

LEY DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE AL TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO. UNA APROXIMACIÓN AL ACUERDO MARCO SOBRE TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO EN LA UE, EEE Y SUIZA*

JOSÉ MANUEL PAZÓ ARGIBAY

*Profesor Asociado (Dr.) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela*

EXTRACTO

Palabras clave: teletrabajo, Seguridad Social, legislación aplicable, trabajadores migrantes

Las nuevas formas de trabajo propiciadas por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han puesto de manifiesto la insuficiencia de las disposiciones del Título II del Reglamento (CE) nº 883/2004, relativas a la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, frente a nuevas realidades laborales como el teletrabajo transfronterizo.

Con la intención de atenuar los efectos de este teletrabajo transfronterizo en la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, y evitar también fenómenos de dumping social, el reciente Acuerdo Marco de teletrabajo transfronterizo habitual eleva el umbral de “sustancialidad” del artículo 13.1 del Reglamento (CE) nº 883/2004, de manera que las personas que realicen teletrabajo transfronterizo habitual estarán sujetas a la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total.

ABSTRACT

Key words: telework, Social Security, applicable law, migrant workers

New forms of work developed by information and communication technologies have revealed the insufficiency of the provisions of EU Regulation nº 883/2004 to determine the applicable Social Security legislation facing new work realities such as cross-border teleworking.

Recent Agreement on habitual cross-border teleworking increases “substantiality” of article 13.1 of the EU Regulation nº 883/2004, so that people who carry out habitual cross-border teleworking will be subject to the legislation of the State where the employer has its headquarters, provided that the cross-border teleworking carried out in the State of residence is less to 50% of the total working time.

* Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación PID2021-122254OB-I00 “La incidencia del derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales”, concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. UNA (BREVE) APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO
3. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. LA INSUFICIENCIA DEL TÍTULO II DEL REGLAMENTO (CE) N° 883/2004
4. EL ACUERDO MARCO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO (CE) N° 883/2004 EN LOS CASOS DE TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO HABITUAL
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La determinación de una única legislación aplicable en aquellas situaciones de duplicidad en las que, como consecuencia del ejercicio del derecho a la libre circulación, pudiera encontrarse un trabajador migrante, constituye la finalidad del Título II del Reglamento (CE) n° 883/2004¹.

Sin desmerecer el esfuerzo delimitador del propio Reglamento, gestado en un momento en el que la forma de prestación de trabajo más habitual era aquella que se desarrollaba físicamente en el propio Estado de residencia, las nuevas formas de trabajo propiciadas por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han puesto de manifiesto la insuficiencia de dicha regulación frente a nuevas realidades laborales como el teletrabajo². Su irrupción a raíz de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, y las limitaciones a la libertad de circulación por el cierre sanitario de fronteras³, obligó a los Estados miembros a un desarrollo normativo de urgencia para su regulación, pero únicamente desde el punto de vista nacional⁴.

¹ En palabras de Carrascosa Bermejo “los conflictos normativos que soluciona el título II surgen mayoritariamente en el marco de una migración o cuando la residencia y el lugar donde desempeña su actividad profesional no son coincidentes”. Carrascosa Bermejo, D. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*. Colección de Estudios CES. Madrid, 2004, p. 129.

² “Existen otros retos al funcionamiento del mercado interior y a la coordinación en materia de Seguridad social, como las nuevas formas de movilidad laboral virtual, facilitadas por la digitalización [...] el teletrabajo transfronterizo, los llamados “nómadas digitales”, que trabajan a distancia en toda la UE, o el trabajo transnacional a través de plataformas digitales”. Fernández Prieto, M. “Trabajadores fronterizos: particularidades en el marco de la Unión Europea”. *Revista Galega de Dereito Social*, 17/2023, p. 62.

³ Como señala Miranda Boto “la libre circulación ocupó un lugar muy menor en las preocupaciones de los Gobiernos nacionales. Lo importante en aquel momento era cerrar, inútilmente, las fronteras frente a un enemigo invisible y devastador que ya estaba dentro”. Miranda Boto, J.M. “La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización”. *Revista Labos*, 1/2022, Vol. 3, p. 51.

⁴ Necesarias también en el ámbito supranacional: “el reto transnacional de las nuevas formas de empleo puede introducir desajustes en la competencia dentro del Mercado Interior, a lo que

Al margen quedaron aquellas actividades laborales que se desarrollaban bajo el formato de teletrabajo transfronterizo, esto es, el trabajo que se desarrollaba por medios TIC desde el Estado miembro de residencia de los trabajadores para empresas ubicadas físicamente en otros Estados miembros⁵.

Pese a la aparente novedad de esta realidad laboral⁶, lo cierto es que ya en el año 2002 se dio un primer paso para su regulación a través del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET), si bien, debido a su falta de eficacia normativa, devino en un instrumento insuficiente para regular dichas situaciones⁷.

La entrada en vigor el pasado 1 de julio de 2023 del Acuerdo Marco sobre la aplicación del artículo 16.1 del Reglamento (CE) nº 883/2004 en supuestos de teletrabajo transfronterizo habitual viene a clarificar los criterios para la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social en esta particular modalidad de prestación laboral. Lo hace estableciendo las reglas para la celebración eficiente y oportuna de acuerdos individuales sustentados sobre el

la Comisión Europea no puede permanecer ajena”. Miranda Boto, J. M. *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 34.

⁵ “Y es que en el momento en el que no existe una exigencia productiva ineludible que obligue al trabajador a encontrarse físicamente en el lugar de trabajo, no existirá tampoco ninguna obligación de permanecer en la misma ciudad, región, o ni siquiera, en el mismo país de la empresa contratante, por lo que se espera que la internacionalización del contrato de trabajo sea especialmente acusada en fenómenos de trabajo a distancia”. Selma Penalva, A. “Lugar de prestación de servicios: ley aplicable y jurisdicción competente en el teletrabajo internacional”. En AA.VV. *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p. 300.

⁶ Apariencia que rechaza Pérez del Prado: “Es cierto que su resurrección y auge en los últimos tiempos, al menos en el plano teórico, es absolutamente incuestionable, pero no debe olvidarse que, por más que las nuevas tecnologías digitales pudieran volverlo a impulsar, es hijo de otro tiempo, el de justo la revolución industrial anterior, la de las tecnologías de la información y la comunicación. Incluso podríamos decir que sus inicios pueden situarse antes”. Pérez del Prado, D. *Derecho, Economía y Digitalización. El impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 164.

⁷ “Una herramienta de escasa utilidad, por su contenido y su naturaleza”. Fernández Prol, F. “Teletrabajo Internacional: transnacional y móvil (o nomadismo digital internacional)”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 154/2022, p.107. “El AMET resulta criticable, tanto por su eficacia jurídica obligacional como por su poco ambicioso contenido”. Sala Franco, T. “La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo”. En Sala Franco, T. (Dir.), *El Teletrabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 59. “Los Estados miembros no están obligados a aplicar directamente el AMET ni a elaborar normas de transposición, como tampoco a modificar la legislación nacional de un Estado, porque no existe un marco legislativo europeo para las negociaciones autónomas (como un Reglamento, una Decisión o una Directiva-marco)”. Sierra Benítez, E.M. “Los euroacuerdos colectivos y el teletrabajo en la Unión Europea”. En Gorelli Hernández, J. (Coord.), *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum, Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Monografías de Temas Laborales, 2014, p. 516.

artículo 16 del Reglamento; estableciendo como base jurídica para la determinación de la legislación aplicable la excepción individual, previa solicitud, simplificando el procedimiento y garantizando la seguridad jurídica⁸.

2. UNA (BREVE) APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO

El creciente desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ha tenido su reflejo en el mercado de trabajo, entre muchos otros aspectos, en el desarrollo de nuevas formas de prestación de la actividad laboral⁹. La incorporación de elementos y soportes informáticos han contribuido a la ruptura de la tradicional asociación entre prestación de la actividad laboral y centro de trabajo¹⁰, permitiendo dicha prestación laboral desde lugares ubicados fuera del mismo, incluso, desde el propio domicilio de la persona trabajadora¹¹.

Ante la ausencia de unanimidad¹², y la escueta definición que del mismo ofrece la normativa española de referencia¹³, la doctrina ha venido identificando

⁸ Memorando explicativo del Acuerdo Marco sobre la aplicación del artículo 16, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 883/2004 en casos de teletrabajo transfronterizo habitual.

