nº 40 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Teletrabajo transnacional e internacional: retos legales en materia de Seguridad Social

Transnational and International Telework: Legal challenges regarding Social Security

Olaya Martín Rodríguez *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)
https://orcid.org/0000-0002-0075-9426

Cita Sugerida: MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: «Teletrabajo transnacional e internacional: retos legales en materia de Seguridad Social». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 40 (2024): 43-60.

Resumen

El teletrabajo transnacional e internacional ha experimentado un gran crecimiento en los últimos años. Esta nueva realidad ha puesto en tela de juicio la normativa existente al no recoger expresamente esta modalidad de prestación de servicios. En materia de seguridad social, se han aplicado los Reglamentos de coordinación en materia de seguridad social y los Convenios bilaterales suscritos por España con otros países. Para ello, la Comisión Administrativa a través de notas orientativas ha aclarado a qué legislación de seguridad social están sometidos los teletrabajadores dependiendo del lapso temporal de teletrabajo, así como del número de países en el que se presten servicios. En aras a resolver esta problemática también se suscribió el Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del art. 16 del Reglamento 883/2004. No obstante, se necesita una regulación normativa específica a nivel internacional.

Palabras clave

Teletrabajo transnacional; teletrabajo internacional; trabajo remoto; trabajo a distancia; futuro del trabajo

Abstract

Transnational and international telework has grown significantly in recent years. This new reality has challenged the existing regulations, as they do not explicitly address this form of service provision. In the field of social security, coordination regulations and bilateral agreements signed by Spain with other countries have been applied. The Administrative Commission, through guidance notes, has clarified which social security legislation applies to teleworkers, depending on the duration of the telework and the number of countries in which services are provided. To address this issue, the framework agreement related to the application of Article 16(1) of Regulation 883/2004 was also signed. However, a specific international regulatory framework is still needed.

Keywords

Transnational telework; international telework; remote work; distance work; future of work

1. ANTECEDENTES Y CUESTIONES PRELIMINARES

El desarrollo de las TIC no es el único cambio que ha afectado y está afectando al futuro del trabajo, también se constatan modificaciones en el ámbito de la organización del trabajo. La propia Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) ha evidenciado que las nuevas tecnologías de la información, el menor coste de las infraestructuras, las mejoras en logística y transporte han hecho posible que las empresas puedan gestionar una producción dispersa por todo el mundo[1]. En base a ello, no solo han aparecido nuevas formas de trabajo que afectan a la concepción de trabajar, sino también otras que se refieren al lugar de trabajo, como ha sido el teletrabajo ya sea nacional, transnacional o internacional.

[1] OIT: *Nonstandard employment around the world,* Understanding challenges, shaping prospects, 2016, p. 49.

Fecha Recepción: 31/1/2024 - Fecha Revisión: 1/3/2024 - Fecha Aceptación: 2/3/2024
Pags. 43-60

La propia OIT, en el Informe Inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo[2] ya contemplaba la figura del trabajo virtual o digital como una nueva forma de trabajo invisible creada por los cambios tecnológicos y la digitalización. La preocupación frente a dicha tendencia por parte de la OIT es que dicha fuerza de trabajo "no tiene ubicación propia y no suele tener una relación de empleo reconocida"[3]. La ausencia de ubicación propia abre las puertas a la internacionalización de las relaciones laborales bajo la modalidad de teletrabajo, sin que exista una regulación específica al efecto.

Hace ya varios años, incluso antes de la pandemia por COVID-19, distintas entidades y organizaciones internacionales advertían del uso cada vez más prolífico del teletrabajo, con ocasión de los avances vertiginosos de las telecomunicaciones. De hecho, entre las políticas públicas que los países se encuentran desarrollando para incrementar la disponibilidad de talento, aparece el cambio a las normas laborales relacionadas con el teletrabajo internacional, con un 19.1% de prioridad. Sobre dicho porcentaje, se sostiene que cerca del 20% de las entidades encuestadas espera cambios en la legislación laboral para dar cabida al teletrabajo (tanto dentro de sus fronteras) como política clave para aumentar la disponibilidad de talento[4].

España no se ha mostrado indistinto a estas tendencias. Si bien, en un primer momento, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, no contempló la figura del teletrabajo internacional o transnacional (norma adoptada en España tras la irrupción de la pandemia por la COVID-19), pues hace referencia exclusivamente al trabajo a distancia en sede nacional. Más tarde, el legislador consciente de la economía cada vez más globalizada e interdependiente y, con un peso importante del trabajo a distancia fuera de nuestras fronteras decide abordar, parcialmente[5], la laguna existente en torno a los teletrabajadores internacionales y tiene a bien incluir la Disposición Final quinta en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, con el fin de atraer talento e inversión mediante la creación de ecosistemas favorables al establecimiento de emprendedores o trabajadores a distancia, conocidos "nómadas digitales". A través de la Disposición Final quinta se incorpora un conjunto de medidas migratorias para facilitar la entrada y residencia de los teletrabajadores profesionales altamente cualificados. En tal sentido, para regular la residencia de los teletrabajadores más estable, se crea una nueva categoría de visado y de autorización de residencia para los denominados "nómadas digitales".

