

## LA PORTABILIDAD DE DERECHOS EN EL MARCO DE LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE TRABAJADORES\*

Carolina Gala Durán<sup>†</sup>  
Universidad Autónoma de Barcelona

**SUMARIO:** 1. Introducción. –2. La portabilidad de derechos en materia de Seguridad Social: cuestiones previas. –3. El alcance de la garantía de la portabilidad de derechos. 3.1. El caso de los migrantes. 3.2. El supuesto de los trabajadores desplazados por su empresa o expatriados. –4. Conclusiones. –5. Bibliografía

### RESUMEN

La globalización ha incrementado la movilidad internacional de los trabajadores en las últimas décadas, si bien dicha movilidad se encuentra afectada por el alcance de la garantía de los derechos sociales, particularmente de los derechos de seguridad social. El objetivo de este trabajo es analizar, desde una perspectiva global, el alcance actual de la portabilidad de los derechos de seguridad social de los trabajadores, tomando como parámetro dos elementos: por un lado, el ámbito de la Unión Europea y el marco extracomunitario, y, por otro lado, los supuestos de emigración y de desplazamiento temporal de trabajadores. Ambos parámetros ponen de manifiesto no solo las importantes diferencias de trato según el supuesto de que se trate, sino también la necesidad de actualizar la normativa internacional existente en esta materia y de afrontar los nuevos retos.

### ABSTRACT

Globalization has increased the international mobility of workers in recent decades, although such mobility is affected by the scope of the guarantee of social rights, particularly social security rights. The aim of this work is to analyse, from a global perspective, the current scope of the portability of workers' social security rights, taking as a parameter two elements: on the one hand, the scope of the European Union and the extra-community framework, and, on the other hand, the assumptions of emigration and temporary posting of workers. Both parameters highlight not only the significant differences in treatment according to the case in question, but also the need to update the existing international regulations in this area and to face the new challenges.

\*Recibido el 25/11 de 2019. Aceptado el 5/12 de 2019.

Proyecto de investigación "Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: Desigualdad, precariedad y exclusión social" (RTI2018-098794-B-C31).

<sup>†</sup>Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Doc. Labor., núm. 118-Año 2019-Vol. III. ISSN: 0211-8556. La portabilidad de derechos..., págs. 79 a 96

## 80 La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad...

DL

**Palabras clave:** movilidad de trabajadores, seguridad social, convenios internacionales, derecho comunitario, portabilidad de derechos

**Key words:** worker mobility, social security, international conventions, EU law, portability of rights

### 1. INTRODUCCIÓN

La movilidad internacional de trabajadores no es un fenómeno nuevo, pero, sin duda, se ha incrementado y diversificado en las últimas décadas, y en ello ha influido, de forma trascendente, el fenómeno de la globalización, que ha afectado a numerosos aspectos, entre ellos, la actividad laboral o profesional. Y a ello se ha sumado, más recientemente, el nuevo reto que supone la denominada industria 4.0 o cuarta revolución industrial, que incluso, a nuestro entender, va a "remodelar" los propios conceptos de movilidad laboral y lugar de trabajo.

En efecto, la globalización ha comportado no solo importantes cambios económicos sino que también ha variado la lógica y las reglas de funcionamiento del mundo del trabajo y, en este ámbito, ha traído consigo, aunque no solo, dos consecuencias importantes<sup>1</sup>: por un lado, el incremento del dumping social (expandiéndolo a nivel mundial y no solo sectorial o regional), y por otro lado, el incremento de la movilidad internacional de trabajadores<sup>2</sup>; pero, cabe tener presente que esta se lleva a cabo ahora, al menos parcialmente y en relación con ciertos colectivos, con unas nuevas condiciones laborales y de seguridad social, peores que las anteriores.

Por otra parte, cabe recordar que la movilidad internacional de trabajadores no solo se ha incrementado cuantitativamente, sino que junto a los tipos tradicionales de movilidad, se han desarrollado otros nuevos (principalmente como consecuencia de los cambios tecnológicos y las nuevas estrategias empresariales y productivas), desconocidos o poco relevantes hasta hace poco. Y precisamente, estos nuevos tipos de movilidad resultan especialmente interesantes y plantean nuevos retos, sin que la normativa laboral y de seguridad social aplicable –ya sea a nivel internacional (convenios bilaterales o multilaterales), de la Unión Europea o incluso estatal– haya cambiado (y adaptado).

A lo que cabe añadir que, como apuntábamos anteriormente, las causas de la movilidad internacional de trabajadores se han diversificado: aun cuando la migración por causas económicas sigue siendo la predominante, no podemos olvidar el incremento de las migraciones por causas humanitarias y/o medioambientales. Y, a la vez, han aumentado los desplazamientos de trabajadores por parte de sus empresas a otros países como consecuencia de los cambios productivos y organizativos y la búsqueda de nuevos mercados.

Y no podemos olvidar tampoco que, en los últimos años, ese fenómeno se ha visto acompañado por movimientos políticos claramente contrarios a la inmigración, en distintos continentes (Europa, EE.UU...), y por fenómenos como el *brexit* (en el que la "supuesta" –desmentida por los datos– presión sobre el sistema de protección social por parte de la inmigración ha servido precisamente como justificación para el propio *brexit*) y que supone, sin duda, un gran reto para el día "después", desde la perspectiva de los derechos sociales y la portabilidad de tales dere-

<sup>1</sup> 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*, número 132, pp. 18 y ss.

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores*, Reus Editorial, 2018, pp. 15 y ss.; y MOLINA MARTÍN, A.M., *La Movilidad Internacional de Trabajadores*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 34 y ss.

Doc. Labor., núm. 118-Año 2019-Vol. III. ISSN: 0211-8556. La portabilidad de derechos..., págs. 79 a 96

chos. Y en fin, tampoco es posible ignorar, entre otras, las propuestas del presidente Trump en materia de inmigración, una de las últimas referidas, incluso, a la limitación de los derechos sociales de los inmigrantes residentes legales en EE.UU y la supresión de su estatus de residentes legales si dependen principalmente de la asistencia de los fondos públicos para subsistir (lo que afecta particularmente a los inmigrantes provenientes de países pobres)<sup>3</sup>.

Y es ante este panorama, presentado lógicamente a grandes rasgos, donde cabe preguntarse si la portabilidad de derechos, particularmente en materia de seguridad social –que es el ámbito en el que nos centraremos, por la trascendencia que los derechos de seguridad social tienen para las personas; tratándose, además, de un derecho reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos–, está suficientemente garantizada y si es necesario dar nuevos pasos, ya sea a nivel internacional y/o estatal.

### 2. LA PORTABILIDAD DE DERECHOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: CUESTIONES PREVIAS

Para abordar la cuestión planteada es posible adoptar varios enfoques, pero, a nuestro entender, el más clarificador es contrastar cómo se aborda y se regula la portabilidad de los derechos de seguridad social en los principales tipos de movilidad internacional de trabajadores.

Sin embargo, con carácter previo, cabe abordar tres cuestiones interrelacionadas: qué significa portabilidad de derechos, cuál es su fundamento y la forma de garantizarla, y cuál es su alcance actual.

En primer lugar, resulta evidente la conexión entre la portabilidad de derechos y la libre circulación de trabajadores, ya sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia: en efecto, tal y como se asumió tempranamente en la Unión Europea, si no se garantiza la portabilidad de los derechos de seguridad social, difícilmente se podrá facilitar y fomentar la libre circulación de trabajadores (si alguien va a trabajar a otro país y pierde sus derechos de seguridad social o éstos se ven limitados o condicionados, seguramente se lo pensará. Y, ciertamente, preocupa la remuneración a percibir si nos desplazamos, pero bastante más qué ocurrirá con nuestra futura pensión de jubilación o si nuestros familiares quedarán cubiertos en caso de fallecimiento...)<sup>4</sup>. Y, por los mismos motivos, esa garantía de portabilidad de los derechos de seguridad social también apareció muy pronto, aunque fuera de una forma genérica, en la normativa internacional (así, Convenio de la OIT 19, sobre la igualdad de trato en accidentes del trabajo, 1925).

