obstante, el legislador europeo ha intentado introducir otros puntos de conexión que pudieran presentar vínculos más estrechos con el asunto en cuestión. Así, si el marino es remunerado por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro, estará sujeto a la legislación de este último si él mismo también reside en dicho Estado. Por tanto, la empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario, a efectos de dicha legislación. De esta forma, aunque se consagra el criterio del lugar de prestación de los servicios a través de la ficción legal del pabellón del buque, se permite el desplazamiento desde la *lex loci laboris* a la del Estado en el que esté domiciliada la empresa, cuando coincida con el de residencia del trabajador²⁹. Este supuesto viene a consagrar una regla similar a la introducida en nuestras normas nacionales de seguridad social para el encuadramiento del marino.

Pero supongamos que el marino es contratado por una empresa cuya sede está Francia, él reside en España, y en su actividad es embarcado sucesivamente en buques con pabellón alemán, italiano y belga. En esos casos, podríamos considerar aplicable junto a lo previsto en el artículo 13 del Reglamento, que instituye reglas para la determinación de la normativa aplicable para personal itinerante, es decir, en los que la actividad se desenvuelva de forma simultánea en varios Estados³⁰. La norma remite, inicialmente, a la legislación del Estado miembro de residencia, siempre que el trabajador ejerza una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro, o si ha sido contratado por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tienen su sede o domicilio en Estados miembros distintos del Estado miembro de residencia. Sin embargo, si no se cumplen estas condiciones, se reconducirá la regulación a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede/s o domicilio/s la empresa o el empleador que lo ocupa de forma prioritaria. En consecuencia, respecto al ejemplo planteado, conforme a las reglas descritas, sería la legislación francesa la aplicable. Por otro lado, el artículo 14 del Reglamento incorpora una regla correctora para el caso de que esta actividad solo se realice de forma esporádica.

A tal efecto, establece que la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que realiza sus actividades normalmente en él, y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro, seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada. Igualmente, el marino embarcado en un buque de pabellón español que sea enviado temporalmente a otro buque de distinto pabellón, siempre que sea ocasionalmente, no verá modificada la legislación de seguridad social que debe ser aplicable. Los distintos supuestos descritos

²⁹Puede consultarse sobre el ámbito personal del Reglamento Rodríguez Cardo, I.A.; "Problemas de aplicación de la Seguridad Social en el espacio: el conflicto de leyes en el Reglamento 883/2004", en VV.AA. (Sánchez-Rodas Navarro, C.; Dir.), La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Op. cit., pp. 39-63.

³⁰La regulación prevista en este artículo se separa de la prevista en el Reglamento 1408/1971 donde se diferenciaba la regulación para el personal itinerante de empresas de transporte internacional y los que prestaban servicios en otras compañías, vid. art. 13 del Reglamento.

pueden parecer rebuscados, pero lo cierto es que la necesidad de disminuir los costes de explotación del transporte marítimo, ha hecho que estas situaciones sean más frecuentes de lo que uno pueda imaginar.

B. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El Convenio Multilateral Iberoamericano es una norma de coordinación que se empleará para determinar la norma de Seguridad social de aplicación en los desplazamientos de trabajadores³¹ entre los Estados Iberoamericanos que lo ratifiquen y que, además, suscriban el Acuerdo de Aplicación³². El Convenio tiene como objetivo establecer un sistema de coordinación similar al realizado en el ámbito europeo, aunque con un carácter distinto habida cuenta de las diferencias que existen entre la Unión Europea, como entidad supranacional, y los Estados iberoamericanos³³. Dicha norma multilateral toma como base los mismos principios que los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, de los que también se detecta una influencia en su articulado³⁴, si bien ha superado las dificultades de redacción que se siguen manifestando en las normas europeas³⁵. Asimismo, se establece su plena aplicación entre los Estados parte, siempre que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes, en cuyo caso habrán de aplicarse las disposiciones más favorables al posible beneficiario. En consecuencia, el Convenio no deroga a otros convenios internacionales vigentes que pudieran haber sido suscritos por los Estados parte del mismo, por lo que si las

³¹Se aplica a las personas (de cualquier nacionalidad) que estén o hayan estado sujetas en algún momento a la legislación de Seguridad Social de dos o más Estados Parte del mismo, así como a sus familiares, beneficiarios y derechohabientes, aplicándose a prestaciones económicas de la Seguridad Social, por Invalidez, Vejez, Supervivencia, Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional.