⁹ “Un efecto de la internacionalización ha sido la dispersión de los puestos de trabajo. En empresas completamente informatizadas, especialmente aquellas que no producen bienes materiales, ha dejado de resultar necesario mantener una sede centralizada. Es esta una forma de trabajo que, con unos matices u otros, se inscribe dentro de la denominada deslocalización empresarial, puesto que, en sus distintas y posibles vertientes, implica la prestación de la actividad laboral a distancia, bien desde el domicilio del trabajador, bien desde las llamadas “oficinas satélite”. Mercader Uguina, J. R. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 28.

¹⁰ “El modelo digital, que apunta a la desaparición del centro de trabajo y su sustitución por espacios digitales o virtuales –trabajo a distancia, plataformas digitales, producción digital– que, en ocasiones, hacen desaparecer el propio lugar de trabajo como espacio físico estable de desarrollo de una actividad laboral. En este marco, que podemos denominar “desmaterialización” laboral –no hay centro de trabajo, no hay lugar físico de trabajo– se une cierta “espiritualización” de la empresa reconvertida, a veces, en una mera marca global sin organización detrás –no hay instalaciones, no hay medios de producción, no hay dirección de recursos humanos”. Lahera Forteza, J. “Las transformaciones del lugar de trabajo”. *Revista Documentación Laboral*, 118/2019, p. 23.

¹¹ Mostrando multitud de ventajas, pero también inconvenientes, desde el punto de vista empresarial, social y del propio trabajador. Al respecto, Martín – Pozuelo López, A. “Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo”, en Sala Franco, T. (Dir.), *El Teletrabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 27 -37. En la misma dirección, Rodríguez Escanciano, S. “El teletrabajo y sus fuentes de regulación. Especial consideración a la autonomía colectiva”. *Revista Galega de Dereito Social*, 11/2020, pp. 43- 44.

¹² Martín – Pozuelo López, A. *Ibid.*, p. 17.

¹³ El artículo 2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, define el teletrabajo como “aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”; una definición que, como señala reputada doctrina, debe completarse con la que, para el trabajo a distancia, ofrece la misma

la necesaria concurrencia de ciertos elementos en esta particular modalidad de prestación laboral para su configuración como teletrabajo¹⁴. Así, algunos autores han identificado la existencia de un elemento geográfico o espacial, ya que la prestación laboral se realiza a distancia; un elemento instrumental, en cuanto que la actividad laboral se hace a través de medios informáticos y de comunicación, y un elemento organizativo, consecuencia de esta nueva forma de trabajo, alejada del tradicional carácter presencial de la prestación laboral en el centro de trabajo¹⁵. Otros autores han visto necesario también un elemento personal, siendo necesaria la prestación de servicios bajo esta modalidad por una persona física¹⁶; así como un elemento cuantitativo, medido en tiempo de dedicación, que justifique el carácter habitual de la prestación laboral bajo la modalidad de teletrabajo¹⁷.

De la conjunción de todos estos elementos, con mayor o menor intensidad, se han dado distintas clasificaciones o *sub* modalidades que la doctrina ha venido identificando igualmente como teletrabajo. Así, atendiendo al elemento espacial, podrían identificarse fórmulas de teletrabajo a domicilio, teletrabajo en telecentros o teletrabajo itinerante¹⁸; mientras que, si atendemos al elemento tecnológico, podrían darse situaciones de teletrabajo *off-line* o teletrabajo *on-line*¹⁹.

En consonancia con los elementos señalados, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET) del año 2002²⁰, suscrito por Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios

norma, esto es, la “forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular”. Lousada Arochena, J.F., Pazos Pérez, A., Ron Latas, R. P. *Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de Seguridad Social; teletrabajo transnacional*. Editorial Tecnos, Madrid, 2022, pp. 72-73.

¹⁴ En mayor profundidad sobre los rasgos caracterizadores del teletrabajo en Sierra Benítez, M. *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Consejo Económico y Social de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2011, pp. 34-49.

¹⁵ “A efectos conceptuales, el teletrabajo consta de tres elementos que lo definen: el topográfico – el trabajo es a distancia –; el segundo elemento: el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación; y, el tercer elemento, el organizativo: es una nueva forma de trabajar y supone una ruptura con el modelo tradicional de organización del trabajo”. Ballester Pastor, I. “Teletrabajo y derechos individuales: el trazado de nuevos equilibrios”. *Revista Documentación Laboral* 121/2020. Vol. III, p. 13.

¹⁶ “Excluyendo de este concepto las prestaciones realizadas por empresas o personas jurídicas”. Martín – Pozuelo López, A. “Una aproximación...”. op. cit., p. 18.

¹⁷ Lousada Arochena, J.F., Pazos Pérez, A., Ron Latas, R. P. *Trabajo a distancia y Teletrabajo...* op. cit., p. 73.

¹⁸ Modalidades que Martín – Pozuelo denomina como “fórmulas puras” de teletrabajo. Martín – Pozuelo López, A. “Una aproximación al concepto de teletrabajo, modalidades...”. op. cit., pp. 22-23.

¹⁹ Dentro del cual, a su vez, podrían darse situaciones de conexión o comunicación con la empresa *one way line* o *two way line*. *Ibid*, p. 25.

²⁰ Revisado en 2009.

de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), definía en su artículo segundo el teletrabajo como “una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”²¹.

Ante la ausencia de normativa de carácter internacional al respecto²², el AMET representó un paso importante en el tratamiento del teletrabajo a nivel europeo, terreno inexplorado hasta el momento, ofreciendo más seguridad a los teletrabajadores y las teletrabajadoras por cuenta ajena en la UE al incluir en su contenido aspectos relativos a su voluntariedad, condiciones de empleo, protección de datos, salud y seguridad en el trabajo, organización del trabajo, formación, derechos colectivos, etc²³. No obstante, pese a haberse incorporado en España sus disposiciones al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (AINC) del año 2003 y siguientes²⁴, existe un amplio consenso en señalar su falta de

²¹ Una definición que, como apunta Ballester Pastor, incorpora un nuevo elemento, al exigir este concepto de teletrabajo del AMET “la concurrencia de cuatro elementos: el uso de las TIC; una relación jurídica asalariada; que el trabajo se desarrolle fuera del local del empresario -aunque pueda desarrollarse dentro-; y, que el trabajo así definido sea regular”. Ballester Pastor, I. “Teletrabajo y derechos individuales...”, op. cit., p. 18.

²² La OIT reguló con carácter general, en su Convenio número 177 (1996) el trabajo a domicilio, entendiéndose que esta modalidad se produce cuando se realiza la actividad laboral en el domicilio de la persona trabajadora o en otro local que esta escoja, distinto de los locales de trabajo de la empresa, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones de la empresa. Artículo 1, a) del Convenio número 177 de la OIT, ratificado por España en mayo de 2022. Misma definición aportaba la Recomendación número 184 de la OIT, del mismo año, sobre el trabajo a domicilio. En detalle, Pérez Campos, A. I. *El teletrabajo internacional. Situación actual y propuestas de regulación*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 67 – 72; García Piñeiro, N. P. “La Organización Internacional del Trabajo y el trabajo a distancia: la ratificación por España del Convenio número 177 sobre trabajo a domicilio”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 255/2022.

²³ Un estudio detallado del contenido del AMET en Sierra Benítez, E.M. *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, op. cit., pp. 152-168. Thibault Aranda, J., Jurado Segovia, A. “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”. *Revista Temas Laborales*, 72/2003. Mella Méndez, L. “Comentario general al Acuerdo Marco sobre teletrabajo”. *Revista Relaciones Laborales*, 1/2003.

²⁴ Una incorporación que “no equivale en ningún caso a una recepción en Derecho Interno”. De la Iglesia Aza, L. “Digitalización e internacionalización de las relaciones de trabajo: el teletrabajo transnacional e internacional”. *Revista Galega de Dereito Social*, 17/2023, p. 121. En consecuencia “la negociación colectiva estatal se limitaba a recomendar la aplicación adaptada a la realidad española del AMET”. Pérez Campos, I. *El teletrabajo internacional...*, op. cit, p. 95.

eficacia normativa como la causa que desvirtuó completamente su contenido²⁵. Además, omitía deliberadamente referencia alguna al teletrabajo transnacional²⁶.

De todos los elementos descritos, de necesaria concurrencia, el elemento espacial o geográfico es el de mayor trascendencia en los supuestos de teletrabajo transfronterizo, al desarrollar la persona trabajadora su actividad laboral desde un país distinto de aquel en el que se encuentra la empresa para la que presta sus servicios. Bajo esta modalidad, las empresas disponen de una mayor facilidad para reclutar profesionales de otros países²⁷, eliminando las distancias geográficas²⁸ y reteniendo el talento en la empresa, aunque en ocasiones también se hace buscando una reducción de sus costes de contratación recurriendo a mano de obra en países con niveles salariales más bajos²⁹.