Existe, por tanto, una clara conexión entre la libre circulación de trabajadores y la portabilidad de derechos de seguridad social, con independencia de la distancia a la que se desplace el trabajador, si bien, lógicamente, dicha portabilidad no siempre estará garantizada: por el país de destino (principalmente África y Asia) o por el tipo de prestación de la seguridad social de que se trata (asistencia sanitaria, prestaciones no contributivas o prestaciones por desempleo); y cuando lo está, el alcance de la garantía de portabilidad no siempre será el mismo (dependiendo, entre otros factores, de la duración del desplazamiento, el tipo de actividad que se va a desempeñar, la prestación de que se trate, la mayor o menor equivalencia protectora entre los sistemas de seguridad social implicados, o la categoría profesional del trabajador). A lo que cabe añadir que dicha portabilidad, principalmente cuando se trata de migrantes, puede verse afectada por

<sup>3</sup> "La Administración Trump prepara una normativa para restringir la inmigración legal", *El Mundo*, 12 de agosto de 2019; y "Trump quiere denegar la residencia a los inmigrantes que dependen de ayudas sociales", *La Vanguardia*, 12 de agosto de 2019.

<sup>4</sup> Respecto al alcance de tal libertad en el ámbito de la Unión Europea, entre otros, ROJO TORRECILLA, E., "Libertad de circulación de trabajadores, de prestación de Servicios y de establecimiento", en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea*, Lefebvre, 2018, pp. 484 y ss.

Doc. Labor., núm. 118-Año 2019-Vol. III. ISSN: 0211-8556. La portabilidad de derechos..., págs. 79 a 96

## 82 La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad...

DL

intereses políticos –nuevamente, como ejemplo, el *brexit* o la política del presidente Trump–, al tratarse de un tema sensible para la población y que puede modificarse fácilmente a nivel estatal (incluso cuando se forma parte de un convenio internacional –bilateral o multilateral–, ya que basta con denunciar dicho convenio).

Sin embargo, cabe tener presente que, en los casos de desplazamiento internacional de trabajadores por parte de sus empresas, la libertad implicada no es la libre circulación de trabajadores sino la libre prestación de servicios, ya que se trata de una movilidad en el empleo y no para el empleo.

Por otra parte, tampoco podemos olvidar que, especialmente cuando se pretende abordar desde una perspectiva multilateral, la regulación de la portabilidad de derechos de seguridad social resulta muy compleja, así como su aplicación práctica: cabe recordar aquí, por un lado, la complicada evolución normativa, a nivel de la Unión Europea, de los reglamentos 1408/1971<sup>5</sup> y 883/2004<sup>6</sup>, objeto de numerosas reformas y cuya interpretación ha dado lugar a numerosísimas sentencias del Tribunal de Justicia y a bastantes decisiones y recomendaciones (lo que, a nuestro entender, somete al propio modelo de comunitario a una presión constante y quizás no siempre deseable).

Y, por otro lado, cabe tener presente el hecho de que la OIT, a pesar de defender la necesidad de garantizar la portabilidad de derechos en varios convenios, estos tienen un contenido bastante genérico y no reconocen derechos directamente ejecutables, sino que se limitan a incorporar líneas o ejes de actuación. Su concreción se reserva en gran medida a los Estados, a través de la celebración de convenios bilaterales o multilaterales. Situación condicionada, obviamente, por la evidente dificultad de extender dicha portabilidad con una perspectiva o visión internacional. Cabe recordar aquí los Convenios 19, relativo a la igualdad de trato en accidentes del trabajo (1925); 48, sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes (1935), y 157, sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social (1982). Se trata, además, de convenios que, salvo en el caso del número 19<sup>7</sup>, actualmente están en vigor en muy pocos países del mundo<sup>8</sup>.

En segundo lugar, cabe señalar que hablar de "portabilidad" no resulta del todo correcto, ya que el trabajador que se desplaza no se lleva consigo sus derechos (no hay un traspaso de fondos entre sistemas de seguridad social), sino que lo que se garantiza es la conservación de los derechos adquiridos o en vías de adquisición, en los concretos términos previstos en la normativa que resulte de aplicación en cada caso.

En tercer lugar, respecto a la forma de garantizar la portabilidad de los derechos de seguridad social, caben varias opciones, todas ellas vigentes actualmente y compatibles entre sí: a) la ratificación de los convenios de la OIT antes mencionados; b) la coordinación entre los países, a través de la celebración de convenios internacionales bilaterales y/o multilaterales; c) la protección a través de medidas unilaterales aprobadas por el país de origen o de destino del trabajador; y, d) la protección a través de iniciativas individuales o contractuales, tales como la concertación de seguros privados.

<sup>5</sup> 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 (DO L 149 de 5 de julio de 1971).

<sup>6</sup> Del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166 de 30 de abril de 2004), desarrollado por el Reglamento 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 (DO L 284 de 30 de octubre de 2009).

<sup>7</sup> Está en vigor en 121 países.

<sup>8</sup> El Convenio 48 está en vigor en 8 países y el Convenio 157 está en vigor en 4 países.

Doc. Labor., núm. 118-Año 2019-Vol. III. ISSN: 0211-8556. La portabilidad de derechos..., págs. 79 a 96

Y, finalmente, respecto al alcance de la portabilidad de los derechos en materia de seguridad social, según la Asociación Internacional de Seguridad Social, con datos del año 2000<sup>9</sup>:

– Solo el 23 por 100 de los migrantes tenían acceso a la portabilidad, siendo amparados por convenios bilaterales o multilaterales. No se trataba, precisamente, de un número elevado.

– El 55 por 100 tenía cobertura de seguridad social en su país de origen, pero al no estar incluidos en ningún acuerdo internacional, la portabilidad de sus derechos dependía de la normativa de su propio país.

– El 18 por 100 se encontraba en el sector informal de la economía, y, por tanto, sin protección de seguridad social, ni portabilidad de derechos.

– Y, como en muchos otros temas, la diferencia entre países pobres y ricos era evidente: los migrantes de los países con una renta elevada accedían a la portabilidad en el 86 por 100 de los supuestos, mientras que en los países con una renta baja solo lo hacía el 2 por 100.

De tales datos es fácil concluir que la portabilidad de derechos en materia de seguridad social no está muy extendida en la práctica.

### 3. EL ALCANCE DE LA GARANTÍA DE LA PORTABILIDAD DE DERECHOS

#### 3.1. El caso de los migrantes

Entrando ya en los diversos tipos de movilidad internacional de trabajadores y la forma como se pretende garantizar la portabilidad en cada uno de ellos, cabe destacar que el tipo principal sigue siendo la emigración; definida, a nuestros efectos, como el trabajador que presta servicios –por cuenta ajena o por cuenta propia– en un Estado diferente al de origen, como consecuencia, principalmente, de una motivación económica. Pero no cabe olvidar que, dentro de este tipo de movilidad, se incluyen varios subtipos, con regímenes jurídicos diferenciados (también a los efectos de la portabilidad de derechos), como, por ejemplo, los trabajadores fronterizos, los trabajadores de temporada, los trabajadores itinerantes o móviles, el personal investigador, etc.; resultando también fundamental el país de origen y el país de destino.

En este ámbito, cabe preguntarse qué ocurre con la portabilidad de los derechos de seguridad social, y a tal efecto, cabe recordar, en primer lugar, el importante papel desempeñado, a nivel de la Unión Europea, por los reglamentos comunitarios<sup>10</sup>.