³²Sobre la génesis y significado del Convenio vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 26/2011, pp. 201-222.

³³Actualmente solo a España, Paraguay, Portugal, Uruguay, El Salvador, Brasil, Chile, Ecuador y Bolivia, ya que son los únicos que han ratificado el Convenio y suscrito el Acuerdo de aplicación.

³⁴Vid. Sánchez-Rodas Navarro, C.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. *Op. cit.* p. 206. Dentro de las diferencias que se evidencian entre ambos sistemas de coordinación, hemos de señalar que dentro del ámbito material del Convenio Multilateral presenta un inferior ya que se limita a circunscribir a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, a diferencia de los Reglamentos comunitarios que comprenden los regímenes de Seguridad Social, contributivos y no contributivos, generales y especiales, así como, los relativos a las obligaciones del armador, incluyendo prestaciones de enfermedad; las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; las prestaciones de invalidez; las prestaciones de vejez; las prestaciones de supervivencia; las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; los subsidios de defunción; las prestaciones de desempleo; las prestaciones de prejubilación y las prestaciones familiares.

³⁵Dificultad que ya se presentaba en su predecesor el Reglamento 1408/71 del Consejo de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Dicho Reglamento ha sido calificado repetidamente por la doctrina como instrumento endiablado por su complejidad y por las sucesivas modificaciones que sufrió, ninguna de ellas destinada a clarificar su contenido. Vid. sobre esta concepción Carril Vázquez, X.M.; “La seguridad social de los trabajadores del mar en el Derecho internacional y comunitario” en: VV.AA. (Fotinoupolou Basurko, O.; coord.), *Jornada sobre la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*. Bilbao, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco. 2007, p. 71.

disposiciones que se contienen en estos son más favorables para los trabajadores migrantes serán las que prevalezcan frente al Convenio Multilateral³⁶.

Como viene siendo habitual a la hora de determinar la legislación de Seguridad Social aplicable, el Convenio establece como regla general el lugar de prestación de los servicios³⁷, y dentro de las reglas especiales se recoge expresamente la actividad a bordo de buques donde se manifiesta, de nuevo, la influencia del Reglamento 884/2003. A tal efecto, se comprenderán dentro de su ámbito las actividades dependientes que se desarrollen a bordo de un buque en el mar que enarbole el pabellón de un Estado parte, siendo considerada dicha actividad como ejercida en el Estado parte de bandera. La norma introduce, asimismo, una regla correctora similar a la anteriormente reseñada, ya que en los casos de que el trabajador sea remunerado por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado parte, estará sujeto a la legislación de este último siempre que el marino resida en dicho Estado. Igualmente se considerará a la empresa o persona que abone la remuneración como empresario o empleador a efectos de la aplicación de la correspondiente legislación.

En consecuencia, en las líneas que anteceden hemos podido comprobar la ley del Estado de pabellón que se toma como criterio preferente para determinar el encuadramiento de trabajadores enrolados a bordo de buques dentro del sistema de seguridad social. Este criterio se sigue tanto por las normas españolas, como para determinar la ley aplicable en supuestos de concurrencia de varios regímenes, conforme a la aplicación de las normas de coordinación de los Reglamentos Europeos, el Convenio Multilateral Iberoamericano, e incluso en los convenios bilaterales sobre Sistemas de Seguridad Social. El referido criterio es apropiado, en nuestra opinión, cuando el buque mantiene elementos de conexión con el lugar que le otorga nacionalidad.

Sin embargo, piénsese en marino uruguayo (nacionalidad del trabajador) que vive en España (lugar de residencia), trabaja para una naviera Suiza (domicilio del empleador), con buque de pabellón panameño (bandera del buque) y navega por el Golfo Pérsico (lugar donde se desarrolla la prestación)³⁸.

En definitiva ha de aplicarse solo una legislación conforme a las reglas establecidas por el Derecho Internacional, o el Derecho europeo, que sin excepción cuando existe un elemento de extranjería optan por elegir el lugar de realización de los servicios, entendiendo como tal el de bandera del buque. ¿Pero son estas normas las adecuadas para regular la situación descrita? Es visible que estamos ante un sector que requiere de reglas especiales pero, a nuestro juicio, la aplicación de la ley del pabellón no resuelve

³⁶Utilizando la técnica del “espiguelo”, lo que previsiblemente dará lugar a litigiosidad a juicio de Sánchez-Rodas Navarro, C.; “El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”. Op. cit. p. 219.