²⁵ “Se trata del primer Acuerdo alcanzado en virtud del proceso de negociación voluntaria previsto en el artículo 139.2 TUE y del que los propios sujetos negociadores niegan su fuerza normativa”. Santos Fernández, M. D. “El Acuerdo Marco sobre Teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria”. *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, 14/2004, p. 51. “El tiempo ha demostrado que este mecanismo utilizado por primera vez como fuente de producción normativa no es suficiente”. Sierra Benítez, E. M. *El contenido de ...*, op. cit., p. 144. “Es claro que, por el momento, el Acuerdo no es eficaz en tanto que no ha sido incorporado al ordenamiento europeo mediante cualquiera de los instrumentos legislativos comunitarios, ni tampoco será objeto de trasposición a la regulación heterónoma nacional, ya que el mecanismo del art. 139 del Tratado utilizado no prevé tal posibilidad”. Hernando de Larramendi, A. “Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo”. *Revista Relaciones Laborales*, 21/2003.

²⁶ “Esta exclusión del teletrabajo transnacional del AMET no fue un descuido de la Comisión a la hora de iniciar el procedimiento de consultas, sino una decisión deliberada. El motivo alegado por la Comisión para no incluir reglas particulares para esta modalidad de teletrabajo en el AMET fue – a su juicio- la falta de necesidad, pues entendió que no existían problemas específicos derivados de esta teleprestación laboral respecto de los que presentan el resto de relaciones laborales internacionales”. Martín – Pozuelo López, A. *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 44-45.

²⁷ Como recuerda Miranda Boto “los trabajadores no son los únicos beneficiarios de la libre circulación, sino que los empresarios también se benefician de la libertad fundamental para contratar en el Estado que deseen”. Miranda Boto, J.M. “La búsqueda de empleo transnacional: cuestiones de actualidad”, en Cabeza Pereiro, J., Fernández Prol, F. (Coord.). *Políticas de Empleo*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2013, p. 122.

²⁸ Una interesante reflexión sobre las consecuencias de la globalización en el mercado de trabajo en 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*, 132/2017, pp. 18-23.

²⁹ “Las empresas de todo el orbe tienen también ahora la posibilidad de contratar trabajadores ubicados en cualquier rincón del planeta para satisfacer sus necesidades, sin que ello tenga además por qué suponer una merma de la coordinación y la eficacia de sus procesos productivos ni una alternación relevante de su estructura de costes. Antes bien, pudiendo conseguir una reducción, incluso muy significativa, de estos últimos”. Sanguineti Raymond, W. “La difícil problemática social y jurídica del teletrabajo transnacional”. *Revista Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 98/2023. “En este contexto surge la noción de *dumping social*, un fenómeno que nace como consecuencia de la globalización y se refiere a aquellas prácticas

Es, por tanto, el elemento de extranjería el que caracteriza al teletrabajo transfronterizo³⁰, dotándolo de un régimen específico que se centra especialmente en la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo³¹, la determinación de la competencia judicial³² y la ley aplicable en materia de Seguridad Social³³.

A esta última cuestión contribuye, en el ámbito de la Unión Europea, el Acuerdo Marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) nº 883/2004, en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual³⁴, cuyo estudio constituye el objeto de este trabajo.

empresariales de naturaleza abusiva y que persiguen la finalidad de eludir la legislación laboral nacional, las cuales permiten el desarrollo de una competencia desleal favoreciendo la reducción al mínimo de los costes laborales y sociales y, además, conducen a vulneraciones de los derechos de las personas trabajadoras y a su explotación”. En mayor profundidad sobre la relación entre el teletrabajo transnacional y el riesgo de *dumping social*, Ma Zhou, Z. “La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de *lege ferenda*”. *Revista Temas Laborales*, 165/2022, pp. 189-193.

³⁰ Martín – Pozuelo López, A. “El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional”, en Sala Franco, T. (Dir.), *El Teletrabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 101.

³¹ Un detallado estudio al respecto en Carrillo Pozo, L. F. “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 132/2017, pp. 129-162.

³² Un sugerente análisis acerca de la determinación del fuero judicial en De la Iglesia Aza, L. “Digitalización e internacionalización...”, op. cit., pp. 145-152.

³³ “Cuando el teletrabajo se desarrolla en su modalidad alterna en varios Estados miembros, con independencia del resto de clasificaciones en función de otros elementos, es fácil intuir su acomodo dentro de la esfera de los Reglamentos de coordinación. Más problemas presenta, en cambio, el teletrabajo puro. En este segundo caso, el teletrabajador va a prestar servicios, en principio, siempre desde un mismo Estado miembro. A pesar de ello, podría sostenerse que, aun en estos casos, se cumple el requisito de transnacionalidad necesario para la aplicación de estos Reglamentos en tanto que se encuentren involucrados, al menos, los sistemas nacionales de Seguridad Social de dos Estados miembros distintos. Ello tendría lugar en los casos en los que la relación laboral del teletrabajador cuente con algún elemento de extranjería, por ejemplo, si el empleador está situado en un Estado miembro diferente al Estado miembro desde el que se teletrabaja”. Martín – Pozuelo, A. “La vertiente internacional del teletrabajo: el teletrabajo internacional y sus problemas”. En Sala Franco, T., López Terrada, E. (Dir.), *Las relaciones laborales internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 304.

³⁴ Con fecha de entrada en vigor el 1 de julio de 2023 y publicado en el Boletín Oficial del Estado número 185, de 4 de agosto de 2023.

3. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. LA INSUFICIENCIA DEL TÍTULO II DEL REGLAMENTO (CE) n° 883/2004

A falta de una normativa supranacional específica³⁵, la norma esencial para determinar la legislación de Seguridad Social que resulta de aplicación a los supuestos de teletrabajo transfronterizo es el Reglamento (CE) n° 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social³⁶.

Concebido como un conjunto uniforme de normas de conflicto³⁷, el Título II del Reglamento (CE) n° 883/2004³⁸ contempla una serie de normas de coordinación de las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social a las que pueda verse sometido un trabajador como consecuencia del ejercicio del derecho a la libre circulación³⁹. No obstante, como se expondrá, estas disposiciones no resultan del todo adaptadas a una realidad laboral creciente en la que, a través de tecnologías de la información y la comunicación, el trabajo se desarrolla, de manera habitual, desde un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentra la empresa⁴⁰. A esta

³⁵ “Una flagrante carencia normativa” a juicio de Lousada Arochena, J.F., Pazos Pérez, A., Ron Latas, R. P. *Trabajo a distancia y teletrabajo...*, op. cit., p. 333.

³⁶ Así como el Reglamento (CE) n° 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Sobre su virtual aplicación a supuestos de teletrabajo transfronterizo, Martín – Pozuelo sostiene que “con el avance de las NTIC, el teletrabajo posibilita una “movilidad virtual” antes impensable, que puede generar también conflictos de leyes que necesitan de respuestas coordinadas a escala supranacional”, pese a la ausencia de referencia alguna al teletrabajo en los Reglamentos de coordinación, “esta falta de regulación específica hace necesario acudir a las reglas previstas actualmente para intentar encuadrar de la mejor manera posible, los casos de teletrabajo que puedan incluirse dentro del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de coordinación”. Martín – Pozuelo López, A. *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea...*, op. cit, p. 117.

³⁷ En palabras del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, su finalidad no es otra que la “reacción de un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes, cuyo objetivo es someter a los trabajadores que se desplazan dentro de las Comunidad al régimen de Seguridad Social de un único Estado miembro para evitar la acumulación de legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello pueden derivarse”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1994, *Van Poucke*, asunto C- 71/93, (ECLI:EU:C:1994:120).

³⁸ Artículos 11 a 16.

³⁹ Como señala Miranda Boto “se proyectó la elaboración de normas que regulasen referencias y conflictos, con el fin de garantizar la continuidad en la aplicación sucesiva de los diferentes regimenes, sin modificarlos directamente”. Miranda Boto, J. M. *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2009, p. 261.