Reglamentos que, por otra parte, han servido de modelo para otros lugares del mundo (Iberoamérica), y uno de cuyos puntos de partida es el principio de unicidad de la legislación aplicable y la aplicación de la ley del lugar de trabajo; pero, a estos efectos, cabe tener presente que no siempre existe un único lugar de trabajo (y, de hecho, cada vez es menos frecuente), o éste no resulta fácilmente determinable (es el caso, entre otros, de los trabajadores del mar, los

<sup>9</sup> BRANDOLINI, E., *La portabilidad del derecho de previsión social en la legislación comunitaria. Comparación con otras áreas del mundo y su posible extensión*, Tesis doctoral, pp. 92-93. [https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2015/hdl\\_10803\\_327019/eb1d1e1.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2015/hdl_10803_327019/eb1d1e1.pdf)

<sup>10</sup> Entre otros, SÁNCHEZ RODAS, C., "Apuntes sobre la coordinación comunitaria de la Seguridad Social", en MONEREO, J.L. (Dir.) et al., *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Ediciones Laborum, 2018, pp. 429 y ss.; MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 132, pp. 132 y ss.; y CARRASCOSA BERMEJO, D., "Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009)", en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea*, Lefebvre, 2018, pp. 509 y ss.

#### 84 La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad...

DL

trabajadores fronterizos o las situaciones de pluriactividad en varios estados miembros). Y también son claves el principio de totalización de las cotizaciones (aquí hay que tener presente las dificultades a las que se enfrentan los migrantes con carreras fraccionadas de seguro o de residencia legal, que les impiden cumplir los requisitos exigidos –cada vez más rigurosos– en la ley nacional aplicable), y el principio de exportación de prestaciones (con muy pocas excepciones, y que resulta muy relevante en el momento en que un emigrante decide retornar a su país de origen).

Partiendo de ello, a nuestro entender, desde la perspectiva de la garantía de la portabilidad de los derechos de seguridad social en el marco de Unión Europea, el balance es claramente positivo, pero también cabe señalar que, en los últimos años, han surgido nuevos retos, que no deben ignorarse. Son, entre otros:

1º) El supuesto de los trabajadores desplazados temporalmente por su empresa: se trata de un tipo de movilidad que, si bien cuenta con una regulación específica, ésta no está exenta de problemas, como veremos más adelante.

2º) El fenómeno de la pluriactividad desarrollada en varios países (situación que será cada vez más común, influyendo en ello el avance de los medios de transporte (y su carácter más económico), así como el auge de las nuevas tecnologías y el cambio en los modelos de trabajo y organizativos. En esta cuestión, actualmente, la normativa comunitaria establece un sistema excesivamente complejo de determinación de la legislación aplicable, lo que da lugar a importantes problemas de gestión administrativa. Aunque se ha avanzado mucho, sigue siendo compleja la gestión administrativa del sistema de coordinación comunitario.

3º) La interpretación adoptada en los últimos años por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual es posible denegar el acceso a determinadas ayudas sociales –de carácter no contributivo– a trabajadores inactivos provenientes de otros estados miembros<sup>11</sup>. Esto supone, a nuestro entender, un retroceso en la garantía de los derechos sociales.

4º) El límite a la portabilidad de las prestaciones por desempleo (aunque se haya avanzado mucho en esta cuestión), así como los problemas que surgen en relación con alguna prestación en el caso del trabajo transfronterizo (que será también cada vez más común) y en el ámbito de los investigadores (que se mueven entre varios países y sistemas de seguridad social, por lo que se tendrían que prever medidas específicas de coordinación, así como mejorar la información que se les facilita sobre su situación y las consecuencias que pueden derivarse de la misma<sup>12</sup>).

5º) El trabajo a través de plataformas, al poner en jaque no solo el concepto de trabajador sino también el principio de ley aplicable al contrato de trabajo, sin olvidar el efecto que tiene este debate sobre los sistemas de seguridad social (como sabemos, no es lo mismo cotizar en concepto de trabajador autónomo o de trabajador por cuenta ajena).

6º) El impacto de las reformas implantadas en los últimos años en los sistemas de pensiones europeas, durante la época de la austeridad, que, como sabemos, hacen más difícil acceder a las pensiones –particularmente, a la pensión de jubilación–. Se trata de reformas que afectan más a aquellos emigrantes de países en los que no se aplica la portabilidad –por no existir un convenio internacional–, aunque estén bajo los reglamentos comunitarios. Y ello por cuanto, al no resultar aplicable un convenio internacional, no podrán computarse –totalizarse– los períodos de cotización llevados a cabo en su país de origen, dificultándose así el acceso a la correspondiente pensión o, de poder acceder, se verá reducida su cuantía o habrá que esperar más tiempo para jubilarse.

<sup>11</sup> Al respecto, CARRASCOSA BERMEJO, D., "Coordinación...", *op. cit.*, pp. 539-540.

<sup>12</sup> BRANDOLINI, E., *La portabilidad...*, *op. cit.*, p. 207.

7º) No es posible ignorar la importancia que sigue teniendo la economía informal que, lógicamente, no se ve protegida por la portabilidad de los derechos de seguridad social y que supone el 18,2% del PIB de la Unión Europea-28 (en el caso de España, también un 18,2%)<sup>13</sup>.

8º) El fenómeno del *bretxit*, que, por primera vez a nivel de la Unión Europea, rompe totalmente las reglas de juego y pone en peligro los derechos consolidados o en fase de consolidación en materia de seguridad social de un número importante de ciudadanos (175.000 españoles en el Reino Unido y casi 300.000 británicos en España, bastantes de ellos jubilados, y un total de 3,5 millones de residentes comunitarios en el Reino Unido<sup>14</sup>). Es cierto que en este punto, a falta de un acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido en la fecha en que se escribe este artículo, se han adoptado medidas de contingencia, tanto a nivel comunitario (Reglamento 2019/500 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de 2019, por el que se establecen medidas de contingencia en el ámbito de la coordinación de la seguridad social a raíz de la retirada del Reino Unido de la Unión<sup>15</sup>) como estatal (Real Decreto-ley 5/2019, de 1 de marzo, por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea)<sup>16</sup>, pero ello no evita que, como decíamos antes, se haya abierto una brecha en la idea de que la portabilidad de los derechos de seguridad social está totalmente garantizada en el marco europeo.

Y, 9º) finalmente, también es particularmente relevante el hecho de que la portabilidad de derechos no esté garantizada en el marco de las prestaciones complementarias de la seguridad social, a pesar de los diversos intentos de las instituciones comunitarias. En este sentido, cabe recordar que, aunque se han aprobado las Directivas 98/49/CE<sup>17</sup> y 2014/50/UE<sup>18</sup>, no se prevé actualmente la posibilidad de transferir los derechos complementarios de pensión (planes de pensiones o seguros colectivos), lo que puede afectar negativamente a la movilidad de trabajadores, tal y como se reconoce en los considerandos de las propias directivas. En efecto, en el considerando 1 de la Directiva 2014/50/UE se afirma que: "la libre circulación de personas es una de las libertades fundamentales de la Unión. El artículo 46 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social Europeo, adoptarán directivas para establecer medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores, tal como queda establecida en el artículo 45 del TFUE. El artículo 45 del TFUE dispone que la libre circulación de los trabajadores implica, entre otros, el derecho de responder a ofertas de empleo y de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros. La presente Directiva pretende fomentar la movilidad de los trabajadores reduciendo los obstáculos a esa movilidad creados por determinadas normas relativas a los regímenes complementarios de pensión vinculados a una relación laboral...". A lo que se añade, en el considerando 24, que: "la presente Directiva no establece la posibilidad de movilizar los derechos de pensión consolidados. No obstante, con objeto de facilitar la libre circulación de trabajadores entre Estados miembros, los Estados miembros deben esforzarse por mejorar la transferencia de los derechos de pensión consolidados, en la medida de lo posible y, en particular, cuando se creen nuevos regímenes complementarios de pensión".

<sup>13</sup> Comisión europea, ficha temática sobre el trabajo no declarado, <https://ec.europa.eu>.

<sup>14</sup> "Los residentes comunitarios pueden solicitar ya su residencia en Reino Unido tras el *bretxit*", *El Diario Vasco*, 21 de enero de 2019.

<sup>15</sup> DO L de 27 de marzo de 2019.

<sup>16</sup> BOE de 2 de marzo de 2019.

<sup>17</sup> Del Consejo de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L de 25 de julio de 1998).

<sup>18</sup> Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión (DO L de 30 de abril de 2014).