³⁷Art. 9 del Convenio Multilateral que dispone “las personas a quienes sea aplicable el presente Convenio estarán sujetas exclusivamente a la legislación de seguridad social del Estado Parte en cuyo territorio ejerzan una actividad, dependiente o no dependiente, que dé lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación de dicha legislación”, si bien a continuación en el art. 10 establece una serie de excepciones a dicha regla.

³⁸No está tan lejos de la realidad, en definitiva es una relación de hechos similar a la de la Sentencia Kik, C-266/13, EU:C:2015:188, a la que se ha introducido una pequeña licencia de la autora.

los problemas que se pueden plantear a partir de la introducción del fenómeno de las banderas de conveniencia.

III. LEX LOCI LABORIS Y BANDERAS DE CONVENIENCIA

En este escenario el recurso a las llamadas banderas de conveniencia incorporan un elemento distorsionador sobre las reglas de determinación de las normas de seguridad social en el transporte marítimo³⁹. Es visible, que los armadores que abanderan sus buques en estos registros, donde cuentan con una fiscalidad reducida, obtienen una importante ventaja competitiva⁴⁰. Son pabellones que disminuyen los costes operativos de la actividad, utilizando una ficción jurídica para permitir el registro y, por tanto, dotando nacionalidad a un buque sin que tenga que existir vínculo alguno entre el armador y la bandera que enarbola, ya que la propiedad del buque y su control puede estar ubicado en cualquier otro país. Conforme a los pabellones de conveniencia el mencionado ahorro de costes económicos se basa en la permisividad de estos Estados, que favorece que los armadores utilicen buques en mal estado, mal cuidados, con tripulaciones escasas, peor formadas, mal pagadas y con inexistencia de seguridad social o costes sociales. Estamos ante unos países cuyos registros permiten matricular a un buque sin que tengan que cumplir los requisitos que en países occidentales exigen, entre otras cuestiones, a las tripulaciones, donde las autoridades ejercen un escaso -o inexistente- control sobre la flota abanderada en los mismos. En este orden de cosas es visible que la tripulación de pabellones de conveniencia trabaja en condiciones de inseguridad técnica e “inseguridad social”⁴¹.

No obstante, la comunidad internacional ha intentado resolver el problema elaborando soluciones normativas que no han tenido el éxito deseado⁴². Cada Estado tiene libertad en fijar los requisitos que pueda exigir en orden al abanderamiento, si bien el Convenio de Ginebra sobre Alta Mar de 1958 vino a reconocer la necesidad de que existiese un vínculo efectivo de la persona con el Estado para abanderar el buque.

Esta misma previsión figura en el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, Convenio de Montego Bay, que aunque exige un control efectivo al Estado de bandera, tampoco prevé que la inexistencia de este control pueda dar lugar al rechazo de la matriculación del buque. En este orden de cosas, la OIT al detectar que los trabajadores que realizan sus servicios a bordo de buques de banderas de conveniencia se ven afectados por las normas nacionales del pabellón, y en términos generales dichos países tienen un nivel de protección social y asistencial muy escaso, en muchos casos careciendo de un sistema obligatorio de Seguridad Social, acometió una iniciativa

³⁹Pueden consultarse los antecedentes históricos de las banderas de conveniencia en Martínez Landaluce, J.A., “De las banderas de conveniencia a los segundos registros”. *Tribuna Social* nº 49/1995, pp. 36 y ss.

⁴⁰Sobre el efecto de utilización de banderas de conveniencia y su incidencia en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vid. entre otros, Ruiz Soroa, J.M.; Díaz Sánchez, J.; “Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y Derecho Marítimo y Laboral español”. *Op. cit.*, pp. 91-155. Carril Vázquez, X.M.; “Aspectos laborales y de Seguridad Social de los pabellones de conveniencia”. *Op. cit.*, pp. 909-927. También Arias Domínguez, A.; “Problemática socio-laboral de los pabellones de conveniencia”. *Op. cit.*

⁴¹Cfr. Ruiz Soroa, J.M.; Díaz Sánchez, J.; “Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y Derecho Marítimo y Laboral español”. *Op. cit.*, p. 101.

⁴²Sempere Navarro, A.V.; “Pabellones de conveniencia y Seguridad Social”. *Op. cit.*

destinada a regular el derecho a una protección sobre esta materia para la gente de mar⁴³.

