

¿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?*

Is it necessary to reform the art. 7 of the Spanish Social Security General Law taking into account the law of the flag connecting factor decline?

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

PROF. T.U. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DEL PAIS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA

Resumen

Este trabajo pretende llamar la atención sobre la deriva que el TJUE está tomando en relación con el principio hegemónico de la ley del pabellón como criterio de conexión extraterritorial de la relación jurídico-laboral con el sistema de protección social del país que otorga su nacionalidad a la nave. A la vista de la evolución interpretativa seguida por el Tribunal de Luxemburgo, todo parece indicar que nos encontramos en la antesala del abandono de este principio clásico también en materia de protección social, lo que a su vez debe llevarnos a abrir el debate sobre la necesidad de repensar nuestra propia legislación interna al respecto.

Abstract

This paper aims to draw attention to the drift that the ECJ is taking in relation to the flag of law principle as a conflict law criteria to connect maritime employment relationship with the social protection system of the State designated by the ship's nationality. In view of the interpretative evolution followed by the Luxembourg Court, it appears that we are on the verge of abandoning the classic principle also in terms of social protection. This situation should lead us to open a debate on the need to rethink the existence and application of this principle in our own internal legislation.

Palabras clave

Seguridad social, conflictos de leyes, ley del pabellón, gente de mar.

Keywords

Social protection, conflict of laws, law of the flag, seafarers'.

1. INTRODUCCIÓN

El análisis del sistema de protección social de los trabajadores del mar constituye un ámbito de reflexión de enorme envergadura, no en vano el conjunto de trabajadores que presta servicios en el marco de las actividades marítimo-pesqueras es lo suficientemente amplio y diverso como para requerir de un estudio y aproximación particular e

* 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*” (Ref. DER2013-43423-R), cuya IP es la que esto suscribe. Este estudio se ha realizado durante una estancia de investigación en la Universidad de Nantes en el contexto del Proyecto ERC-2013-AdG 340770-Human Sea: *The development of human activities at sea-What legal Framework? For a new maritime law*, que dirige el Prof. Chaumette (Universidad de Nantes) para lo cual la prof. Fotinopoulou ha recibido una ayuda para la estancia y desplazamiento de la Convocatoria de 2014 para la movilidad y divulgación de resultados de investigación en la Universidad del País Vasco.

individualizada a los problemas que en este marco se originan¹. Siendo bastante más modestos, nuestro objetivo a lo largo de las siguientes páginas es llamar la atención sobre la deriva que el TJUE está tomando en relación con el principio hegemónico de la ley del pabellón como criterio de conexión extraterritorial de la relación jurídico-laboral con el sistema de protección social del país que otorga su nacionalidad a la nave. Y ello así, porque todo parece indicar que nos encontramos ante una erosión interpretativa del citado principio, lo que a su vez debe llevarnos a abrir el debate sobre la necesidad de repensar nuestra propia legislación interna al respecto.

Como es bien sabido, la inclusión de la gente de mar embarcada a bordo de buques bajo el ámbito de aplicación de nuestro sistema de protección social pende de la regla general contenida en el art. 7 de la LGSS, de acuerdo con la cual, quedan sometidos a nuestro sistema de protección social los trabajadores que hayan ejercido su actividad en territorio español, entendiéndose que ello se produce cuando la nave en la que navegan enarbola bandera española. Se trata, como es visible, de la aplicación de una metáfora de extraterritorialidad cuya validez se ha mantenido incólume prácticamente hasta nuestros días, a diferencia de la progresiva erosión que este criterio conflictual lleva soportando en su aplicación para la determinación de la ley aplicable al contrato de embarque².

Ahora bien, ¿debemos seguir manteniendo y sosteniendo la aplicación de este criterio de extraterritorialidad en el campo de la seguridad social, máxime cuando el pabellón no es sino un criterio de vinculación artificial de la relación laboral con un Estado con el que la conexión socio-económica es inexistente o muy débil?. Desde el punto de vista normativo la respuesta parece sencilla, dado que la ley del pabellón se sigue manteniendo como pilar estructural de muchos sistemas de seguridad social, incluido evidentemente el nuestro, pero también reflejado, sin ir más lejos, en el propio Reglamento 1408/71 de coordinación de sistemas de seguridad social, donde sin perjuicio de alguna fisura que actúa a modo excepción, esta regla general se contiene en el art. 13.2.c) de este instrumento jurídico; circunstancia ésta que se reitera sin variaciones en el art. 11.4 del Reglamento 883/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la misma cuestión.

Si bien ello es así, desde el punto de vista interpretativo parece que el deterioro de esta regla general es una realidad ya palpable, incluso para el ámbito de la protección social, lo cual se ha hecho visible en un pronunciamiento reciente del TJUE, fechado el 19 de marzo de 2015, Asunto C-266/13, Caso KIK³. En este asunto, el órgano jurisdiccional comunitario reacciona contra la regla citada, incluyendo bajo el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los

¹ Cuestión ésta que por cierto se encuentra muy bien asistida en España, ya que contamos con estudios muy relevantes sobre la materia, como así lo atestiguan los trabajos del Prof. CARRIL VÁZQUEZ, X: *Seguridad social de los trabajadores del mar*, editorial Civitas, Madrid, 1999 y de la Prof. VICENTE PALACIO, A: *El régimen especial de seguridad social de los trabajadores del mar*, Aranzadi editorial, Pamplona, 2004.