#### 86 La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad...

DL

En todo caso, cabe recordar que la Directiva 98/49/CEE reconoce: 1º) que los derechos de pensión adquiridos por una persona que deja un régimen complementario porque se traslada a otro Estado miembro de la Unión Europea deben mantenerse en la misma medida que los de una persona que permanece en dicho país; 2º) que los beneficiarios de las prestaciones complementarias tienen derecho a cobrar la prestación en cualquier Estado miembro; y, 3º) que se pueden seguir pagando las aportaciones aunque se produzca un traslado a otro Estado miembro<sup>19</sup>.

Y, junto a ello, y como un paso más, en la Directiva 2014/50/UE –incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por el Real Decreto-ley 11/2018<sup>20</sup>–, y aplicable solo a la pensión de jubilación, se prevé que: a) los derechos de pensión se adquieren una vez transcurrido un período de espera máximo de tres años; b) si se deja el régimen antes de adquirir derechos consolidados, se reembolsarán las aportaciones correspondientes; c) la edad mínima para la consolidación de derechos no puede superar los veintinueve años; d) al abandonar el régimen, el trabajador tiene derecho a mantener sus derechos de pensión adquiridos salvo que quiera recibirlos en forma de capital; e) los derechos de pensión del trabajador saliente deben mantenerse y tratarse de manera equitativa en comparación con los derechos de los trabajadores en activo en dicho régimen complementario (el método de mantenimiento puede variar en función de las características del régimen: tasa de inflación o niveles salariales, rendimiento de las inversiones...); y, f) los trabajadores tienen derecho a ser informados adecuadamente sobre las consecuencias de la movilidad a otro país, así como sobre el valor y el tratamiento que se dará a sus derechos.

Y, en fin, dentro de la misma lógica, cabe destacar que la modificación de la Directiva 96/71 llevada a cabo en 2018<sup>21</sup> excluye expresamente la aplicación de los regímenes complementarios de jubilación a los trabajadores desplazados por sus empresas más allá de los doce o dieciocho meses. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

En segundo lugar, cabe tener presente que, fuera del marco de la Unión Europea, la portabilidad de los derechos de seguridad social o no se garantiza (principalmente en las zonas de Asia y África), o se garantiza a través de los convenios bilaterales y/o multilaterales<sup>22</sup>. Cabe tener presente también que, si no existe convenio, los derechos de seguridad social de los trabajadores se verán perjudicados, incluso cuando deciden retornar a sus Estados de origen, tal y como ha ocurrido en Europa durante la última crisis.

Por otra parte, cabe recordar que España es parte actualmente de veinticuatro convenios bilaterales<sup>23</sup> y de varios convenios multilaterales, siendo el más destacado de ellos el Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad social de noviembre de 2007<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Entre otros, MUÑOZ MOLINA, J., "La protección social complementaria a nivel comunitario", en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y BOE 2008, pp. 364 y ss.

<sup>20</sup> De 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 14 de septiembre de 2018).

<sup>21</sup> Directiva 2018/957/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO L de 9 de julio de 2018).

<sup>22</sup> Entre otros, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Ed. Tecnos, 2001, pp. 217 y ss.; y ZARZALEJO CARBAJO, M., "La protección social a nivel extracomunitario: Los convenios bilaterales de Seguridad Social e incidencia del Derecho Comunitario", en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y BOE, 2008, pp. 78 y ss.

<sup>23</sup> Con los siguientes países: Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Cabo Verde, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea, Ecuador, EE.UU., Filipinas, Japón, Marruecos, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela. Al respecto, [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es).

<sup>24</sup> Que entró en vigor en España el día 1 de mayo de 2011.

En este ámbito, cabe tener presente que, a nuestro entender, resulta más adecuado abordar la cuestión de la portabilidad a través de un convenio multilateral, por cuanto al participar y comprometerse más países es más fácil garantizar y gestionar esa portabilidad de derechos.

Desde la perspectiva de los convenios multilaterales cabe destacar el mencionado Convenio Multilateral Iberoamericano de seguridad social<sup>25</sup>, que, siguiendo el modelo y los principios de los reglamentos de la Unión Europea, tiene, sin embargo, un alcance material más limitado, al centrarse en las prestaciones económicas de accidente de trabajo, jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia, de carácter contributivo<sup>26</sup>. Asimismo, en la línea de lo previsto en los reglamentos comunitarios, se aplican los principios básicos de igualdad de trato y no discriminación, coordinación de las legislaciones, totalización de los períodos de cotización, exportabilidad de las prestaciones, legislación única aplicable, aplicación de las disposiciones más favorables y de coordinación administrativa.

Desde la perspectiva subjetiva, el convenio afecta a las personas (nacionales o de terceros países) que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes<sup>27</sup>.

Por otra parte, cabe tener presente que la aplicación de este convenio multilateral requiere la previa ratificación por parte de cada estado. Hasta el momento ha sido ratificado y está en vigor en España y Portugal y nueve países iberoamericanos<sup>28</sup>, lo que no constituye un buen resultado.

Y, en fin, en cuanto a los convenios bilaterales de seguridad social, si bien existen unos principios mínimos, el alcance real de la garantía de la portabilidad de los derechos de seguridad social depende directamente de lo que se recoja en cada convenio en concreto. En este punto, a nuestro entender, el número de convenios internacionales resulta insuficiente y su contenido debería revisarse y actualizarse si tenemos en cuenta el auge de la movilidad internacional de trabajadores, fenómeno que se va a mantener en el futuro.

A lo que cabe añadir que, en esa actualización o en convenios internacionales futuros, debería preverse la cobertura de las situaciones en las que el trabajador ha estado incorporado a los sistemas de seguridad social de más de dos Estados, siempre que existan convenios entre todos ellos<sup>29</sup>; estableciéndose así mecanismos de conexión entre los propios convenios, yendo más allá de la estricta bilateralidad.

### 3.2. El supuesto de los trabajadores desplazados por su empresa o expatriados

Entrando ya en un segundo tipo de movilidad internacional, el desplazamiento de trabajadores por parte de su empresa, cabe destacar que éste se ha incrementado en ciertas partes

<sup>25</sup> Sobre el mismo, entre otros, SÁNCHEZ-RODAS, C., "Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2016, Vol. 1, número 1, pp. 3 y ss., y "El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 26, 2011; "Comentario al articulado del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2016, Vol. 1, número 2; SIERRA BENÍTEZ, E. M., "Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en AA.VV., *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Ediciones Laborum, 2017, pp. 83 y ss.; y LÓPEZ DÍAZ, E. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., "Coordinación de los sistemas de protección social de los trabajadores migrantes de España e Iberoamérica", *Economía Española y Protección Social IX*, 2017, pp. 167 y ss.

<sup>26</sup> Artículo 3.

<sup>27</sup> Artículo 2.

<sup>28</sup> Son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Perú y Uruguay. Al respecto, www.oiss.org.

<sup>29</sup> BRANDOLINI, E., *La portabilidad...*, op. cit., p. 211.

*Doc. Labor.*, núm. 118-Año 2019-Vol. III, ISSN: 0211-8556. *La portabilidad de derechos...*, págs. 79 a 96

## 88 La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad...

DL

del mundo en las últimas décadas, y su objetivo no es la búsqueda de un empleo sino el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo ya existente. Como señaláramos páginas atrás, en este caso no nos encontramos en el marco de la libre circulación de trabajadores sino en el de la libre prestación de servicios; al tratarse no de una movilidad para el empleo sino en el empleo. Desde la perspectiva empresarial, es fácil constatar que en el contexto de la globalización, las empresas, cada vez con mayor frecuencia, prestan sus servicios en territorios de Estados distintos a aquellos en las que están establecidas<sup>30</sup>, ya sea, entre otras, por razones organizativas o productivas o por la búsqueda de unos costes laborales –económicos y legales– más bajos.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que este desplazamiento puede tener perfiles muy diversos, ya que puede ser obligado (cuasi-obligado) o voluntario, temporal o permanente (nos encontraríamos ante un traslado en la lógica del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores), sus condiciones variarán según la categoría profesional o actividad del trabajador o el tipo de empresa (multinacionales, empresas que pretenden abrir nuevos mercados...). Y, lógicamente, influirá que el país de destino se encuentre dentro de la Unión Europea o fuera de dicho ámbito. Por otra parte, es en este tipo de movilidad donde se habla propiamente de expatriación y se celebran, en su caso, los correspondientes pactos entre la empresa y el trabajador. Pero, en todo caso, este desplazamiento presenta unos rasgos comunes: la temporalidad (con un alcance variable); que tenga un alcance transnacional; y el mantenimiento del vínculo contractual con el empresario de origen.