⁴⁰ “Ello obliga a idear soluciones al margen del Derecho Social “de la movilidad” al uso, sustentadas, en cambio, en las tradicionales normas de conflicto identificativas de competencia judicial y ley aplicable”. Fernández Prol, F. “Teletrabajo Internacional: transnacional y móvil...”, op. cit., p. 111.

dificultad para la identificación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, por la señalada ausencia de referencia al teletrabajo en los Reglamentos de coordinación⁴¹, se suma la controversia de determinar si el contenido, en sentido amplio, del trabajo desarrollado en régimen de teletrabajo transfronterizo debe considerarse realizado en el Estado de residencia del trabajador⁴², desde donde este se conecta y desde donde utiliza los medios TIC para su desarrollo, o desde aquel otro Estado donde se ubica la empresa o empleador, desde donde se dan las indicaciones oportunas para la realización del trabajo, desde donde se organiza y se hace la recepción del mismo, etc⁴³.

La finalidad de las disposiciones del Título II del Reglamento es la de que los trabajadores en situaciones de transnacionalidad estén sujetos al régimen

⁴¹ “No existen normas de conflicto específicas en su marco para el teletrabajo o el trabajo virtual, donde la aplicación de la norma general *lex loci laboris* plantea muchas dudas”. Carrascosa Bermejo, D., Contreras Hernández, O. *Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras*. Lovaina, 2022. Proyecto POSTING.STAT VS/2020/0499, p. 20.

⁴² Un concepto que el Reglamento (CE) n° 883/2004 define vagamente como “el lugar en que una persona reside habitualmente”, que el Tribunal de Justicia se ha encargado de delimitar y cuyos criterios han sido incorporados al artículo 11 del Reglamento (CE) n° 987/2009, de aplicación: “en el artículo 11 del Reglamento (CE) n° 987/2009 se establece que, en caso de discrepancia entre las instituciones de dos o más Estados miembros en cuanto a la determinación de la residencia de una persona, las instituciones en cuestión deberán establecer de común acuerdo el centro de interés del interesado, evaluando para ello toda la información disponible. A continuación, el propio artículo enumera una serie de elementos que las instituciones deberán tener en cuenta a la hora de determinar el Estado donde se encuentra el centro de interés de una persona. Tales elementos abarcan desde la duración y continuidad de su presencia en el territorio de los Estados miembros afectados así como circunstancias personales del interesado como la naturaleza y condiciones específicas de la actividad ejercida, si la hubiera y, en particular el lugar donde se ejerce habitualmente la actividad, la estabilidad de la actividad y la duración del contrato de trabajo, su situación familiar, el ejercicio de otras actividades no remuneradas, en el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos, el alojamiento, en particular su grado de permanencia, o el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal”. Pazó Argibay, J. M. *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Ediciones Cinca, Madrid, 2021, p. 140.

⁴³ En este sentido, Tatay Puchades sostiene que “la especial naturaleza del trabajo efectuado en muchas actividades de trabajo a distancia y plataformas, debido a su carácter virtual, son difíciles de asignar al territorio de un país determinado y, por lo tanto, no encajan muy bien con el enfoque actual de la *lex loci laboris*”. Tatay Puchades, C. “El teletrabajo y el desplazamiento de trabajadores a través de plataformas digitales”. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 2022, Número extraordinario, p. 159. Sobre este particular, Fotinopoulou Basurko rechaza “las propuestas dirigidas a sostener la creación de un locus virtual de ejecución de servicios, por cuanto que ello nos llevaría a emplear como locus virtual, ya sea, por ejemplo, la IP del ordenador, la localización de la *website* o el de la plataforma digital; lo que en términos generales originaría la aplicación del ordenamiento jurídico designado por el domicilio y/o residencia del trabajador o, en su caso, con algún otro lugar elegido por la empresa, pero en todo caso localizaciones no necesariamente vinculadas con la relación laboral. En esencia, entiendo que la ubicación geográfica del ordenador desde el que se realizan las funciones pierde todo su significado en este contexto, ante la inexistencia de una relación de proximidad entre el lugar de realización del trabajo y los resultados de la actividad desarrollada”. Fotinopoulou Basurko, O. “El trabajo transnacional. Retos

de Seguridad Social de un único Estado miembro, evitando la acumulación de legislaciones nacionales aplicables, y sus consiguientes complicaciones⁴⁴. Así lo dispone el artículo 11 al establecer que las personas a las cuales resulte de aplicación el Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro⁴⁵. De esta manera, se evitan situaciones de doble cotización⁴⁶ –conflicto positivo⁴⁷- o, lo que sería peor, de ausencia de cotización –conflicto negativo- en ningún Estado⁴⁸. Consecuencia de esto, cuando el Derecho de un Estado miembro sea aplicable, se excluye la aplicación de la legislación de otro Estado miembro⁴⁹.

Ahora bien, como se analizará a continuación, la aplicación de la regla general del Reglamento (CE) n° 883/2004, o la de algunas de sus excepciones, dependerá de si el teletrabajo transfronterizo cuya legislación de Seguridad Social se pretende determinar se realiza permanentemente en el territorio de un único Estado miembro o si, por el contrario, se produce en dos o más Estados miembros⁵⁰.

Con carácter general, dicha norma única de aplicación será la del lugar de trabajo (*lex loci laboris*)⁵¹. Así lo dispone el propio artículo 11.3⁵², al establecer

presentes y futuros de la ejecución de servicios extraterritoriales”. *Revista Labos*, Vol. 4, 1/2023, p. 40.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1986, *Luijten*, asunto 60/85, (ECLI:EU:C:1986:307).

⁴⁵ “La unicidad de ley aplicable es un principio propio de la coordinación comunitaria, pues unido al carácter imperativo de la norma de conflicto supone la aplicación, a título exclusivo, de la legislación nacional designada”. Carrascosa Bermejo, D. *La coordinación Comunitaria de la Seguridad Social...*, op. cit., p.122.

⁴⁶ “El principio de unicidad se convierte en la principal garantía que posee el trabajador migrante contra la doble cotización, pues su aplicación impide el desarrollo simultáneo de dos relaciones jurídicas de afiliación obligatorias”. Carrascosa Bermejo, D. *Ibid.*, p.122.

⁴⁷ Si estas situaciones de doble cotización “no llevan amparada una doble protección”. Maneiro Vázquez, Y. “Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 132/2017, p. 254.

⁴⁸ “Ni lacune ni cumul”. Servais, J.M. *Droit Social de L’Union Européenne*. Éditions Bruylant. Bruselas, 2008, p. 280.

⁴⁹ Cit. asunto 60/85, (ECLI:EU:C:1986:307).

⁵⁰ “Así pues, en la determinación de la ley aplicable de Seguridad Social tiene especial incidencia el tipo de teletrabajo internacional que diferencia entre el teletrabajo internacional permanente o puro, del temporal o híbrido”. Pérez Campos, I. *El teletrabajo internacional...*, op. cit., p. 147.

⁵¹ “Se trata de una conexión idónea, pues allí es donde se generan los beneficios de la actividad profesional por la que se cotizará, y además evita el dumping social propiciando la igualdad de las cotizaciones entre trabajadores nacionales y foráneos”. Carrascosa Bermejo, D. “Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social”. En Casas Baamonde, M.E., Gil Alburquerque, R. (Dirs.), *Derecho Social e la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2018, p. 531.

⁵² Con las excepciones de lo dispuesto en los artículos 12 a 16 del propio Reglamento (CE) n° 883/2004.

la sujeción de una persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro a la legislación de dicho Estado miembro⁵³; la del personal funcionario a la legislación del Estado miembro del que dependa la administración que le ocupa⁵⁴; la de la persona que reciba una prestación de desempleo, en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia, a la legislación de dicho Estado miembro⁵⁵; o la de las personas llamadas o vueltas a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro, a la legislación de ese Estado miembro⁵⁶. Como cláusula de cierre, el artículo 11.3 somete a la legislación del Estado miembro de residencia a aquellas personas no incluidas en los supuestos que acaban de señalarse⁵⁷.

Por su parte, los apartados 4 y 5 del artículo 11 vinculan a la legislación del Estado miembro del pabellón la actividad, por cuenta ajena o propia, ejercida normalmente a bordo de un buque en el mar⁵⁸; y a la legislación del Estado donde se encuentre la base para los miembros de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o mercancías⁵⁹.

En consecuencia, en aplicación del artículo 11.3 al objeto del estudio que nos ocupa, si entendemos que el teletrabajo se realiza de manera permanente en un

⁵³ “Ese centro de atracción generado por la actividad es el imán más poderoso para atraer al trabajador hacia una legislación”. Maneiro Vázquez, Y. “Las normas conflictuales...”, op. cit., p. 253.

⁵⁴ “Siempre que se mantengan en activo, y sin que sean posibles efectos retroactivos aplicados a actividades anteriores en otro Estado miembro”. En detalle, *Ibid.*, p. 256.