² Al respecto, sobre el análisis de la sentencia Voogsgeerd, Asunto C-384/10, FOTINOPOULOU BASURKO, O: “De nuevo sobre la ley aplicable al contrato de embarque”, *Revista de Derecho Social* nº 58, 2012, pp. 121-153. Pero también CHAUMETTE, P: “Du lieu habituel de travail d’un marin”, *Droit Maritime français* nº 734, 2012, pp. 219-233; JAULT-SESEKE, F: “Loi applicable aux salariés mobiles. La Cour de justice de l’Union européenne poursuit son travail d’interprétation de l’article 6 de la Convention de Rome”, *Revue de Droit du Travail* nº 2, 2012, pp. 115-119.

³ Comentado por CHAUMETTE, P: “De l’affiliation sociale des gens de mer en droit européen: extension vers les marins ressortissants européens, expatriés sous pavillon tiers?” en <http://humansea.hypotheses.org/193>

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 [en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 118/97, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, reformada a su vez por el Reglamento (CE) n° 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999] a un trabajador nacional de un Estado miembro que trabaja en un buque colocador de tuberías que enarbola pabellón de Panamá y que navega por distintos lugares del mundo. Esta decisión pone de manifiesto la necesidad de repensar qué criterio o criterios de conexión son los más adecuados para regular la aplicación de uno u otro ordenamiento jurídico por lo que respecta –también– a la protección social de los trabajadores del mar, en la medida en que la ley del pabellón deviene insuficiente como elemento vertebrador de la conexión de la relación de trabajo con el sistema de protección social tradicionalmente indicado de acuerdo al citado criterio.

2. EL ASUNTO KIK O EL CASO DEL TRABAJADOR DEL MAR QUE REHÚYE LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL NEERLANDÉS

El Sr. Kik es un nacional neerlandés, residente en los Países Bajos, que trabajó en un buque colocador de tuberías que enarbolaba pabellón panameño durante el año 2004. Hasta el 31 de mayo de ese año prestó servicios para una sociedad establecida en los Países Bajos y estuvo sujeto al régimen general de la seguridad social de dicho Estado miembro. A partir del 1 de junio, comenzó a ejercer la misma actividad para una sociedad establecida en Suiza. Su salario siguió estando sujeto al impuesto neerlandés sobre la renta. Ahora bien, de acuerdo al derecho neerlandés, la afiliación al régimen general de la seguridad social de los Países Bajos finaliza si la persona trabaja durante un período de cuando menos tres meses consecutivos fuera de los Países Bajos y para un empresario que está establecido fuera de dicho Estado miembro.

La cuestión central del asunto es determinar, si de acuerdo al Reglamento n° 1408/71, el Sr. Kik está obligado al pago de cotizaciones al régimen neerlandés de seguridad social con respecto al período comprendido entre el 1 de junio y 24 de agosto de 2004. Y ello así, porque durante este período, el buque en el que trabajaba se encontró, sucesivamente, a la altura de la plataforma continental adyacente a un Estado tercero, en aguas internacionales y a la altura de la plataforma continental adyacente a determinados Estados miembros; en concreto los Países Bajos y el Reino Unido. En este contexto, hay que referirse a la posición del propio trabajador, cuya pretensión es la de rehuir la aplicación del régimen neerlandés de seguridad social, sosteniendo que de acuerdo al Reglamento comunitario, él no se encuentra sometido al sistema de protección social mencionado. En su empeño por evitar la aplicación del citado ordenamiento y, por tanto, de estar sometido a algún sistema de seguridad social europeo, va a interponer un recurso de casación ante el TS de los Países Bajos contra la sentencia de última instancia que lo declaraba obligado al pago de cotizaciones al régimen neerlandés de seguridad social con respecto al período de referencia.

Este órgano jurisdiccional es el que eleva la petición prejudicial interrogando al TJUE si el Reglamento se aplica exclusivamente a los trabajadores migrantes y, si de acuerdo al mismo, el Sr. Kik puede considerarse como tal, teniendo en cuenta que ejerció su actividad en régimen de itinerancia. Dicho de una manera más clara, se pretende conocer si un trabajador residente en los Países Bajos, nacional neerlandés, asegurado previamente con carácter obligatorio en los Países Bajos, que presta servicios como trabajador del mar para

una empresa establecida en Suiza y ejerce su actividad a bordo de un buque colocador de tuberías que enarbola pabellón panameño fuera del territorio de la UE (períodos en plataforma continental adyacente a los Países Bajos y Reino Unido y luego en aguas internacionales), pero que queda sujeto al impuesto de la renta neerlandés se encuentra en el ámbito de aplicación personal y territorial del Reglamento nº 1408/71. La interrogante principal, por tanto, es saber si un trabajador en estas circunstancias presta servicios o no en el territorio de un Estado miembro, ya que el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social sólo sería aplicable en caso de respuesta afirmativa. A su vez, y ya en segundo lugar, se va a preguntar –en el supuesto de que el citado Reglamento sea aplicable–, cuál es la legislación aplicable en su caso.