Lógicamente, este fenómeno se da a nivel internacional, pero, como sabemos, tiene una regulación específica a nivel europeo<sup>31</sup>, que, además, tiene trascendencia desde la perspectiva de la portabilidad de los derechos de seguridad social. En este ámbito cabe tener presente dos normas que, sorprendentemente, no encajan del todo entre sí:

1) Por un lado, el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, según el cual el trabajador que ejerza su actividad en un Estado miembro por cuenta de un empresario que ejerce normalmente en él sus actividades y al que este empresario envía para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado miembro, sigue sujeto a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y que dicho trabajador no sea enviado en sustitución de otro. A estos efectos, la exigencia de que el empresario "ejerce normalmente en él sus actividades" se refiere a una empresa que realiza normalmente actividades sustanciales, distintas de la mera gestión interna, en el Estado miembro de establecimiento, teniendo en cuenta todos los criterios que caracterizan las actividades realizadas por la empresa (se considera un criterio a tener en cuenta el que la empresa permanezca con trabajadores ejerciendo su actividad en el Estado de establecimiento)<sup>32</sup>. A lo que cabe añadir la exigencia de que el trabajador desplazado, durante el mes anterior ya estuviera sujeto a la legislación del Estado en el que estuviera establecida la empresa (aunque caben excepciones)<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., *Globalización...*, op. cit., pp. 31-32.

<sup>31</sup> Al respecto, entre otros, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., *Globalización...*, op. cit., pp. 51 y ss.; GÁRATE CASTRO, J., "La protección de los trabajadores en los desplazamientos temporales transnacionales", en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea*, Lefebvre, 2018, pp. 579 y ss.; BONILLA BLASCO, J., "Desplazados de terceros países y movilidad geográfica internacional", en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea*, Lefebvre, 2018, pp. 615 y ss.; SALDAÑA QUERO, C., "Problemática de Seguridad Social en el marco de la expatriación: Una visión global", en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. (Dir.), *La expatriación de trabajadores*, Aranzadi, 2012, pp. 668 y ss.; y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., "La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas", en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y BOE, 2008, pp. 447 y ss.

<sup>32</sup> www.seg-social.es. Con más detalle, Decisión N.º A2 de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que trabajen temporalmente fuera del Estado competente (DO C 106 de 24 de abril de 2010).

<sup>33</sup> Decisión N.º A2, apartado 1. Esta exigencia puede plantear problemas en el caso del desplazamiento de trabajadores de ETT.

*Doc. Labor.*, núm. 118-Año 2019-Vol. III, ISSN: 0211-8556. *La portabilidad de derechos...*, págs. 79 a 96

Por tanto, durante ese plazo máximo de veinticuatro meses, el trabajador sigue estando sujeto al sistema de seguridad social del Estado de origen y, en consecuencia, sus derechos quedan protegidos, sin que entre en juego la lógica de la portabilidad de los derechos. En cambio, si se supera ese plazo máximo, el trabajador estará ya incorporado en el sistema de seguridad social del Estado donde está prestando los servicios.

Y, 2) el artículo 3.1bis de la Directiva 96/71/CE<sup>34</sup>, donde tras la modificación llevada a cabo en 2018, se introduce la figura del desplazamiento de larga duración, estableciéndose que cuando aquel sea superior a los doce meses (o, en su caso, a los dieciocho meses<sup>35</sup>), con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral, los Estados miembros velarán por que las empresas garanticen a los trabajadores que estén desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, además de las condiciones de trabajo contempladas en el artículo 3.1<sup>36</sup>, todas las condiciones de trabajo aplicables que estén establecidas: a) por las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas; o, b) por los convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación. Están excluidas de esta equiparación de condiciones de trabajo únicamente dos materias: 1) los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de resolución del contrato de trabajo, con inclusión de las cláusulas de no competencia; y, 2) los regímenes complementarios de jubilación (ante la dificultad, puesta de manifiesto anteriormente, de lograr avanzar en la portabilidad de derechos en el marco de los regímenes complementarios de protección social). Cuando una empresa a un trabajador desplazado por otro trabajador desplazado que realiza el mismo trabajo en el mismo lugar, la duración del desplazamiento será la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de cada uno de los trabajadores desplazados de que se trate.

Todo ello implica que, actualmente, existe una discutible descoordinación entre ambas normas comunitarias, ya que el trabajador desplazado quedará sujeto al sistema de seguridad social de su Estado de origen durante un período máximo de veinticuatro meses, mientras que se le aplicarán gran parte de las condiciones de trabajo del Estado de destino a partir de los doce o dieciocho meses, con la excepción expresa de los regímenes complementarios de jubilación. A nuestro entender, ambas perspectivas –laboral y de seguridad social– deberían coincidir, por lo que debería modificarse el texto del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, con el objetivo de adaptarlo a lo previsto en la Directiva. No podemos olvidar que el objetivo de la garantía de la igualdad de condiciones recogida en el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE persigue evitar el riesgo de dumping social y esa lógica se rompe si la garantizamos solo en el marco laboral, aunque se trate de un desplazamiento temporal.

Es más, en la misma línea, no podemos olvidar tampoco, que si bien, conforme al Reglamento 883/2004, la duración previsible del trabajo no puede exceder de veinticuatro meses, tras un "descanso" de dos meses puede realizarse un nuevo envío del trabajador; circunstancia

<sup>34</sup> Sobre el alcance de la Directiva, entre otros, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., *Globalización...*, op. cit., pp. 68 y ss.; y LLOBERA VILA, M., "El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del estado de prestación temporal de servicios", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 132, pp. 189 y ss.

<sup>35</sup> Cuando el prestador de servicios presente una notificación motivada, el Estado miembro en que se preste el servicio ampliará el período previsto a 18 meses (artículo 3.1bis de la Directiva 96/71).

<sup>36</sup> Que incluyen: los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; la remuneración, incluido el incremento por horas extraordinarias; las condiciones de desplazamiento de los trabajadores, en particular por parte de empresas de trabajo temporal; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación; las condiciones de alojamiento de los trabajadores, cuando el empleador se las proporcione a trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual, y los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y transporte previstos para los trabajadores que están fuera de su domicilio por motivos profesionales.

*Doc. Labor.*, núm. 118-Año 2019-Vol. III, ISSN: 0211-8556. *La portabilidad de derechos...*, págs. 79 a 96

## 90 La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad...

DL

que resulta muy discutible, ya que con ello se permite vaciar de contenido el propio límite temporal y en el caso de trabajadores provenientes de determinados países (Europa Central y del Este), si bien se garantizan los derechos de seguridad social, se rebaja la protección del trabajador así como los costes de seguridad social que va a asumir la empresa que desplaza al trabajador (se mantiene, pues, el riesgo de posible dumping); evitándose, por otra parte, la aplicación de los reglamentos comunitarios. A lo que cabe añadir, además, que ese límite temporal permite excepciones, y solo actúa respecto a la misma empresa y al mismo Estado miembro. Como decíamos, el riesgo, en estos casos, es evidente.