⁵⁵ Al respecto, Pazó Argibay, J. M. *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea...*, op. cit.

⁵⁶ Maneiro Vázquez, Y. “Las normas conflictuales...”, op. cit., p. 257.

⁵⁷ “El Derecho de la Unión, por consiguiente, ha recurrido como punto de conexión principal a la *lex loci laboris*, debido a que desde una perspectiva contributiva la actividad es un criterio natural, frente a la residencia, que actúa en un segundo plano, a modo de causa y/o consecuencia”. Rodríguez Cardo, I. A. “Problemas de aplicación de la Seguridad Social en el espacio: el conflicto de leyes en el Reglamento 883/2004”. En Sánchez – Rodas Navarro, C. (Dir.), *Los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Ediciones Laborum, Murcia, 2021, p. 45.

⁵⁸ No obstante, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro estará sujeta a la legislación de este último Estado miembro si reside en dicho Estado. Artículo 11.4 Reglamento (CE) n° 883/2004.

⁵⁹ “Por base se entiende el lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente éste comienza y termina uno o varios periodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante. [...] La legislación aplicable a los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina debe mantenerse estable y el principio de “base” no ha de entrañar cambios frecuentes de legislación aplicables debido a los modelos de trabajo del sector industrial o a demandas estacionales”. López Terrada, E. “Las fuentes reguladoras de la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social en las relaciones

Estado miembro⁶⁰, algo habitual en esta modalidad, se impondría la aplicación de la legislación de dicho Estado⁶¹.

Pese a la aparente claridad del precepto, pensada para los tradicionales supuestos de coincidencia de trabajador y empresa en un mismo lugar, identificando la ley del lugar de trabajo como la aplicable en materia de Seguridad Social, el debate surge respecto a la adecuación de este criterio en los supuestos de teletrabajo transfronterizo⁶². La respuesta podría ser afirmativa si entendemos que, pese a hacerse a través de medios TIC, si la ubicación o el domicilio de la empresa o del empleador se encuentra en otro Estado miembro la ley aplicable sería la de este último Estado⁶³. Sin embargo, la realidad fáctica de la prestación laboral, es decir,

laborales internacionales”. En Sala Franco, T., López Terrada, E. (Dirs.), *Las relaciones laborales internacionales, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2022, p. 265.

⁶⁰ Aunque en el marco de un trabajador por cuenta propia administrador de una sociedad, el Tribunal de Justicia determinó que “el concepto de «lugar de ejercicio» de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con esa actividad”, una interpretación asumida ampliamente por la doctrina. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 2012, *Partena*, asunto C-137/11, (ECLI:EU:C:2012:593). “En atención a la jurisprudencia europea, este lugar de ejercicio coincide con el lugar concreto en el que la persona realiza los actos relacionados con su actividad”. Martín – Pozuelo López, A. “La coordinación comunitaria de Seguridad Social: desafíos para el año 2022”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2/2022, Vol. 10, p. 165.

⁶¹ Como recuerda Martín – Pozuelo “En el caso de teletrabajo transnacional, lo más habitual es que el teletrabajador desarrolle la totalidad o una parte importante de su trabajo en el lugar donde se encuentre situada su residencia. Por ello, en la mayoría de los casos, la ley aplicable será la del Estado miembro de residencia”. Martín – Pozuelo López, A. “El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional” En Sala Franco, T. (Dir), *El Teletrabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 133.

⁶² “Todas estas normas están concebidas para la movilidad física del trabajador por lo que casan mal con el teletrabajo online transfronterizo”. Carrascosa Bermejo, D. “Seguridad Social en el teletrabajo internacional post pandémico y en el caso específico de nomadismo digital”. *Revista Labos*, 1/2023, Vol. 4, p. 61.

⁶³ Interpretación combatida y defendida a partes iguales. “Tampoco somos partidarios de realizar una interpretación flexible del concepto de lugar de trabajo atendiendo a la forma en que se desarrolla el teletrabajo transnacional, en el sentido de incluir al teletrabajador en el sistema de Seguridad Social del país de la Unión Europea donde esté radicada la empresa que recibe el fruto del trabajo, al entender que al realizarse la prestación virtualmente “es como si efectivamente presta servicios en dicho país” y no en aquel en el que el teletrabajador tiene su residencia. [...] Entendemos que esta interpretación flexible nos llevaría a la paradoja de que trabajadores que prestan servicios en un mismo país estén sometidos a legislaciones y regímenes protectores diferentes”. Sierra Benítez, E. M. “La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y de la robótica”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 11/2017, pp. 147-148. Por su parte, Carrascosa Bermejo señala que “a mi modo de ver, la mejor solución sería la aplicación de la ley donde su ubica la sede de la empleadora, entendida como una reinterpretación actualizada de la *lex loci laboris* respecto del trabajo virtual o, si se prefiere, una conexión ad hoc que la identifique como lugar ficticio de teletrabajo”. Carrascosa Bermejo, D. “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2/2022, Vol. 10, p. 243.

la realización de la actividad laboral en el Estado donde se encuentra el trabajador, desde donde se conecta por medios TIC, y desde donde físicamente se encuentra durante el desarrollo de la actividad laboral, chocaría fuertemente con la hipotética ficción jurídica de someter estas situaciones a la legislación del Estado miembro donde se ubica la empresa⁶⁴.

No resulta aplicable al teletrabajo transfronterizo lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento⁶⁵, destinado a determinar la ley de Seguridad Social aplicable a las personas que, ejerciendo normalmente su actividad en un Estado miembro, son enviadas por su empleador para realizar un trabajo en otro Estado miembro, conservando su vinculación a la legislación del primer Estado, siempre y cuando la duración de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada⁶⁶. Es obvio que, en la situación descrita, el trabajador se desplaza temporalmente para realizar presencialmente su actividad laboral a un segundo Estado miembro, lo que no sucede en los supuestos de teletrabajo transfronterizo objeto de estudio⁶⁷. Por otro lado, el necesario límite temporal que establece este artículo apartaría esta situación de la necesaria habitualidad del teletrabajo aquí analizado⁶⁸.

Una segunda posibilidad aplicativa se encontraría en el artículo 13 del Reglamento, dedicado a la determinación de la ley de Seguridad Social aplicable

⁶⁴ “Conforme al sentido propio de los términos utilizados, el concepto “lugar de ejercicio” de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con esa actividad. Por tanto, en el caso de un teletrabajador ello nos conduce al lugar físico en el que el trabajador efectúa su trabajo”. Tatay Puchades, C. “El teletrabajo y el desplazamiento ...”, op. cit., p. 158. “En el trabajo transnacional de nuevo surge la duda de si la referencia para determinar en qué Estado se ejerce la actividad profesional es el lugar de residencia o donde radica el establecimiento para el que trabaja. Hay argumentos fundados para decantarse por la primera de las opciones, pero no se puede ocultar que alguna discusión se podría producir”. Cruz Villalón, J. “Las especialidades del teletrabajo transnacional”. *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Volumen XIV, 2022, p. 105.

⁶⁵ Postura por la que mayoritariamente se ha decantado la doctrina científica al excluir “los supuestos de teletrabajo del ámbito del artículo 12 del Reglamento de base por no tratarse de verdaderos desplazamientos de trabajadores a estos efectos”. Por todos, Martín – Pozuelo López, A. *El teletrabajo transnacional de la Unión Europea...*, op. cit., p.143.

⁶⁶ En profundidad sobre la ley aplicable en materia de Seguridad Social a los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea, Gárate Castro, J. *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012, pp. 57 y ss.; Gutiérrez – Solar Calvo, B. *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2000. (pp. 31 y ss.); Contreras Hernández, O. *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*. Editorial Bomarzo. Albacete, 2020, pp. 43 y ss.

⁶⁷ Interpretación en consonancia con lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei*, C-549/13, (ECLI:EU:C:2014:2235).

⁶⁸ “Con cierta frecuencia se tiende a confundir el teletrabajo internacional con el desplazamiento transnacional de trabajadores [...] son dos realidades distintas que en la práctica

en los supuestos de actividades realizadas en dos o más Estados miembros⁶⁹. Exige para ello el Reglamento que esta actividad en dos o más Estados miembros se desarrolle “normalmente”, dejando al margen este tipo de prestaciones laborales de carácter puntual o esporádicas. Además, al caso que nos ocupa, esta posibilidad solo sería válida, y con ciertos matices, en aquellos supuestos de teletrabajo transfronterizo híbrido o alterno⁷⁰, es decir, aquel cuya prestación se hace, unos días por medio de teletrabajo desde un Estado miembro, y otros días presencialmente en el Estado donde se encuentra ubicada la empresa⁷¹. Solo así podríamos estar hablando propiamente de una prestación de la actividad laboral en dos Estados miembros⁷².