Por consiguiente, se elaboraron y aprobaron sucesivamente el Convenio número 70, sobre seguridad social de la Gente de mar de 1946, el número 71 sobre pensiones de la gente de mar de 1946, número 147, sobre la marina mercante (normas mínimas) de 1976 y número 165, sobre la seguridad social de la gente de mar (revisado) de 1987.

En la actualidad estas normas han sido sustituidas por el Convenio de Trabajo Marítimo, 2006⁴⁴, donde se introduce un sistema de implantación progresiva para lograr una protección completa para la gente de mar⁴⁵. Igualmente, el Convenio de Trabajo Marítimo, 2006 ordena que los miembros adopten medidas acordes con sus circunstancias nacionales para proporcionar protección en materia de seguridad social para la gente de mar con residencia habitual en su territorio, recomendando, asimismo, que todo miembro cuyo pabellón enarbole el buque proporcione a su personal a bordo la protección prevista en el convenio en materia de Seguridad Social. Sin embargo, a juicio de la doctrina estas disposiciones no han tenido el efecto deseado, sin que se proteja adecuadamente a los trabajadores que navegan bajo estos pabellones⁴⁶.

Por tanto, si bien el criterio de la *lex loci laboris* es perfectamente válido para actividades estables como las prestadas en tierra firme, se pone de manifiesto que el recurso a la ley de pabellón permite eludir normas de Derecho nacional mucho más exigentes respecto a las obligaciones de índole tanto laboral, como de seguridad social. Se evidencia con esta situación la necesidad de atender a otros criterios de localización de la legislación aplicable, como sucede con el propio contrato de embarco, que permitiesen conectar la relación laboral con el ordenamiento jurídico con el que aquél esté más estrechamente vinculado.

IV. LA QUIEBRA DEL CRITERIO DEL ESTADO DE PABELLÓN: BANDERA DEL BUQUE VS. VÍNCULACIÓN ESTRECHA.

También el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los problemas derivados de la aplicación de los Reglamentos de coordinación a trabajadores del mar⁴⁷.

⁴³Gente de mar es el término empleado en los convenios de la OIT para referirse a los trabajadores de la marina mercante.

⁴⁴Todos estos convenios fueron revisados con el Convenio de Trabajo Marítimo, a excepción del C-71.

⁴⁵Vid. párrafo 2 de la Regla 4.5 CTM, 2006. Sobre las implicaciones de la aprobación del Convenio de la OIT vid. Carril Vázquez, X.M.; "El Derecho a la atención médica y a la protección de Seguridad social y a las responsabilidades exigibles al armador por enfermedad, lesiones y muerte por causas laborales de la gente de mar en el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006". Revista del Ministerio de Trabajo y Emigración nº 82, pp. 383-392. Del mismo autor, "La seguridad social de los trabajadores del mar en el Convenio de Trabajo Marítimo 2006". Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 36/2014, pp. 248-261.

⁴⁶Vid. Carril Vázquez, X.M.; "Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia". Op. cit., pp. 916-917.

⁴⁷Aunque referido a la aplicación del Reglamento 1408/1972, antecesor del 883/2004 vigente. Sobre la actuación del TJUE sobre estas cuestiones, véase Miranda Boto, J.M.; "La Seguridad Social de los trabajadores del mar en los Reglamentos Europeos" en: VV.AA. (Cabeza Pereiro, J.; Rodríguez Rodríguez, E.; coord.), El Trabajo en el Mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos. Albacete.

En concreto, estamos hablando de los asuntos Bakker⁴⁸ y Kik⁴⁹ que por diferentes razones merecen ser traídos a colación. El último de ellos, recientemente resuelto por el TJUE, ha venido a poner de relieve que también el Tribunal Europeo alberga dudas sobre la viabilidad del principio de territorialidad para la aplicación de los Reglamentos de coordinación, cuando la actividad se presta a bordo de buques con pabellones de conveniencia⁵⁰.