Por otra parte, la situación se torna aún más compleja cuando el país de destino del desplazamiento del trabajador está fuera de la Unión Europea. Aquí surgen varias posibilidades desde la perspectiva de la garantía de la portabilidad de los derechos de seguridad social<sup>37</sup>, debiéndose tener en cuenta que en el caso de España los convenios bilaterales suscritos consideran desplazamientos aquellos que no superan un período máximo que oscila entre los dos y los cinco años (aunque se admiten prórrogas con la correspondiente autorización); así cabe distinguir tres situaciones:

1<sup>o</sup>) Se produce el desplazamiento de un trabajador a un país con el que se ha celebrado y está vigente un convenio bilateral o multilateral de seguridad social y se mantiene la vinculación contractual con la empresa: en este supuesto, se estará a lo previsto en el propio convenio internacional. Así, si se trata de un desplazamiento temporal, normalmente el trabajador seguirá dentro del ámbito de aplicación del sistema de seguridad social del Estado de origen y podrá acceder, si lo requiere, a la asistencia sanitaria en el Estado de destino. Y cuando se trata de un desplazamiento permanente (o traslado), se estará nuevamente a lo que se fije en el convenio, siendo normalmente de aplicación el sistema de seguridad social del país de destino.

Si embargo, cabe tener presente que, en este supuesto, también entra en juego, si existe, la normativa del Estado de origen que regula la situación de los trabajadores desplazados por sus empresas. En nuestro país, a estos efectos, resulta de aplicación la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982, que, a nuestro entender, requiere de una urgente actualización (no solo por el tiempo transcurrido desde su aprobación sino también por el importante incremento y diversificación de los supuestos de desplazamiento de trabajadores que se ha producido), y que, en la práctica, da lugar, en algunos casos, a problemas de doble cotización. Conforme a lo previsto en dicha Orden:

a) Cuando es obligatoria la afiliación al sistema de seguridad social del Estado de destino, se reconocen las cotizaciones a los efectos de la seguridad social española y no se protegen todas las contingencias recogidas en el marco del régimen general de la seguridad social, el trabajador desplazado se encuentra en situación asimilada a alta en el sistema de seguridad social español y cotizará en España por las contingencias no protegidas en el país de destino.

Y, b) cuando es obligatoria la afiliación al sistema de seguridad social del país de destino pero no se reconocen las cotizaciones en España: el trabajador se encontrará en situación asimilada a alta en el sistema de seguridad social español y cotizará en España, pero con la consiguiente pérdida de los derechos en vías de adquisición en el país de destino. A lo que cabe añadir que se producirá una situación de doble cotización a la seguridad social, que no implicará más derechos de seguridad social.

<sup>37</sup> Entre otros, SERRANO OLIVARES, R., *La movilidad geográfica transnacional*, Ed. La Ley, 2000, pp. 168 y ss.; SALDAÑA QUERO, C., "Problemática...", op. cit., pp. 683 y ss.; MATORRAS, A. y CASERO, R., "La retribución del expatriado. Aspectos laborales y fiscales", en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. (Dir.), *La expatriación de trabajadores*, Aranzadi, 2012, pp. 562 y ss.; y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., "La Seguridad Social...", op. cit., pp. 469 y ss.

*Doc. Labor.*, núm. 118-Año 2019-Vol. III, ISSN: 0211-8556. *La portabilidad de derechos...*, págs. 79 a 96



Y, junto a lo anterior, cabe tener presente que, en ambos casos, se debe mantener al menos una parte de la remuneración en España, a los efectos de seguir cotizando al sistema de seguridad social. Y también cabe tener en cuenta que, al preverse normalmente compensaciones para el trabajador como consecuencia de la expatriación, estas van a ser consideradas percepciones salariales e incrementarán las correspondientes bases de cotización, así como el coste de seguridad social tanto para la empresa como para el trabajador (salvo en los casos en que este ya se encuentre por encima de la base máxima de cotización).

En fin, cabe tener presente que, si existe, en el correspondiente pacto de expatriación podría establecerse el compromiso de que el trabajador desplazado continuará vinculado al sistema de seguridad social español en todo caso y por todas las contingencias, incluso cuando conforme al convenio internacional aplicable, aquel quedaría ya vinculado directamente al sistema de seguridad social del Estado de destino. En esta cuestión, la existencia y el contenido del propio pacto de expatriación resultan esenciales y este contenido puede ser muy diverso, dependiendo de factores como la categoría profesional del trabajador, el Estado de destino o la dimensión o tipo de empresa.

Y aquí cabe tener presente que, como consecuencia de diversos factores, la situación ha cambiado en los últimos años y, si bien se mantiene el modelo tradicional de expatriación —la que afecta al personal cualificado (multinacionales, desarrollo de carrera profesional...)—, han surgido nuevos tipos de expatriación con unas condiciones laborales y de seguridad social bastante más precarias<sup>38</sup>. En el caso del personal cualificado la expatriación ha estado ligada —y sigue estándolo— a diversas ventajas a cargo de la empresa, tanto para el trabajador como para su familia (elevadas retribuciones, vivienda, automóviles, acceso a sanidad privada, pago de la educación de los hijos, viajes pagados, vacaciones más largas, compromisos de empleo para el cónyuge, pago del servicio doméstico, planificación de la tributación...). Y, desde la perspectiva de la seguridad social, es muy frecuente que se mantenga al trabajador en alta y cotizando a la seguridad social en España, con independencia de la duración de la estancia fuera del país. Para ello se utiliza la figura de la "nómina espejo", elaborando una nómina para el trabajador desplazado en su empresa de origen. Esto se hace incluso cuando la duración del desplazamiento excede los límites a partir de los cuales, de acuerdo con el convenio aplicable, resulta ya obligatorio el alta en el sistema de seguridad social del Estado de destino<sup>39</sup>.

Sin embargo, cabe mencionar que, en los últimos años y como consecuencia, principalmente, de la crisis económica que hemos vivido, se han desarrollado otras modalidades de expatriación de trabajadores como, por ejemplo, la expatriación como una alternativa al despido<sup>40</sup>, vinculada a empresas que han optado, ante la crisis y la progresiva pérdida de mercado interno, por la vía de la internacionalización, enviando a trabajadores a otros países para abrir nuevos mercados o trabajar en filiales. En estos casos, la expatriación no es una mejora profesional sino una alternativa al despido, por lo que sus condiciones son muy inferiores a las apuntadas anteriormente y muy cercanas a las condiciones laborales que se tenían en el puesto de trabajo de origen. Esto supone que no se suelen reconocer ventajas especiales, salvo el derecho a algunos viajes de retorno, y, en consecuencia, se aplican las normas legales en cuanto a las condiciones de trabajo e integración en los sistemas de seguridad social: así, si se traslada al trabajador fuera de la Unión Europea, se mantiene la vinculación contractual con la empresa española y existe un convenio internacional aplicable, al transcurrir el plazo máximo previsto en el mismo se da de baja al trabajador en el sistema de seguridad social español para pasar a depender del sistema de seguridad social del Estado de destino (donde si las cotizaciones son más altas, el trabajador acabará cobrando menos que en España, salvo que se le compense) y se aplicará lo dispuesto en el Orden Ministerial de 27 de enero de 1982.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "La movilidad...", *op. cit.*, pp. 30 y ss.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "La movilidad...", *op. cit.*, p. 29.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "La movilidad...", *op. cit.*, p. 31.

*Doc. Labor.*, núm. 118-Año 2019-Vol. III. ISSN: 0211-8556. La portabilidad de derechos..., págs. 79 a 96

## 92 La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad...

DL

2º) Se produce el desplazamiento, temporal o definitivo, del trabajador a Estados con los que no se ha suscrito un convenio internacional y no existe tampoco un convenio multilateral aplicable, y se mantiene la vinculación contractual con la empresa; aquí resulta aplicable directamente la Orden Ministerial de 27 de enero 1982, encontrándose el trabajador desplazado en situación asimilada al alta y cotizando en el sistema de seguridad social español, si bien con la particularidad de que la cobertura de asistencia sanitaria deberá cubrirse en el Estado de destino. Igual que en el caso anterior, deberá mantenerse al menos una parte de la remuneración en España y, de preverse compensaciones por la expatriación (en metálico o en especie), estas incrementarán las correspondientes bases de cotización y, en consecuencia, el coste de seguridad social del desplazamiento.