En estos supuestos, el artículo 13.1 dispone la aplicación de la legislación del Estado miembro de residencia, si se realiza una parte sustancial de la actividad en dicho Estado miembro. De no ser así, la sujeción se hará a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador⁷³. Es, por tanto, lo que el Reglamento (CE) nº 883/2004 denomina “parte sustancial” de la actividad, el elemento central o centro de gravedad que determina el sometimiento

pueden convivir, en la medida en que ninguna tiene un tratamiento legal claro y definido”. Pérez Campos, A. I. *El teletrabajo internacional...*, op. cit., p. 58.

⁶⁹ Situación que alcanza, tal y como establece el artículo 14.5 del Reglamento (CE) 987/2009, de aplicación, a “la persona que ejerza, de manera simultánea o alterna, para la misma empresa o empleador o para varias empresas o empleadores, una o varias actividades diferentes, en dos o más Estados miembros”.

⁷⁰ Martín – Pozuelo López, A. “La coordinación comunitaria de Seguridad Social...” op. cit., p. 178.

⁷¹ Aunque, como señala Cruz Villalón, el teletrabajo transnacional “tiene a ser a tiempo completo por sus propias características, al realizarse de principio a una importante distancia física del establecimiento para el que presta servicios”. Cruz Villalón, J. “Las especialidades ...”, op. cit., p. 97.

⁷² Situación que el artículo 14.5 del Reglamento (CE) nº 987/2009, de aplicación, define como “persona que ejerza, de manera simultánea o alterna, para la misma empresa o empleador o para varias empresas o empleadores, una o varias actividades diferentes, en dos o más Estados miembros”.

⁷³ En los supuestos en los que la persona trabajadora solo esté contratada por una empresa. Por el contrario, si la persona trabajadora está contratada por dos o más empresas, la legislación aplicable será, tal y como establece el artículo 13.1, ii), iii) y iv): a la legislación del Estado miembro en el que tengan sus sedes o domicilios las empresas o los empleadores cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan sus sedes o domicilios en un solo Estado miembro; o a la legislación del Estado miembro, distinto del Estado miembro de residencia, en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan su sedes o domicilios en dos Estados miembros, siendo uno de ellos el Estado miembro de residencia; o a la legislación del Estado miembro de residencia, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tengan su sede o domicilio en Estados miembros diferentes distintos del Estado miembro de residencia.

a una legislación u otra⁷⁴. Para una mejor concreción de este elemento, debe acudirse al Reglamento (CE) n° 987/2009⁷⁵, de aplicación, en cuyo artículo 14.8 define lo que debe entenderse como parte sustancial de la actividad como una parte cuantitativamente importante del conjunto de la actividad, por cuenta propia o ajena, sin que se trate necesariamente de la mayor parte de esas actividades.

Seguidamente, el propio artículo 14.8 del Reglamento (CE) n° 987/2009, de aplicación, ofrece una serie de elementos de juicio a efectos de determinar la parte sustancial de una actividad, bien por cuenta ajena, bien por cuenta propia. Así, en el caso de las actividades asalariadas, serán elementos a valorar el tiempo de trabajo o la remuneración y, en el caso de actividades por cuenta propia, lo serán el volumen de negocios, el tiempo dedicado a esas actividades, el número de servicios prestados o los ingresos. En uno y otro supuesto, tal y como establece el Reglamento de aplicación, el hecho de alcanzar un porcentaje del 25 % en una valoración global de los criterios señalados, será un indicador de que una parte sustancial de las actividades se ejerce en el Estado miembro de que se trate.

Por tanto, y hasta este punto de análisis, en la hipótesis planteada de un teletrabajador transfronterizo bajo un modelo de teletrabajo híbrido, la legislación aplicable sería la del Estado miembro desde donde presta servicios en régimen de teletrabajo si se acredita el desarrollo en dicho Estado de una parte sustancial de la actividad, con el umbral del señalado 25%, tomando como referencia para la determinación de dicho porcentaje la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes⁷⁶. En caso contrario, la legislación aplicable sería la del Estado miembro donde tenga su sede o domicilio la empresa que le ocupa.

Como se abordará a continuación, sobre esta vía del artículo 13.1 actúa el Acuerdo Marco de teletrabajo transfronterizo habitual, cuya entrada en vigor el pasado 1 de julio de 2023 eleva el umbral del 25% a efectos de determinar la parte sustancial de la actividad, en un intento por clarificar la legislación aplicable en materia de Seguridad Social a este concreto colectivo y, de manera especial, para evitar que el cambio de legislación aplicable en materia de Seguridad Social pueda incitar a prácticas de *dumping social*.

Contempla también el Reglamento (CE) n° 883/2004, en su artículo 13.2, disposiciones particulares para los trabajadores por cuenta propia que realicen su actividad en dos o más Estados miembros, sometiéndola a la legislación del Estado miembro de residencia, si se ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro, o a la legislación del Estado miembro en el

⁷⁴ Maneiro Vázquez, Y. “Las normas conflictuales...”, op. cit., p. 272.

⁷⁵ Reglamento (CE) n° 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

⁷⁶ Artículo 14.10 del Reglamento (CE) n° 987/2009, de aplicación.

que se encuentra el “centro de interés” de sus actividades, si no reside en uno de los Estados miembros en los que ejerce una parte sustancial de su actividad. A efectos de determinar donde se encuentra el “centro de interés” de las actividades de un trabajador por cuenta propia se atenderá a todos los aspectos de sus actividades profesionales y, en particular, el lugar donde se encuentre la sede fija y permanente de las actividades del interesado, el carácter habitual o la duración de las actividades que ejerza, el número de servicios prestados e, incluso, la voluntad del propio interesado⁷⁷.

Cabe señalar también que la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros estará sujeta a la legislación del Estado miembro en el que ejerza la actividad por cuenta ajena o, si ejerce dicha actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros, la legislación aplicable será la del Estado miembro donde ejerza la parte sustancial de su actividad⁷⁸.

En todo caso, una vez aplicadas las reglas expuestas y determinada la legislación aplicable, las personas que ejerzan su actividad en dos o más Estados miembros serán tratadas como si ejercieran la totalidad de sus actividades, por cuenta ajena o propia, y percibieran la totalidad de sus ingresos en el Estado miembro de que se trate⁷⁹.

Visto cuanto precede, la validez de los criterios del artículo 13 del Reglamento (CE) nº 883/2004 para la determinación de la legislación aplicable a situaciones de teletrabajo transfronterizo habitual es realmente limitada, en cuanto que la propia regulación reduce tal posibilidad a situaciones de teletrabajo híbrido, algo ciertamente residual en situaciones de transnacionalidad, y siempre y cuando pueda acreditarse un 25% de sustancialidad de la actividad en un determinado Estado miembro.

Además, como se ha señalado, existe la dificultad añadida que implica determinar si el trabajo desarrollado en régimen de teletrabajo debe considerarse realizado en el Estado de residencia del trabajador, desde donde este se conecta y desde donde utiliza los medios TIC para su desarrollo, o desde aquel otro Estado donde se ubica la empresa, desde donde se dan las indicaciones oportunas para la realización del trabajo, desde donde se organiza y se hace la recepción del mismo, en definitiva, desde donde el empresario ejerce su labor de supervisión y control⁸⁰.

⁷⁷ Artículo 14.9 del Reglamento (CE) nº 987/2009.

⁷⁸ Artículo 13.3 del Reglamento (CE) nº 883/2004.

⁷⁹ Artículo 13.5. *Ibid.*

⁸⁰ Lugar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.5 *bis* del Reglamento (CE) nº 987/2009, de aplicación, se correspondería con aquel en el que se adopten las decisiones fundamentales de la empresa y en el que se ejerzan las funciones de su administración central. Una definición, ciertamente, muy general y para cuya determinación, como señala Martín – Pozuelo, ha de

La aparente solución a esta situación ha venido de la mano del artículo 16 del Reglamento (CE) nº 883/2004, donde se contempla la posibilidad para los Estados miembros de adoptar, de común acuerdo, excepciones a las reglas analizadas, general y específicas, para la determinación de la legislación aplicable⁸¹.