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DEL REGLAMENTO Nº 1408/71 EN EL CASO DE LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN SU ACTIVIDAD EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL ADYACENTE A LOS ESTADOS MIEMBROS

La cuestión controvertida principal es, como se ha anunciado, conocer si un trabajador del mar está comprendido o no en el ámbito de aplicación personal y, fundamentalmente territorial del Reglamento nº 1408/71. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 2.1 del citado instrumento jurídico, éste se aplica a los trabajadores por cuenta ajena que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de un Estado miembro; elementos todos ellos que concurren en la situación que presenta el Sr. Kik en este caso. Ahora bien, la cuestión nuclear que se presenta es saber si el trabajo realizado a bordo de un buque colocador de tuberías, cuando dicho buque se encuentra a la altura de la plataforma continental adyacente a un Estado miembro, se asimila o no al trabajo efectuado en dicho Estado miembro.

El TJ, para dar respuesta a esta interrogante, recurre al análisis del CMB-Convenio de Montego Bay (Convención sobre el Derecho del Mar de 1982) para establecer si la plataforma continental adyacente puede considerarse como territorio o no a los efectos de la aplicación del Reglamento 1408/71. A la vista del contenido de este instrumento internacional, se ha de señalar que de acuerdo con el art. 79.4 del CMB, se reconoce a los Estados ribereños jurisdicción sobre los cables y tuberías construidos o utilizados en relación con la exploración de su plataforma continental o con la explotación de los recursos de ésta, pero dicha jurisdicción no se extiende a los buques que se ocupan de colocar esos cables o tuberías. Además, estas naves no pueden asimilarse, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 80 CMB a “islas artificiales”, “instalaciones” o “estructuras” situadas sobre la plataforma continental. La aproximación que el TJ realiza al CMB con la finalidad de conocer el alcance de la soberanía y jurisdicción de los Estados sobre los distintos espacios marítimos y, en concreto, sobre la plataforma continental adyacente para determinar si el trabajador efectúa o no su actividad laboral en el territorio de la UE, no es novedosa.

En efecto, ésta no es la primera vez que el TJ expresa su parecer en relación con el trabajo ejecutado en la plataforma continental adyacente a los Estados miembros y su caracterización o no como territorio de la UE. Desde esta perspectiva, el Tribunal de Luxemburgo tuvo la ocasión de pronunciarse sobre este extremo en el supuesto conocido

como *Weber*⁴ y en el que el TJCE debía determinar el juez competente, a través de la interpretación de la noción de “*lugar habitual de trabajo*” en el marco de la resolución de un contrato de trabajo que se desenvuelve en la plataforma continental adyacente a los Países Bajos y, posteriormente, a bordo de un buque-grúa que construía un puente en las aguas territoriales de Dinamarca, esto es, en un supuesto de sucesión de lugares de trabajo. En aquel caso, el TJ declaró que el art. 5.1 del entonces vigente Convenio de Bruselas debía interpretarse en el sentido de que el lugar en el que se desempeña habitualmente su trabajo, a efectos de esta disposición, es el lugar en el cual o desde el cual, habida cuenta de todas las circunstancias del caso de autos, cumpla de hecho lo esencial de sus obligaciones con respecto a su empresa. De este modo, y por lo que respecta a la consideración o no como territorio de la plataforma continental adyacente a los Países Bajos, el TJ va a acabar por realizar una ficción jurídica de extraterritorialidad, señalando que “*el trabajo realizado por un trabajador por cuenta ajena en instalaciones fijas o flotantes situadas en o sobre la plataforma continental adyacente a un Estado contratante, en el marco de la exploración y/o explotación de sus recursos naturales, debe considerarse como un trabajo realizado en el territorio de dicho Estado a los efectos de la aplicación del art. 5.1 CB*”⁵. Esta sentencia, pionera en este ámbito, ha sido criticada desde el Derecho Internacional Público⁶, no en vano realiza una interpretación extensiva de la noción de territorio, incompatible con la formulación de los espacios marítimos contenido en el CMB. Aún así, es un litigio que pone de manifiesto que el establecimiento de criterios para conectar las actividades laborales que se desempeñan en los distintos espacios marítimos con algún ordenamiento jurídico europeo presenta enormes obstáculos en la práctica.