Además, en este supuesto, obviamente, pueden darse situaciones de doble cotización cuando el Estado de destino impone la afiliación y cotización a su sistema de seguridad social.

Asimismo, como en la situación anterior, la existencia y el posible contenido de un pacto de expatriación son claves.

Y, 3º) se produce un desplazamiento de un trabajador, temporal o definitivo, pero se extingue el contrato y se celebra un nuevo contrato en el Estado de destino (con una empresa filial), o bien se suspende el contrato de origen y se celebra uno nuevo en destino o se suscribe un contrato internacional con destino en el extranjero: en estos casos hay que muy tener presente que no se trata de un desplazamiento, por lo que el trabajador expatriado estará sujeto exclusivamente a la normativa y sistema de seguridad social del país de destino. Se le tratará como emigrante y no como trabajador desplazado, y, en consecuencia, tampoco se le aplicará lo dispuesto en la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982, al no existir un vínculo contractual con la empresa española. Esa Orden exige que se mantenga la vinculación contractual con la empresa española, dando, en cambio, menos importancia al hecho de que se trate de un desplazamiento temporal o permanente.

En este supuesto, lógicamente, el riesgo de desprotección del trabajador es mucho mayor, por cuanto a aquel se le dará de baja en el sistema de seguridad social español y se le dará de alta en el sistema de seguridad social del Estado de destino (sea cual sea su nivel de protección y si existe incluso), y la única alternativa para que pueda seguir vinculado al sistema de seguridad social español es la celebración de un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social, con el coste económico que ello comporta. Pero esta vía también presenta algunos problemas, ya que, de entenderse aplicable el convenio especial para emigrantes, este solo cubre las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia y la base de referencia es la base mínima de cotización (lo que reducirá el importe de las futuras prestaciones); y, existen dudas sobre si resultaría aplicable el convenio especial ordinaria.

No hay duda de que, en todos casos, va a tener todavía una mayor importancia, si existe, el correspondiente pacto de expatriación, y es posible que este no exista o que su contenido sea muy escaso en bastantes ocasiones. Y ello por cuanto al optar la empresa por recurrir a la contratación en destino se están evitando costes de diverso tipo y, particularmente, en materia de seguridad social.

Finalmente, dentro del colectivo de los trabajadores desplazados, pero con sus propias particularidades al situarse en el marco del sector público, cabe mencionar el caso del personal que presta servicios en misiones diplomáticas, consulados u otros organismos semejantes (el Instituto Cervantes, por poner un ejemplo), que pueden ser funcionarios o personal laboral adscrito a centros de trabajo situados en el extranjero, y que presentan, desde la perspectiva de la seguridad social, los mismos problemas que el resto de los expatriados. A lo que cabe añadir que precisamente sus condiciones laborales no siempre son las correctas, hablandose incluso de "precarios por el mundo"<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "La movilidad...", *op. cit.*, pp. 34-35.

*Doc. Labor.*, núm. 118-Año 2019-Vol. III. ISSN: 0211-8556. La portabilidad de derechos..., págs. 79 a 96

## 4. CONCLUSIONES

En primer lugar, desde una perspectiva global, no podemos olvidar que la portabilidad de los derechos de seguridad social actúa —como otras medidas vinculadas a los derechos sociales— como una herramienta para realizar políticas socioeconómicas y contribuye eficazmente —tanto a nivel europeo como internacional— a facilitar el funcionamiento de los mercados de trabajo y las relaciones laborales. Ya hemos señalado que si deseamos facilitar la movilidad de los trabajadores es necesario garantizar también que sus derechos de seguridad social no se vean afectados o se vean afectados lo menos posible. En otras palabras, la seguridad social, tanto desde la vertiente de los costes para las empresas y trabajadores como de los derechos adquiridos o en vías de adquisición de los beneficiarios (los trabajadores y sus familiares) juega un papel trascendente a la hora de acelerar o ralentizar la circulación de personas, capitales o servicios. Por tanto, no hay duda de que es necesario seguir garantizando esa portabilidad e, incluso, extenderla, como señalaremos más adelante, particularmente ante los retos que supone la globalización (y fenómenos como el Brexit o la política del presidente Trump) y los nuevos modelos productivos y de trabajo.

En segundo lugar, cabe destacar que si bien, como hemos visto, el sistema de coordinación comunitario funciona adecuadamente y el balance es positivo, persisten algunos retos pendientes y resulta especialmente preocupante el modelo y la regulación del desplazamiento de trabajadores, donde persiste el riesgo de dumping entre los trabajadores (nacionales o no) establecidos en los distintos Estados miembros de la Unión Europea, máxime si tenemos presente que los modelos de seguridad social de la Europa central y del este son bastante distintos de los presentes en los países pertenecientes en su momento a la Unión Europea-15. Con la reforma de 2018 de la Directiva 96/71/CE se ha avanzado en la equivalencia de las condiciones laborales de los trabajadores desplazados pero bastante menos en la equiparación de las condiciones de seguridad social.

Por otra parte, a nivel de la Unión Europea podría ser positivo extender la regulación comunitaria a zonas geográficas cercanas de las que, además, se recibe una parte importante de la inmigración (toda la zona del norte de África, por ejemplo), resolviéndose con ello, por otra parte, la falta de existencia de convenios bilaterales con la gran mayoría de los países de esa zona.

Y en esta misma lógica expansiva, sería importante seguir fomentado la denominada dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la Unión Europea, fundamentada en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE" de 30 de marzo de 2012<sup>42</sup>. La Comisión parte de la base de que la dimensión externa de las normas de coordinación ha sido prioritariamente competencia de los Estados miembros que, a través de convenios bilaterales, han regulado la situación en materia de seguridad social. Y esta línea de actuación nacional conlleva forzadamente un escenario de geometría variable en el que cada Estado miembro defiende sus propios intereses o negocia convenios bilaterales en base a sus propios criterios de oportunidad e intereses —y no siempre de forma coordinada con la legislación comunitaria— únicamente con países dentro de su área de influencia<sup>43</sup>. Ello implica en la práctica que, por ejemplo, dos trabajadores nacionales de dos Estados miembros diferentes que desarrollan la misma actividad, durante el mismo tiempo, en un mismo tercer Estado, pueden ser tratados de manera totalmente diferente en materia de seguridad social, acceso a las prestaciones y, en su caso, exportación de las mismas, dependiendo de la existencia o no de un convenio bilateral con ese tercer país<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> COM (2012) 153 final. Vid. también, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) relativo a la Comunicación de la Comisión sobre la dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE, 14 de noviembre de 2012.

<sup>43</sup> GARCÍA DE CORTAZAR, C. y ZUFIAUR, J.M., "La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social", *Relaciones Laborales*, número 1, 2014, p. 8.

<sup>44</sup> GARCÍA DE CORTAZAR, C. y ZUFIAUR, J.M., "La dimensión...", *op. cit.*, p. 9.

*Doc. Labor.*, núm. 118-Año 2019-Vol. III. ISSN: 0211-8556. La portabilidad de derechos..., págs. 79 a 96

## 94 La portabilidad de derechos en el marco de la movilidad...

DL

Es por ello por lo que se pretende fomentar una estrategia europea común en el ámbito de la coordinación de regímenes de la seguridad social de cara a terceros Estados que complemente y complete los enfoques nacionales y que permita reforzar el papel de la Unión Europea en el resto del mundo. No podemos ignorar que esa estrategia común resultaría mucho más factible y exitosa que pensar que cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea va a poder concertar un convenio bilateral con todos los Estados del mundo, y aunque estuvieran dispuestos, probablemente bastantes de los Estados destinatarios se negarían, por diversos motivos (incluso por su propia posición dominante), particularmente ante los Estados miembros pequeños o medianos de la Unión Europea. Y junto a ello, a través del desarrollo de la dimensión exterior de la Unión Europea se fortalece la primacía del derecho comunitario sobre los convenios bilaterales y, por tanto, del proyecto común europeo sobre los objetivos e intereses nacionales de cada uno de los Estados miembros<sup>45</sup>.