Así, su apartado 1 habilita la posibilidad de que dos o más Estados miembros puedan prever, de común acuerdo, excepciones a las reglas para la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social expuestas en líneas superiores⁸². No se requiere, por tanto, un acuerdo de todos los Estados miembros, bastando únicamente dos para su celebración. No obstante, precisa el artículo 16.1 que este acuerdo alterador de los criterios para la determinación de la legislación aplicable ha de hacerse “en beneficio de determinadas personas o categorías de personas”, nunca de manera general⁸³, condición que se amolda a la perfección a la concreta categoría de personas que ejercen su actividad laboral en un régimen de teletrabajo transfronterizo habitual.

Esta ha sido la vía, ciertamente controvertida⁸⁴, por la que han optado los Estados miembros firmantes del Acuerdo Marco relativo a la aplicación del apartado

recurrirse a otros elementos de juicio, facilitados por la Comisión Administrativa (CACSS), como “el lugar en el que se encuentra el domicilio social y la administración de la empresa; la cantidad de personal administrativo de las oficinas en cuestión; el tiempo que lleva establecida la empresa en el Estado miembro; el lugar señalado con arreglo a la normativa de la UE como responsable de la administración y el mantenimiento de los registros en relación con los requisitos reglamentarios del sector concreto en el que opera la empresa; el lugar donde se realiza la selección y contratación de los empleados; el lugar en el que se celebran la mayoría de los contratos con los clientes; la oficina que determina la política y los aspectos operativos de la empresa; y el lugar donde se ubican las principales funciones financieras, incluidas las bancarias”. Martín – Pozuelo López, A. “La prestación de servicios en varios Estados miembros en los Reglamentos comunitarios de coordinación: la gran olvidada lucha con el dumping social ¿hasta ahora?”. *Revista Labos*, Volumen 2, 3/2021, p. 106.

⁸¹ Y a las de los artículos 14 y 15 del Reglamento (CE) nº 883/2004, relativas a situaciones de “Seguro voluntario o seguro facultativo continuado” y “Agentes contractuales de las Comunidades Europeas” que, por razones de escasa adecuación a situaciones de teletrabajo transfronterizo habitual, no se han abordado en este trabajo.

⁸² Una vía de escape o “regla de cierre” que se justifica en la “elevada rigidez que presenta el sistema de normas de conflicto previsto en el Título II, sistema cuya aplicación sin matizaciones, en determinados casos singulares, podría perjudicar a los migrantes que trata de proteger”. Martín – Pozuelo López, A. “La coordinación comunitaria de Seguridad Social...”, op. cit., p. 166.

⁸³ Como muestra de su excepcionalidad, el artículo 18 del Reglamento (CE) nº 987/2009, de aplicación, que regula el procedimiento de aplicación del artículo 16 del Reglamento de base, se refiere a una “solicitud de excepciones” a los artículos 11 a 15 del Reglamento (CE) nº 883/2004.

⁸⁴ “Aunque estos acuerdos puedan solucionar situaciones generadas por problemas adaptativos de las reglas del Título II, no sería conveniente el recurso a ellos como solución principal para una situación particular como podría ser el teletrabajo”. Martín – Pozuelo López, A. *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea...*, op. cit., p. 118. En una posición, aparentemente, más crítica, Desdentado Bonete sostiene que “Lo que sorprende de esta norma es la libertad que se concede a los acuerdos entre los Estados o instituciones implicadas, que puede determinar una

1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n° 883/2004, en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual, que se analiza a continuación.

4. EL ACUERDO MARCO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO (CE) N° 883/2004 EN LOS CASOS DE TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO HABITUAL

El 1 de julio de 2023 tuvo su entrada en vigor el Acuerdo Marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n° 883/2004, en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual⁸⁵. Suscrito hasta el momento por 19 Estados miembros⁸⁶, el Acuerdo goza de una fuerza vinculante de la que carecía su fallido antecedente del año 2002.

Como se desprende de su propio memorando explicativo, el Acuerdo Marco es fruto de la reflexión acerca de cómo las normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación deben aplicarse a esta particular modalidad de prestación laboral, y si el resultado de la aplicación de dichas normas es oportuno y acorde con la libertad de circulación y el mercado interior. Lo hace, además, poniendo de manifiesto la necesaria conjunción en el mismo de los intereses de los trabajadores, los empleadores y las instituciones de Seguridad Social para enfrentar la realidad del teletrabajo mientras no se produzca una adaptación al respecto de los Reglamentos de coordinación.

Llamando la atención acerca de la flexibilización y digitalización del mercado de trabajo, así como del incremento del teletrabajo transfronterizo, el propio Acuerdo pone de manifiesto en sus antecedentes la falta de adecuación de las actuales reglas para la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social al teletrabajo transfronterizo habitual, razón última que justifica su adopción⁸⁷.

auténtica derogación de la regla general *ius loci laboris*. Por ello, se han señalado los riesgos de que algunas prácticas acogidas a esta autorización puedan suponer una quiebra del principio de igualdad de trato para los trabajadores migrantes y una vía para el *dumping social*". Desdentado Bonete, A. "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 64/2006, p. 27.

⁸⁵ Publicado en España en el Boletín Oficial del Estado número 185, de 4 de agosto. Se celebra por un período de 5 años y se prorrogará automáticamente por nuevos periodos de 5 años.

⁸⁶ A fecha 21/09/2023.

⁸⁷ "Habida cuenta de que el Reglamento (CE) n.º 883/2004 se adoptó en un momento en que el teletrabajo no era tan habitual". Antecedente 2 del Acuerdo Marco.

El propio Acuerdo viene concluir la secuencia Comunicaciones y Notas Orientativas⁸⁸ que, al respecto, de manera urgente y condicionadas a la evolución de la pandemia, emitió la Comisión Administrativa a raíz de la crisis sanitaria de la Covid-19⁸⁹; necesarias por las consabidas restricciones a la libre circulación que, justificadas por razones de seguridad, obligaron a la realización del trabajo desde los propios domicilios de los trabajadores, muchos de ellos en el territorio de otro Estado miembro⁹⁰.

En un doble encuadramiento, conceptual y aplicativo, el Acuerdo define en su artículo 1 el concepto de teletrabajo transfronterizo, dedicando a continuación el artículo 2 a su ámbito de aplicación.

Así, el teletrabajo transfronterizo objeto de regulación es toda actividad que pueda ejercerse desde cualquier lugar, incluso en los locales o en el domicilio del empleador, y que, por un lado, se lleva a cabo en uno o varios Estados miembros distintos de aquel en el que están situados los locales o el domicilio del empresario y, además, se basa en las tecnologías de la información para permanecer conectado con el entorno de trabajo del empleador o de la empresa, así como con los interesados/clientes, a fin de cumplir las tareas que el empleador o los clientes⁹¹ le asignen.

⁸⁸ Aunque “adolecen de carácter jurídico vinculante y ni siquiera se publican en el Diario Oficial de la UE [...] Son muy relevantes porque surgen del consenso mayoritario entre las Administraciones involucradas, existiendo un compromiso político de cumplimiento”. Carrascosa Bermejo, D. “Seguridad Social en el teletrabajo internacional post pandémico ...”, op. cit., p. 63.

⁸⁹ Con el objetivo claro de “impedir que el teletrabajo pandémico transnacional supusiera un cambio de la legislación nacional de Seguridad Social, hasta ese momento aplicable”. Como recuerda Carrascosa Bermejo, en sus directrices de 30 de marzo de 2020 la Comisión ofrecía las siguientes prácticas flexibilizadoras, manteniendo el consenso sobre las mismas hasta el mes de mayo de 2022: “a) un trabajador fronterizo que debido a la pandemia se mantenía teletrabajando desde el Estado de residencia, debía mantener su aseguramiento en el Estado miembro de empleo, porque ese teletrabajo desde casa debía considerarse temporal y no se aplicaría la norma multi-Estado. De manera que mantenía su derecho a todas las prestaciones de Seguridad Social que le pudieran corresponder del Estado miembro de empleo o aseguramiento; b) en el caso de un trabajador al que ya se le aplicaba, antes de la pandemia, las normas multi-Estado del art. 13 del Reglamento de base y que debido al teletrabajo pandémico comienza a realizar en el Estado de residencia una actividad que supera el umbral del 25%, la Comisión se consideró que se mantendría asegurado en el Estado de empleo. En efecto, todavía no suponía un incremento suficiente de actividad sustancial o representativa en un período de 12 meses, tal y como establece el Reglamento de desarrollo en su art. 14.8, sino un mero incremento temporal, de unas pocas semanas que no podía considerarse sustancial según la norma multi-Estado; c) en casos diferentes a los mencionados, la Comisión indicaba la posibilidad de firmar un acuerdo del art. 16 del Reglamento de base para evitar el cambio normativo”. Carrascosa Bermejo, D. “Teletrabajo internacional y legislación...”, op. cit., pp. 239-240.