⁴ STJCE C-37/00, *Weber*, Rec. p. I-2013. Este asunto trae causa en un litigio que se plantea entre el Sr. Weber, domiciliado en Alemania, y la empresa escocesa con domicilio social en Aberdeen (Reino Unido) que le contrató como cocinero para prestar servicios en una plataforma petrolífera desde 1987 a 1993, para posteriormente desenvolver su actividad –durante un breve período de tres meses (entre septiembre y diciembre de 1993) a bordo de un buque-grúa en las aguas territoriales danesas; momento a partir del cual la empresa decide prescindir de sus servicios despidiéndole. El Sr. Weber disconforme con el acto extintivo, demanda por despido improcedente ante los Tribunales holandeses. Los Tribunales holandeses ante los cuales se interpone la reclamación correspondiente, elevan varias cuestiones prejudiciales orientadas a interrogarse acerca de si el trabajo realizado a bordo de una plataforma continental adyacente a los Países Bajos, debe considerarse como territorio de un país contratante a los efectos de determinar el *locus laboris* del art. 5.1 CB [actual art. 19.2.a) RB]. Para una crítica de la solución adoptada por el TJCE desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, y que asimismo comparto, GONZALEZ VEGA, J.A: “Instalaciones *offshore* y competencia judicial: el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE y la <obsesión por el territorio>”, *La Ley-Unión Europea*, n° 5556, mayo de 2002, pp. 1-6. También, véase el comentario a esta sentencia hecha por MOREAU en *Droit Maritime Français* n° 628, 2002, pp. 632-648. También CHAUMETTE, P: “Conflit de juridictions pour un travail effectué dans les eaux territoriales et sur le Plateau continental de deux Etats membres de l’Union européenne”, *Neptunus e-review*, vol. 8/2, 2002, <http://www.droit.univ-nantes.fr/>. Finalmente, se muestra interesante el trabajo que desde la mirada del DºI.Pr. ha realizado ADRIÁN ARNÁIZ, A.J: “Nuevas dificultades para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer del contrato individual de trabajo en la Unión Europea (Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2002 en el asunto *Weber*)”, *Información Laboral* n° 4, 2002, pp. 5-22. Sobre la misma cuestión, vid. comentario de una experta en estas cuestiones, ZABALO ESCUDERO, MªE: “Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: nuevos problemas planteados ante el TJCE”, *Revista de Derecho comunitario Europeo*, n° 14, 2003, pp. 225-239. Asimismo, GÓRRIZ, C: “Competencia judicial internacional y trabajo marítimo. (A propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002: *Weber vs. Universal Odgen Services Ltd.*)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XX, 2003, pp. 307-332.

⁵ Considerando 36 de la Sentencia.

⁶ GONZALEZ VEGA, J.A: “Instalaciones *offshore* y competencia judicial...”, loc. cit. pp. 2 y ss.

Estas dificultades a las que hemos hecho apenas referencia han dado lugar a que el TJ haya realizado una construcción sobre los elementos que deben tenerse en cuenta para conectar las actividades ejercidas sobre la plataforma continental y la aplicación del Derecho de la UE, esto es, para determinar cuándo la plataforma continental es, funcional y limitadamente, territorio de la UE⁷. A este objetivo se va a dirigir la sentencia *Salemink*⁸, donde lo que se dilucidaba era la aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social a un trabajador de una empresa neerlandesa, residente en España, que presta servicios en una plataforma de gas situada en la plataforma continental adyacente a los Países Bajos. El Tribunal de Luxemburgo va a declarar, en lo que a nosotros ahora concierne, que un trabajo efectuado sobre las instalaciones fijas o flotantes situadas en la plataforma continental en el marco de las actividades de exploración y/o de explotación de recursos naturales, debe ser considerado, a los efectos de la aplicación del Derecho de la UE como realizado en el territorio de dicho Estado. Claro está que en esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo va a recoger un criterio de funcionalidad, según el cual para considerar que esos ámbitos son territorio de la UE es necesario que exista una relación entre el beneficio de las prerrogativas económicas de exploración y/o explotación de los recursos ejercidos sobre la parte de la plataforma continental que es adyacente a los países miembros y el Derecho de la UE.

Como quiera que a diferencia del caso *Salemink*, el Sr. Kik no realizaba una actividad dirigida a la exploración y/o explotación de los recursos naturales situados en las aguas concernidas, el TJ va a rechazar que sobre la vía de aplicación de las normas de Derecho Internacional Público y, en concreto, del CMB, el trabajo realizado pueda entenderse realizado en el territorio de algún Estado miembro de la UE.

4. LA EXTENSIÓN DEL REGLAMENTO DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEO CUANDO LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SE REALIZA EXTRAMUROS DEL TERRITORIO DE ALGÚN ESTADO MIEMBRO: LA TEORÍA DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS CON LA UE

De acuerdo a lo apenas señalado, el trabajador implicado en el asunto que tratamos se encontraría fuera del ámbito de aplicación territorial del Reglamento comunitario. Ahora bien, este planteamiento inicial del TJ queda, sin embargo, en suspenso cuando el tribunal atrae al asunto que nos entretiene otro mecanismo ya empleado con anterioridad para conectar las relaciones jurídico-laborales que se ejecutan extramuros del territorio europeo con el Derecho de la UE. Se trata de la teoría de la existencia de una vinculación estrecha entre la relación laboral en cuestión y el territorio de la UE, establecida para los casos en los que el trabajador ostenta su residencia en algún Estado miembro y ha sido contratado por una

⁷ En este sentido, se pronuncia también el TJ en la Sentencia de 29 de marzo de 2007, Asunto C-111/05, *Aktiebolaget*.