En tercer lugar, en el marco de los convenios internacionales de seguridad social cabe reiterar que la mejor opción posible son los de alcance multilateral (con el objetivo de ampliar la cobertura de los países de una determinada área de una manera uniforme), y en el caso de los de carácter bilateral cabe señalar que:

a) Su alcance subjetivo y material y el grado de eficacia no son equiparables al sistema de coordinación comunitario.

b) Los convenios existentes actualmente resultan insuficientes y es probable que sea muy difícil ampliar su número de una forma aceptable, por intereses y circunstancias muy diversas (Estados que preferirán no negociar, situación política del propio Estado...). En todo caso, resultaría recomendable revisar y actualizar los vigentes, adaptándolos a las nuevas realidades, entre ellas el importante fenómeno migratorio con destino a Europa.

c) En esa revisión debería preverse en todos los casos la situación del trabajador que ha quedado incorporado en los sistemas de seguridad social de más de dos países y los diversos Estados implicados tienen convenios bilaterales entre sí, estableciéndose la conexión entre diversos convenios. E, incluso, esa técnica de conexión debería extenderse a los supuestos en que confluyen convenios bilaterales y multilaterales (por ejemplo, en el caso en que se ha trabajado en España y Portugal y en un Estado que ha ratificado el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social).

d) Y, aunque no pueda hacerse nada al respecto, no podemos olvidar que se trata de un sistema frágil ya que la aplicación efectiva del convenio bilateral depende siempre de que una de las partes no lo denuncie.

En cuarto lugar, se ha propuesto<sup>46</sup> y nos parece una idea muy interesante —aunque de muy difícil consecución práctica, por desgracia—, la necesidad de que la OIT asuma un papel protagonista en esta materia e impulse un instrumento de coordinación único a nivel internacional que garantice la portabilidad de los derechos de seguridad social, que los Estados posteriormente deberían ratificar. Constituiría, pues, un reto de futuro aprobar un instrumento internacional que pudiera asumir una función de carácter universal, permitiendo la ampliación de la portabilidad al mayor número posible de Estados e incluso a nivel internacional. Se profundizaría así en la dimensión internacional de la seguridad social.

Y, en esa línea, pero a una escala territorial más limitada —pero, sin duda amplia— sería muy útil también la adopción de un convenio multilateral entre la Unión Europea e Iberoamérica (una

<sup>45</sup> GARCÍA DE CORTAZAR, C. y ZUFIAUR, J.M., "La dimensión...", *op. cit.*, p. 9.

<sup>46</sup> BRANDOLINI, E., *La portabilidad...*, *op. cit.*, p. 210.

<sup>47</sup> BRANDOLINI, E., *La portabilidad...*, *op. cit.*, pp. 201 y 211.

*Doc. Labor.*, núm. 118-Año 2019-Vol. III. ISSN: 0211-8556. La portabilidad de derechos..., págs. 79 a 96

"fusión" o "permeabilización" de la normativa comunitaria y el Convenio multilateral iberoamericano, claramente inspirado en aquella<sup>48</sup>, lográndose así lo que se ha perseguido ya a través de diversos encuentros de acercamiento entre instituciones y Estados en las últimas décadas. Es difícil pero, sin duda, sería un gran logro.

Finalmente, a nivel interno, también cabe hacer algunas consideraciones:

1) Aunque ciertamente la lógica del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores es territorial estatal, resulta necesario renovar y adaptar dicho precepto teniendo presente los retos que implica actualmente la movilidad internacional de trabajadores y la expatriación. Deberían pautarse legalmente los límites y condiciones mínimas aplicables a los pactos de expatriación. Y no podemos olvidar tampoco que dicho artículo 40 sigue anclado en la lógica del traslado o desplazamiento forzoso cuando la lógica de la expatriación se basa en la voluntariedad (más o menos real).

2) Debería mejorarse el derecho de información de los trabajadores desplazados a otros países contemplado actualmente en el artículo 3 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, que desarrolla el artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores, ampliando las materias sobre las que es necesario informarles, incluyendo, en particular, los efectos que dicho desplazamiento tiene o puede tener desde la perspectiva de sus derechos de seguridad social.

3) Como ya hemos manifestado páginas atrás, debería revisarse y actualizarse el contenido de la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982, con el objetivo de adaptarla a las nuevas realidades de la expatriación de trabajadores, ya que, en bastantes casos, como hemos visto, esta norma actuará como única norma aplicable o como una norma complementaria. También deberían evitarse los supuestos de doble cotización sin efectos prestaciones.

Y, 4) por último, cabría revisar y renovar el sistema actual de convenios especiales, buscando una solución adecuada para el caso de los trabajadores que, siendo desplazados por sus empresas, pueden quedar desprotegidos desde la perspectiva de la seguridad social. Realidad que, como hemos señalado, puede vincularse, por ejemplo, al caso del desplazamiento de trabajadores por una empresa pero con contratación efectiva en el Estado de destino, sea cual sea la fórmula empleada para ello.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Comentario al articulado del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2016, Vol. I, número 2.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Ed. Tecnos, 2001.
- BONILLA BLASCO, J., "Desplazados de terceros países y movilidad geográfica internacional", en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea*, Lefebvre, 2018.
- BRANDOLINI, E., *La portabilidad del derecho de previsión social en la legislación comunitaria. Comparación con otras áreas del mundo y su posible extensión*, Tesis doctoral, [https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2015/hdl\\_10803\\_327019/eb1de1.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2015/hdl_10803_327019/eb1de1.pdf)
- CARRASCOSA BERMEJO, D., "Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009)", en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea*, Lefebvre, 2018.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., *Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores*, Reus Editorial, 2018.
- GÁRATE CASTRO, J., "La protección de los trabajadores en los desplazamientos temporales transnacionales", en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea*, Lefebvre, 2018.

<sup>48</sup> BRANDOLINI, E., *La portabilidad...*, óp. cit., pp. 199 y 212.

- GARCÍA DE CORTAZAR, C. y ZUFIAUR, J.M., "La dimensión exterior de la coordinación en materia de Seguridad Social", *Relaciones Laborales*, número 1, 2014.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., "La Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas", en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y BOE, 2008.
- LÓPEZ DÍAZ, E. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., "Coordinación de los sistemas de protección social de los trabajadores migrantes de España e Iberoamérica", *Economía Española y Protección Social IX*, 2017.
- LLOBERA VILA, M., "El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del estado de prestación temporal de servicios", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 132.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 132.
- MATORRAS, A. y CASERO, R., "La retribución del expatriado. Aspectos laborales y fiscales", en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. (Dir.), *La expatriación de trabajadores*, Aranzadi, 2012.
- MOLINA MARTÍN, A.M., *La Movilidad Internacional de Trabajadores*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010.
- MUÑOZ MOLINA, J., "La protección social complementaria a nivel comunitario", en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y BOE, 2008.
- RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M., "La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 132.
- ROJO TORRECILLA, E., "Libertad de circulación de trabajadores, de prestación de Servicios y de establecimiento", en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea*, Lefebvre, 2018.
- SALDANA QUERO, C., "Problemática de Seguridad Social en el marco de la expatriación: Una visión global", en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. (Dir.), *La expatriación de trabajadores*, Aranzadi, 2012.
- SÁNCHEZ RODAS, C., "Apuntes sobre la coordinación comunitaria de la Seguridad Social", en MONEREO, J.L. (Dir.) et al., *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Ediciones Laborum, 2018.
- SÁNCHEZ-RODAS, C., "Aproximación a la coordinación de regímenes de Seguridad Social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2016, Vol. I, número 1.
- SÁNCHEZ-RODAS, C., "El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 26, 2011.
- SERRANO OLIVARES, R., *La movilidad geográfica transnacional*, Ed. La Ley, 2000.
- SIERRA BENÍTEZ, E.M., "Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en AA.VV., *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Ediciones Laborum, 2017.
- ZARZALEJO CARBAJO, M., "La protección social a nivel extracomunitario: Los convenios bilaterales de Seguridad Social e incidencia del Derecho Comunitario", en CORREA CARRASCO, M. (Coord.), *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y BOE, 2008.