⁹⁰ Un ágil y completo recorrido por el contenido de dichas notas orientativas en Carrascosa Bermejo, D. “Seguridad Social en el teletrabajo internacional post pandémico ...”, op. cit., pp. 72 y ss.

⁹¹ En el caso de los trabajadores por cuenta propia.

A priori, la definición de teletrabajo ofrecida por el Acuerdo no presenta especial novedad respecto de otras de origen doctrinal o convencional tratadas al comienzo de este trabajo. Llama, no obstante, la atención que, pese a que el propio título del Acuerdo se refiere expresamente a la “habitual(idad)” del teletrabajo transfronterizo objeto de regulación, esta condición no se menciona en la definición que del mismo ofrece el artículo 1.

Sí parece poner más énfasis la definición en resaltar la subordinación a la empresa⁹², destacando la conexión permanente con el entorno de trabajo del empleador a fin de cumplir con las tareas que le sean asignadas. Denota en este aspecto la definición cierta preferencia de los Estados firmantes por vincular el desarrollo del teletrabajo al Estado donde se ubica la empresa.

A la delimitación de su ámbito de aplicación dedica el Acuerdo Marco su artículo 2. Lo hace en un doble sentido, positivo y negativo, delimitando expresamente qué supuestos de teletrabajo transfronterizo estarían incluidos en su ámbito subjetivo, para recoger a continuación aquellos otros supuestos que quedarían, a priori, excluidos.

Para comenzar, la regla de excepción que contiene el Acuerdo Marco resultará de aplicación en supuestos de teletrabajo transfronterizo siempre que los Estados intervinientes, tanto el Estado de residencia como el Estado donde se encuentre la sede o domicilio de la empresa, sean signatarios del Acuerdo. Cumplido esto, desplegará sus efectos sobre las personas a las que sería aplicable la legislación del Estado de residencia como consecuencia del teletrabajo transfronterizo habitual, en aplicación del artículo 13.1 del Reglamento (CE) n° 883/2004⁹³, y que estén empleadas por una o más empresas que tengan su sede o domicilio en un único Estado signatario distinto.

Seguidamente, el artículo 2 del Acuerdo Marco excluye expresa y ampliamente de su ámbito de aplicación a aquellas personas que ejerzan habitualmente una actividad distinta del teletrabajo transfronterizo en el Estado de residencia, a quienes ejerzan habitualmente una actividad en un tercer Estado y a quienes trabajen por cuenta propia⁹⁴. No obstante, el artículo 6 del Acuerdo prevé excepciones a estas exclusiones, en una especie de espiral sin fin, al dejar abierta, nuevamente, la posibilidad de recurrir al artículo 16.1 del Reglamento (CE) n° 883/2004 para celebrar acuerdos individuales, en situaciones no previstas por el propio Acuerdo,

⁹² O con los clientes.

⁹³ En concordancia con los apartados 8 y 10 del artículo 14 del Reglamento (CE) n° 987/2009, de aplicación.

⁹⁴ Una enumeración que, en opinión de Cruz Villalón, “nos lleva a deducir que se aplicará excepcionalmente, a la vista de la cantidad de supuestos que se excluyen”. Si a esto añadimos el hecho de que el teletrabajo transnacional se realiza mayoritariamente a tiempo completo en el Estado de residencia del trabajador “serán marginales los supuestos en los que cabrá aplicar la regla del Acuerdo marco de referencia”. Cruz Villalón, J. “Las especialidades del ...”, op. cit., p. 106.

en las que podría tenerse en cuenta de forma individual la situación especial del teletrabajo transfronterizo habitual.

Cumplidos estos requisitos de encuadramiento, las personas que realicen teletrabajo transfronterizo habitual estarán sujetas a la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total. Por tanto, el Acuerdo Marco de teletrabajo transfronterizo habitual amplía considerablemente el porcentaje de “sustancialidad” exigido a la actividad en el Estado de residencia para que dicha legislación sea la aplicable.

De esta manera, los Estados signatarios del Acuerdo muestran una clara preferencia por la aplicación de la legislación del Estado donde se ubica la sede o domicilio de la empresa, aunque condicionada a dicho umbral⁹⁵.

Debe señalarse que la efectividad del Acuerdo no es automática, exigiendo para ello solicitud del empleador o del interesado siguiendo el procedimiento del artículo 18 del Reglamento (CE) nº 987/2009, de aplicación, a donde remite expresamente el Acuerdo en su artículo 4.1. Dicha solicitud, dirigida a la autoridad competente del Estado miembro a cuya legislación solicite acogerse el trabajador, debe hacerse, como indica el propio artículo 18 del Reglamento de aplicación, “siempre que sea posible con antelación”, y nunca si se refieren a períodos anteriores a la entrada en vigor del propio Acuerdo. No cabe, por tanto, una solicitud de excepción con efectos retroactivos.

Si la solicitud se refiere a períodos anteriores, aunque ya con vigencia el Acuerdo Marco, se contemplan ciertas excepciones que posibilitarían su admisión, tales como que durante dicho período se hayan abonado cotizaciones a la Seguridad Social, o que el trabajador haya estado cubierto de otro modo por el régimen de Seguridad Social del Estado signatario en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, y que, o bien el período solicitado anterior a la fecha de presentación de la solicitud no sea superior a tres meses, o que la solicitud se presente a más tardar el 30 de junio de 2024, y el período anterior a la fecha de presentación de la solicitud no supere los doce meses⁹⁶.

Estimada la solicitud, se determinará la legislación aplicable al trabajador transfronterizo habitual en virtud del Acuerdo Marco durante un periodo máximo

⁹⁵ Un interpretación flexible o reinterpretación de la *lex loci laboris*, ya señalada por reputada doctrina: “La mejor solución sería la aplicación de la ley donde se ubica la sede de la empleadora, entendida como una reinterpretación actualizada de la *lex loci laboris* respecto del trabajo virtual o, si se prefiere, una conexión ad hoc que la identifique como lugar ficticio de teletrabajo”. Carrascosa Bermejo, D. “Teletrabajo internacional y legislación ...”, op. cit, p. 243.

⁹⁶ Una retroactividad que, aunque condicionada en este supuesto, es posible en los acuerdos suscritos en virtud del artículo 16 del Reglamento (CE) nº 883/2004, tal y como entendió el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 29 de junio de 1995, *Van Gestel*, asunto C-454/93, (ECLI:EU:C:1995:205). Como recuerda López Terrada “nada en la literalidad de la norma permite

de 3 años, sin perjuicio de posible prórroga, previa nueva solicitud y por idéntico período de duración.

5. CONCLUSIONES

Desde la entrada en vigor, el 1 de julio de 2023, del Acuerdo Marco sobre la aplicación del artículo 16.1 del Reglamento (CE) n° 883/2004 en supuestos de teletrabajo transfronterizo habitual, las personas que realicen teletrabajo transfronterizo habitual estarán sujetas a la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total.

De esta forma, los Estados signatarios del Acuerdo se inclinan por acercar esta nueva realidad laboral la legislación del Estado donde se ubica la sede o domicilio de la empresa o empleador, pero se hace de una forma poco rotunda y por la vía de incrementar las exigencias cuantitativas de la actividad desarrollada en el Estado de residencia. Si a esto añadimos la realidad del teletrabajo transnacional, desarrollado a tiempo completo en el Estado de residencia del trabajador, y la generosa enumeración de exclusiones del artículo 2, su virtual aplicación se convierte en residual.

Su regulación se hace por la vía del artículo 16.1 del Reglamento (CE) n° 883/2004, que habilita la adopción de acuerdos de excepción de las reglas para la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social en beneficio de determinadas personas o categorías de personas. Pese a la importante adhesión de Estados miembros a este Acuerdo Marco, diecinueve hasta el momento, si entendemos que esta nueva realidad laboral ha venido para quedarse, sería deseable que su tratamiento se hiciera por la vía de la incorporación expresa de disposiciones particulares aplicables al teletrabajo transfronterizo en las reglas para la determinación de la legislación aplicable contempladas en el Título II del propio Reglamento.

La ansiada modificación de los Reglamentos de coordinación sería una buena oportunidad para su incorporación sin la necesidad de una adhesión voluntaria previa.

afirmar que la posibilidad de admitir excepciones concedidas por esta disposición a los Estados miembros sólo pueda ejercerse de cara al futuro”. López Terrada, E. “Las fuentes reguladoras de la determinación...”, op. cit., p. 279.