⁸ Sentencia de 17 de enero de 2012. Asunto C-347/10. Comentario realizado por CHAUMETTE, P: “Du travail sur les plates formes gazières et pétrolières du Plateau continental”, *Droit Social* n° 4, 2012, pp. 436-438. También, GONZÁLEZ VEGA, J: ¿A vueltas con la “obsesión por el territorio”? el TJ, la plataforma continental y la aplicación espacial del Derecho de la UE (Comentario a la Sentencia TJUE de 17 de enero de 2012. A *Salemink* c. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekering. Asunto C-347/10), *Revista General de Derecho Europeo* n° 30, 2013.

empresa, establecida en otro Estado miembro, para la cual ejerce sus actividades. En efecto, el TJUE ha recurrido en diversas ocasiones a esta teoría integradora, explicitando en el contexto de la aplicación del principio de no discriminación en el marco de la libre circulación de trabajadores que la aplicación del Derecho de la UE se produce en los supuestos en los que exista la citada conexión, aunque el trabajador preste servicios en el territorio de un tercer Estado.

Se suele citar al Asunto *Boukhalfa*⁹, como muestra paradigmática de este tipo de pronunciamientos, aunque sus orígenes pueden rastrearse en sentencias previas. Pues bien, este caso ponía fin a la petición de una cuestión prejudicial planteada ante el tribunal comunitario por una nacional belga que prestaba servicios en la embajada alemana en Argel, lugar donde además residía con anterioridad de forma permanente. La actora demandaba la aplicación de la normativa alemana aplicable a los agentes locales, sosteniendo la posible vulneración de la prohibición de no discriminación enunciada en el art. 48.2 TCEE y en los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento nº 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Para la resolución del conflicto planteado, el tribunal se interrogaba sobre si el Derecho comunitario está vinculado por el principio de territorialidad, puesto que en caso afirmativo no sería posible extender su aplicación más allá de las fronteras comunitarias. No obstante, el TJCE llega a la conclusión de que la normativa comunitaria no está sujeta a un principio semejante. Para ello se ampara por un lado en distintas disposiciones del Tratado que niegan el alcance territorial limitado de sus disposiciones, así como y lo que es más importante, fundamentando la justificación de aplicación extraterritorial de su normativa sobre la noción de “*vínculo de conexión suficientemente estrecho con dicho territorio*”. Así, el tribunal comunitario viene a recomendar a los jueces *a quo* el empleo de una serie de elementos o haz de indicios que en cada caso particular le permitan dar contenido suficiente y efectivo a este criterio aplicativo. Entre los elementos sugeridos por el tribunal a esos efectos se encuentran tanto los elementos relativos a la propia configuración de la relación laboral¹⁰, como aquellos otros relacionados con la imposición de obligaciones de carácter público; donde destacan tanto la afiliación del trabajador a un régimen de seguridad social como al régimen impositivo de un Estado miembro¹¹. Si bien es cierto que el tribunal no ha establecido una clasificación diferenciada

⁹ Ingrid Boukhalfa contra Bundesrepublik Deutschland, Asunto C-214/94, sentencia del TJCE de 30 de abril de 1996, Recopilación, 1996-I, pp. 2253-2280.

¹⁰ Apartado 46 de la sentencia anotada. Entre los que allí se señalan, se encuentran los siguientes: relación laboral establecida entre un trabajador comunitario y una empresa de otro Estado miembro; contratación de dicho trabajador comunitario en otro Estado miembro; trabajador comunitario establecido en un Estado miembro en el momento de su contratación; establecimiento del empresario en el Estado miembro del que sea nacional; sometimiento del empresario al ordenamiento jurídico de un Estado miembro; sometimiento de la relación laboral al Derecho del Estado miembro de que sea nacional el empresario; trabajador comunitario que ejerza sus actividades por cuenta de la empresa que lo emplea, aun cuando éstas se ejerzan en un país tercero.

¹¹ Apartado 46 de la sentencia Boukhalfa. En ambos casos, el TJCE se refiere a estos elementos que vincularían la relación de trabajo con un Estado miembro siempre que el trabajador sea comunitario, así como la sujeción de éste al régimen de seguridad social o tributario del que sea nacional la empresa que lo emplea. Si bien esto es así, en cuanto a que el trabajador tenga que ser necesariamente nacional comunitario para que se le aplique extraterritorialmente el Derecho comunitario parece desmentirse en la sentencia *Bozkurt*, en la que el tribunal comunitario confirma la postura mantenida por la sentencia *Boukhalfa*, si bien el trabajador implicado en aquella controversia lo era de un tercer Estado (Turquía). Por su parte, y en lo que se refiere a la sujeción del trabajador al régimen de Seguridad Social y al sistema tributario del que sea nacional la empresa que lo emplea, debemos señalar que ni la sujeción de un trabajador a un sistema de Seguridad ni a un sistema tributario se corresponde

(...)

entre unos y otros, limitándose más bien a establecer una enumeración sin propósito de exhaustividad de lo que aquél considera como datos fácticos que permiten deducir la existencia de un vínculo de conexión suficientemente estrecho de una relación laboral con el territorio de la UE, y en consecuencia aplicar extraterritorialmente la normativa comunitaria a aquéllas; sí que se puede deducir –como constante– la querencia por parte de este tribunal en hacer prevalecer los indicios relacionados con las cargas de carácter público que pesan sobre la relación laboral¹² sobre los elementos configuradores de la relación laboral.