El Asunto Bakker venía a resolver la controversia acerca de la aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social a un trabajador neerlandés, el Sr. Bakker, residente en España, que ejercía su actividad a bordo de dragas con pabellón holandés para una empresa establecida en los Países Bajos. El Sr. Bakker consideraba que no debía aplicársele la legislación neerlandesa ni era aplicable el Reglamento de coordinación, entre otras razones⁵¹, porque su actividad se desempeñaba fuera del territorio de la Unión Europea, principalmente en aguas territoriales chinas y en los Emiratos Árabes Unidos. El Tribunal consideró que la circunstancia de que las actividades se desarrollasen fuera del territorio de la Unión no tenía incidencia en el asunto, al realizarse a bordo de una draga de pabellón holandés y para una empresa establecida en ese mismo Estado y, por tanto, sujeta a la legislación de Países Bajos. En el asunto de referencia el Tribunal utilizó el criterio del Estado de pabellón para determinar la normativa aplicable, ya que consideraba que el abanderamiento en los Países Bajos era un vínculo suficientemente estrecho para permitir la conexión con el territorio de la Unión Europea⁵².

Ahora bien, es el Asunto Kik el que a nuestro juicio introduce un nuevo enfoque de especial interés, puesto que puso de manifiesto el problema de los pabellones de conveniencia. El Sr. Kik es un nacional y residente neerlandés que trabajaba para una sociedad establecida en los Países Bajos colocando tuberías, embarcado en un buque de bandera panameña. Posteriormente, el trabajador, aunque siguió prestando los mismos servicios en el mismo buque y bajo la misma bandera, comienza a ejercer la actividad para una sociedad establecida en Suiza. Durante el tiempo que el Sr. Kik desempeñó sus servicios para la entidad establecida en Suiza, su trabajo se situó tanto fuera del territorio de la UE, como en plataformas continentales adyacentes a un Estado tercero, en aguas internacionales y a la altura de la plataforma continental adyacente a determinados Estados miembros. Por tanto, el Sr. Kik entendía que no le era de aplicación la normativa de Seguridad Social neerlandesa.

Bomarzo. 2015. pp. 265-278, del mismo autor “El trabajo en el mar en la jurisprudencia comunitaria”. Revista del Ministerio de Trabajo y Emigración nº 82, pp. 417-434.

⁴⁸Sentencia Bakker, C-106/11, EU:C:2012:328.

⁴⁹Sentencia Kik, EU:C:2015:188.

⁵⁰Chaumette, P. “Les espaces juridiques du travail maritime”, en: VV.AA. (Cabeza Pereiro, J.; Rodríguez Rodríguez, E.; coord.), El Trabajo en el Mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos, Op. cit., pp.15-53.

⁵¹También alegaba que la draga no es un buque, cuestión descartada por el Tribunal ya que no se establece nada en tal sentido en el Reglamento y porque están matriculadas e inscritas en el Registro neerlandés de buques.

⁵²Este mismo criterio se había utilizado en la Sentencia Aldewereld, C-60/93, EU:C:1994:271.

En puridad, conforme al articulado del Reglamento de coordinación, la norma de Seguridad Social aplicable habría de corresponder a la del pabellón del buque, en consecuencia, sería la legislación panameña encontrándose la actividad fuera del ámbito del Reglamento de coordinación. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, haciendo uso de una orientación que ya había seguido en otras ocasiones aunque para otras actividades⁵³, entendió que existía una vinculación suficientemente estrecha entre la relación laboral y el territorio de la Unión por diversos factores, esto es, el lugar de residencia del trabajador y el lugar de establecimiento de la empresa, Países Bajos y Suiza, respectivamente. Es significativo que utilice para vincular esta situación al ámbito de aplicación del Reglamento, las reglas aplicables a trabajadores que son contratados por empresas establecidas en la UE para realizar su actividad fuera de la Unión⁵⁴.

El TJUE emplea sin vacilar, a tal efecto, disposiciones que no se aplican a los trabajadores a bordo de buques, eludiendo el criterio tradicional del pabellón como lugar de realización de la actividad -como hubiera sido preceptivo-, ya que hubiera dado como resultado la inaplicación del Reglamento de coordinación⁵⁵. Finalmente, resuelve en base a los elementos de vinculación con la legislación de los Estados miembros y establece que un trabajador nacional de un Estado miembro, que ejerza fuera del territorio de la Unión una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque de pabellón de un Estado tercero, pero que trabaje para una empresa establecida en territorio de la UE estará sujeto a la legislación de éste último Estado, salvo que ello conlleve la afiliación a un régimen de seguro voluntario, o no supusiese la afiliación a régimen alguno de seguridad social. En ese último caso se aplicaría la legislación del Estado de residencia del trabajador.

Por tanto, la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos permite reflexionar sobre la problemática de aplicación de la norma del Estado de pabellón⁵⁶, y la necesidad de revisar los criterios, para la determinación de la normativa aplicable.