La teoría de la vinculación más estrecha a la que hacemos referencia ha sido empleada no solamente en el caso de ejecución de la prestación laboral en el territorio de terceros Estados, sino también cuando se presta servicios a bordo de naves, aunque –eso sí– con una sensible diferencia con respecto al caso que nos ocupa, ya que el trabajador del mar implicado prestaba servicios en un buque de pabellón de un Estado miembro de la UE. Me refiero al supuesto que contempla la sentencia *Lopes da Veiga*¹³, donde la cuestión prejudicial en aquel momento planteada versaba sobre si un marinero portugués que trabajaba con carácter permanente para una empresa neerlandesa, a bordo de buques con pabellón neerlandés en navegación internacional, podía invocar las disposiciones sobre no discriminación por razón de nacionalidad establecidos en los artículos 7 y ss del Reglamento 1612/68. En este supuesto, el TJCE va a considerar que existe un vínculo entre la relación laboral y la Comunidad, puesto que, entre otras circunstancias, además de que el trabajador prestara servicios en un buque de bandera neerlandesa, a éste se le efectuaban retenciones de impuestos de su salario en los Países Bajos y cotizaba a la Seguridad Social neerlandesa.

necesariamente al mismo que sea nacional la empresa que lo emplea. En efecto, la afiliación a un sistema de seguridad social, por ejemplo al español, determina su carácter vitalicio, por lo que la variación del sujeto empleador a otro no perteneciente a la misma nacionalidad no variará esta circunstancia, sino que dará lugar a la aplicación de las normas internacionales de Seguridad Social, sean reglamentos comunitarios o los Convenios internacionales de seguridad social correspondientes según los Estados que se encuentren implicados en la relación de Derecho público con el trabajador. Asimismo, la aplicación de un determinado sistema tributario se establece dependiendo del lugar donde se realiza el hecho imponible y no con el sistema tributario del que sea nacional la empresa que emplea al trabajador, de tal manera que si con ello quedan afectados dos o más Estados (pongamos por caso en el mismo año impositivo), habrá de estarse a los tratados de doble imposición con el fin de evitar una doble carga fiscal.

¹² En efecto, si atendemos a alguna de las sentencias que sobre esta cuestión ha dictado el TJCE, podemos observar que el Tribunal recurre en numerosas ocasiones a la circunstancia o bien de la afiliación del trabajador a un sistema de seguridad social o el sometimiento de éste al Impuesto sobre la renta de las personas físicas de un Estado miembro. Así ocurre, por ejemplo, en el asunto *Prodest* (Asunto 237/83, de 12 de julio de 1984. Rec. 1984-7, pp. 3153 y ss) que versaba sobre la aplicación del principio de no discriminación a un nacional que empleado por una sociedad de un segundo Estado miembro pretendía la conservación de sus derechos de seguridad social en el ejercicio temporal de su actividad laboral en el territorio de un tercer Estado. En este supuesto, el TJCE en el apartado 7 de esta sentencia sostenía como vínculo más estrecho que “*un tel rattachement peut être trouvé dans la circonstance que le travailleur communautaire a été engagé par une entreprise d’un autre État membre et, de ce fait, a été affilié au régime de sécurité sociale de cet État et qu’il exerce toujours ses activités pour le compte de l’entreprise communautaire même son détachement dans le pays tiers*”. En el mismo sentido que el mantenido en la sentencia *Prodest* se mueven las consideraciones emitidas por el TJCE en el asunto *Aldewereld* (Asunto C-60/93, de 29 de junio de 1994, Rec. 1994-6, pp. 2991 y ss). Un paso importante que confirma esta orientación jurisprudencial fue la determinada en el asunto *Bozkurt* (Asunto C-434/93, de 6 de junio de 1995, Rec. 1995-6, pp. 1475 y ss) en el que el Tribunal ratifica la existencia de los vínculos más estrechos tomando en consideración, entre otros, que el trabajador estaba cubierto por el sistema de seguridad social neerlandés. Finalmente, y en el asunto *Boukhalfa*, el TJCE en el apartado 5 de la sentencia citada, señala que esta trabajadora cotiza a la Caja de Pensiones legal alemana y se halla sujeta, por sus ingresos procedentes de los fondos públicos nacionales, a un impuesto limitado a sus ingresos, con arreglo a las disposiciones alemanas.

¹³ Asunto 9/88, de 27 de septiembre de 1989, Rec. 1989-8, pp. 2989 y ss.

Algo similar ocurre en un caso más reciente, fechado en el año 2012, donde también el trabajador afectado prestaba servicios a bordo de un buque de nacionalidad de un país europeo. Me refiero al Asunto Bakker¹⁴ que versaba sobre un marino de nacionalidad neerlandesa, residente en España, que presta servicios para una empresa establecida en los Países Bajos y realiza su actividad a bordo de dragas que navegan bajo pabellón neerlandés en las aguas territoriales chinas y de Emiratos Árabes Unidos. Las dragas estaban inscritas en el Registro neerlandés de buques marítimos (Antillas neerlandesas), que no es sino un registro abierto. Lo interesante de este asunto, desde la perspectiva que abordamos es que el TJ va a aplicar la normativa europea y, en concreto, la conexión de la ley del pabellón contenida en el art. 13.2.c) del Reglamento 1408/71, irrumpiendo en la formulación clásica y tradicional de los espacios marítimos, donde se considera que las aguas territoriales son parte del territorio del Estado ribereño.

A diferencia de estos supuestos, en el caso que comentamos y que da pie a la sentencia Kik, la prestación de servicios se desarrollaba en un buque de nacionalidad panameña, lo que da lugar a dificultades añadidas para lograr vincular la relación jurídica con la normativa comunitaria de coordinación de sistemas de seguridad social. Para la consecución de tal objetivo, el TJ va a proceder, en primer lugar, a flexibilizar los elementos que se han de tomar en consideración para extender la normativa de seguridad de la UE a las relaciones de trabajo ejecutadas extramuros del ámbito espacial-territorial europeo. En segundo lugar, y de ahí el enorme interés de este asunto es que procede a descartar de manera abierta el recurso al empleo tradicional de la ley del pabellón como criterio de vinculación de la relación laboral con el sistema de seguridad social proyectado a través de esta ficción de extraterritorialidad.

Así, por una parte, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un litigio en el marco de los sistemas de coordinación de los sistemas de seguridad social, el TJ va a utilizar como presupuesto esencial para conectar la relación jurídica con el espacio geográfico de la UE el hecho de que el trabajador en cuestión estuviera sometido al sistema impositivo-tributario neerlandés. Esto es, los elementos de la teoría de la vinculación antes mencionados se aligeran enormemente, puesto que a diferencia de los casos anteriores, aquí es suficiente que exista una carga fiscal para que la conexión con territorio europeo pueda producirse. Por otra parte, y en un grado de importancia no inferior al apenas mencionado, el TJ va a aplicar la teoría de la vinculación más estrecha anunciada, extendiendo la aplicación del Reglamento nº 1408/71 a un trabajador del mar haciendo caso omiso, por la vía interpretativa descrita, a la aplicación de la ley del pabellón como criterio para determinar la inclusión o exclusión del mismo en el ámbito de aplicación de este instrumento jurídico.

5. HACÍA LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A BORDO DE BUQUES: ENTRE RESIDENCIA Y ESTABLECIMIENTO CONTRATANTE

Como es visible, el TJ asume que la ley del pabellón como criterio tradicional para vincular las relaciones jurídico-laborales a bordo de buques con el Estado que otorga su

¹⁴ Asunto C-106/11, de 7 de junio de 2012.

nacionalidad, no es un criterio que tenga que continuar aplicándose para la determinación de la aplicación o inaplicación del texto comunitario de protección social a este colectivo de trabajadores. Una vez establecida la premisa básica, el TJ se enfrenta a un segundo escalón dentro de este contexto, y que tiene por objeto determinar los criterios que permiten vincular una relación jurídico-laboral que se desenvuelve extramuros del territorio europeo con algún sistema de protección social del mismo ámbito geográfico.

Huelga decir que el Tribunal comunitario va a desechar el recurso al art. 13.2.c) del Reglamento 1408/71, que designa para los trabajadores del mar la aplicación de la ley del pabellón como criterio de conexión, para clarificar este extremo. Poco sentido tendría que descartado el principio general de la ley del pabellón a los efectos de la aplicabilidad de la norma comunitaria, el propio tribunal poco después acudiera al mismo para determinar qué legislación de seguridad social es la aplicable, puesto que nos llevaría a la aplicación de la legislación panameña. A la vista de estas circunstancias, el TJ va a buscar otros criterios que permitan vincular la relación jurídica con el sistema de protección social de algún Estado miembro. Y para ello, se va a servir de las consideraciones que ha ido poco a poco elaborando con anterioridad, y que –en esencia– consisten en excepcionar el criterio de “*lex loci laboris*” como criterio general de conexión entre la relación jurídico laboral entablada y el sistema de seguridad social designado mediante esta formulación, lo que para el caso de los trabajadores del mar supone desvirtuar –insisto– la aplicabilidad de la ley del pabellón tradicionalmente empleada por analogía al criterio de ley del lugar donde con carácter habitual el marino presta servicios.