V. CONCLUSIONES

La situación de los trabajadores del mar respecto a la normativa de aplicación a sus relaciones jurídico-laborales es especial. Así, cuando se trata del desempeño de actividades a bordo de buques todas las normas que establecen la vinculación a un régimen determinado de seguridad social, lo hacen a través del recurso a la ley del pabellón como criterio conflictual, y es visible que esta ficción legal permite eludir normas de previsión social que en otro caso serían de aplicación.

De lo anteriormente expuesto se extrae que esta circunstancia puede originar problemas para encuadrar al trabajador en un régimen de seguridad social por su conexión con más

⁵³Vid. Sentencia Ingrid Boukhalfa/Bundesrepublik Deutschland, C-214/94, EU:C:1996:174.

⁵⁴Vid. Sentencia Kik, EU:C:2015:188, apartado 48-49.

⁵⁵Véase apartados 56, 59 y 60 de la Sentencia Kik, EU:C:2015:188, como se ha referido, el Reglamento 1408/1972.

⁵⁶En la misma línea vid. Fotinopoulou Basurko, O.; "¿Es necesario reformular el art. 7 de la LGSS ante la decadencia del criterio de la ley del pabellón como criterio de conexión de los sistemas de Seguridad Social de la gente de mar?". Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº5/2015, Editorial Laborum, pp. 63-96.

de un ordenamiento jurídico, ya que la actividad es por su propia naturaleza transnacional, lo que también se produce respecto al régimen jurídico regulador de los contratos de trabajo -o contratos de embarco- que subyacen en la misma actividad. En estos casos, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ha introducido criterios de aplicación distintos, a partir de la ley elegida por las partes, aunque sin que pueda privarse al trabajador de la protección que le brindan las normas de carácter imperativo que serían aplicables en defecto de elección.

No obstante, en defecto de elección, se habrá de acudir a otros criterios, en primer lugar a la ley del país en el que el trabajador realiza habitualmente su trabajo, *lex loci laboris*. En segundo lugar, se atenderá a la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador, *lex loci celebrationis*⁵⁷ y, por último, se tomará como elemento de aplicación, aquel ordenamiento jurídico con el que el contrato presente vínculos más estrechos, sin tener en cuenta los criterios anteriores y corrigiendo las reglas de aplicación⁵⁸.

En nuestra opinión, el criterio del Estado de pabellón resulta adecuado cuando existe conexión directa entre el buque y la bandera que enarbola y, en consecuencia, subyace un criterio de vinculación. Por las mismas razones, conectar la normativa a la residencia de empresario y trabajador cuando ambas se encuentran en el mismo Estado puede ser apropiada, pero sigue permitiendo eludir disposiciones que, de otra forma, serían aplicables. En este sentido, la expresa mención que figura en la Ley 47/2015, reguladora del Régimen Especial de Seguridad Social para el Sector Marítimo Pesquero, sobre el principio de territorialidad, aunque adecuada, deviene insuficiente.

Como se ha señalado en páginas anteriores, los problemas surgen con los pabellones de conveniencia, a los que no se hace extensiva la regla antes citada, ya que limita la aplicación de nuestras normas de Seguridad Social al trabajador -nacional o residente-retribuido por empresa con sede en España, embarcado en buques de bandera de países UE o con los que España hubiera firmado un convenio de Seguridad Social.

Por tanto, nos preguntamos si no sería más adecuado, en lugar de tomar como norma el Estado de Pabellón que, en definitiva, no es más que una ficción legal, introducir con carácter general el recurso al criterio de la vinculación más estrecha, en la línea señalada por el TJUE. Esta modificación de los criterios existentes para el encuadramiento en las normas de Seguridad social, los convenios y los Reglamentos de coordinación, permitirán proteger adecuadamente a los trabajadores del mar.

⁵⁷Sentencia Koelzsch, C-29/10, EU:C:2011:151 y Sentencia Voogsgeerd, C-384/10, EU:C:2011:842. Sobre esta cuestión Fotinopoulou Basurko, O., “What law for the international maritime employment contracts?: between flexibility and reasonableness”, *Diritto marittimo*, Vol. 115, N° 2, 2013, pp. 287-303.

⁵⁸Sentencia Schlecker, C-64/12, EU:C:2013:551. Véase Fotinopoulou Basurko, O., “Cerrando el círculo: El caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 123, 2014, pp. 79-108.