Pues bien, esta escalada interpretativa a la que hacemos alusión tiene, entre otros asuntos a los que se ha hecho referencia anteriormente, un punto de inflexión en el asunto Aldewereld¹⁵, donde además de dirimir, en sentido afirmativo, la aplicabilidad de las disposiciones del Derecho comunitario a las actividades profesionales ejercidas fuera del territorio europeo por la existencia de una vinculación estrecha entre la relación laboral y el espacio europeo, el TJ va a hacer depender la determinación de la ley aplicable bien del país donde se encuentre la residencia del trabajador, bien del lugar donde se sitúe el establecimiento del empresario. Con respecto a la residencia, el propio tribunal va a señalar su aplicación accesoria, en la medida en que la legislación designada por el criterio de residencia tenga alguna vinculación con la relación laboral¹⁶. De este modo, en el supuesto de que el trabajador no resida en el territorio de algún Estado miembro en el que ejerce su actividad, lo normal es que se le aplique la legislación de la sede o domicilio del empresario¹⁷, de igual modo que se dispone en el art. 14.2.a) del Reglamento que analizamos para los trabajadores en itinerancia, cuya actividad no pueda vincularse a un lugar concreto.

Sin perjuicio de que el/los criterio/s de vinculación empleado/s para determinar la ley aplicable en materia de seguridad social (sede o domicilio del empresario y de manera accesoria la residencia) sean compartidos o no por quien esto suscribe (no en vano considero que debe ser objeto de una reflexión profunda y no exclusivamente anudada al marco estricto

¹⁵ Asunto C-60/93, Caso Aldewereld, Rep. 1994, I-2991. Este asunto versaba sobre un trabajador holandés que es contratado por empresa alemana que, a su vez, desplazada al trabajador a Tailandia.

¹⁶ Es precisamente el criterio de residencia el que se descarta en la sentencia Bakker supra mencionada.

¹⁷ Considerando 58 de la sentencia Kik.

de la protección social), una cosa parece indudable: para el TJ el criterio conflictual de la ley del pabellón debe considerarse relegado a un plano secundario o subsidiario, también por lo que respecta a la protección social de los trabajadores del mar. Desde aquí celebramos la postura del TJ, que queda perfectamente clara a juzgar por lo que señala en el considerando 60 de la sentencia, donde expresamente se dice que la situación de los trabajadores del mar que prestan servicios fuera del territorio de la UE a bordo de un buque que enarbola pabellón de un Estado tercero es comparable a la de las personas que ejercen su trabajo en itinerancia, *“dado que ni el estado del pabellón ni el lugar de trabajo tiene vinculación con la legislación de los Estados miembros”*.

6. CONCLUSIÓN

A resultas de lo apenas descrito, considero que es perfectamente factible deducir una conclusión principal. El TJ, gracias a su labor interpretativa, se muestra decidido a buscar el ordenamiento jurídico del Estado con el que realmente la relación jurídica de los trabajadores del mar tiene una conexión o vinculación socio-económica real, buscando el o los criterios que posibiliten alcanzar esa finalidad. Se esté o no de acuerdo con los criterios que emplea para lograrlo, lo cierto es que es difícil no compartir su visión en cuanto al fondo. En efecto, parece evidente que continuar manteniendo la ley del pabellón, como principio de aplicabilidad de los sistemas de seguridad social a los trabajadores del mar no se corresponde con la realidad subyacente en la que la inmensa mayoría de este colectivo de trabajadores presta servicios. Solamente por ello, deberíamos interrogarnos sobre la necesidad de repensar el art. 7 de la LGSS en un futuro próximo¹⁸.

Esa reformulación debería venir acompañada por una necesaria reflexión acerca de la noción de territorio y de su afectación sobre la aplicación de las normas laborales en el espacio también por lo que atiene a la seguridad social. Y es que en el trasfondo de la evolución interpretativa seguida por el TJ en estos supuestos se encuentra el debate sobre la extensión del concepto de territorio europeo con respecto a las actividades laborales que se ejercen en los distintos espacios marítimos¹⁹, ya sea en unas ocasiones basando su apreciación en el CMB, ya sea en otras para apartarse de la misma, como ocurre en el caso Bakker. Sea como fuere, lo que también podemos extraer como enseñanza (o segunda conclusión) es que nos encontramos ante un proceso de modulación de la clásica y tradicional forma de aprehender los espacios marítimos desde la perspectiva del Derecho internacional público con el objeto, muy loable por cierto, de proteger a los trabajadores que prestan servicios en estos ámbitos geográficos. Habrá que ver si estas “pequeñas pistas” que el TJ nos ofrece llegan a formar un conjunto armónico que nos permita construir un cuadro jurídico más respetuoso con respecto a la protección de la gente de mar.

¹⁸ Con el fin de evitar las distorsiones que se produce de su aplicación, tal y como puse de manifiesto en el trabajo titulado “Desempleo tras actividad en buques extracomunitarios”, *Aranzadi Social* n° 6, 2013, pp. 243-262.

¹⁹ GOURITIN, A: “Vers la territorialisation des eaux de l’UE?”, *Sentinelles-SFDI* n° 291, 2012. www.sentinelles-droit-international.fr