En el ámbito comunitario, el Acuerdo marco sobre el teletrabajo, de 16 de julio de 2002 no contempla la figura del teletrabajo transnacional o internacional a pesar de la revisión del Acuerdo en 2005 y posteriormente en 2009. Tampoco lo recoge ninguna normativa internacional, como pudiera ser el Convenio núm. 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio[6] o la Recomendación núm. 184 sobre trabajo a domicilio. La ausencia de una regulación de teletrabajo transnacional e internacional evidencia un vacío legal y la necesidad de regularlo ante una realidad cada día más demandada.

Hasta el momento, como veremos, en materia de seguridad social se ha aplicado por analogía los Reglamentos de Coordinación de los sistemas de seguridad social, pues la naturaleza de la relación laboral en el teletrabajo, al igual que sucede en los desplazamientos temporales de trabajadores, se ve afectada por un elemento de internacionalidad; así como los Convenios bilaterales en materia de seguridad social suscritos por España con otros países. No obstante, indudablemente, el teletrabajo internacional y transnacional presenta peculiaridades y como tal requiere una regulación específica

[2] OIT: *Informe Inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo,* Oficina Internacional del Traabjo, OIT, 2017.

[3] Ídem., p. 21.

[4] Véase World Economic Forum (WEF): *Future of Jobs Survey,* 2023, p. 57

[5] Decimos parcialmente pues deja muchas cosas en el tintero como veremos.

[6] Entró en vigor en España el 25 de mayo de 2023.

en cuanto a determinación de la ley aplicable, delimitación de responsabilidades, protección social, régimen tributario, en general, todos los derechos que asisten a la persona teletrabajadora.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La pandemia por COVID-19 creó una situación excepcional que incluyeron medidas de distanciamiento social y ello tuvo como consecuencia, entre otras, un aumento de las actividades laborales realizadas a través de la modalidad de teletrabajo, gracias al desarrollo imparable de las TIC. A su vez, el carácter global de la crisis sanitaria y el empleo de similares medidas en diferentes países provocó un incremento sustancial de un tipo de teletrabajo transnacional e internacional que hasta la fecha tenía un carácter residual y ello supuso un motivo de preocupación para las propias personas trabajadoras (que residían en un Estado miembro y trabajaban exclusivamente en otro o en dos o más Estados miembros), y para las empresas ya que resultaba necesario determinar la forma en la que se aplicarían las disposiciones del Reglamento sobre coordinación de la seguridad social en circunstancias excepcionales. En este sentido, fue esencial recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión para determinar si podía aplicarse o no dicho Reglamento. De acuerdo con la sentencia de 13 de julio de 1995, Perrota, C-391/93 puede invocarse la fuerza mayor si el incumplimiento de las obligaciones legales es resultado de circunstancias ajenas a uno, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse a pesar de haber actuado con toda la diligencia. En base a ello, la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social tuvo a bien aprobar una serie de Notas orientativas sobre la pandemia de COVID-19, interpretación de la aplicación del título II del Reglamento (CE) 883/2004 y de los artículos 67 y 70 del Reglamento (CE) 987/2009 y teletrabajo, que serán analizadas en este estudio.

Desde el brote por COVID-19 el teletrabajo ya sea nacional, transnacional o internacional es una modalidad laboral cada vez más extendida y demandada tanto por las propias personas trabajadoras como por las empresas. Pues bien, pese a que existen innumerables ventajas de esta forma de prestación laboral, actualmente aún nos enfrentamos a numerosos retos, entre ellos la inexistencia de una normativa internacional, supranacional y nacional que regule esta forma de teletrabajo desde un tercer país. Esta ausencia normativa no es un problema solo de nuestro país, sino que es común a diversos países de nuestro entorno y ello pese a que el marco económico y empresarial lleva ya varios años sufriendo grandes cambios debido tanto a los avances tecnológicos como a la globalización, lo cual está ocasionando una progresiva reducción de las barreras entre los distintos países y un aumento de personas trabajadoras que se desplazan de uno a otro país para llevar a cabo su prestación laboral. La transformación de los entornos laborales en ambientes virtuales es a día de hoy una realidad muy instaurada en todo el mundo[7]. Cierto es que existen normas con proyección supranacional e incluso internacional que pueden solventar algunas de las principales cuestiones surgidas como consecuencia de la movilidad del trabajo fuera de las fronteras nacionales. Sin embargo, se ha puesto en evidencia que dichas normas no se refieren de manera directa o expresa al teletrabajo transnacional y mucho menos al teletrabajo internacional.

Pues bien, atendiendo a la problemática suscitada este estudio trata de dilucidar algunas cuestiones como: ¿Qué normativa en materia de seguridad social puede resultar de aplicación a los teletrabajadores transnacionales o internacionales?; ¿A qué legislación deben cotizar los teletrabajadores que prestan sus servicios en varios Estados miembros según sea un teletrabajo temporal o definitivo?

[7] Montalvo Romero, J.: "Teletrabajo en modalidad de expansión", 2020. Disponible en: http://doi.org/10.25009/ej.v0i2.2550 (Fecha de consulta 6/6/2024).

3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

En el apartado anterior hemos hecho de manera intencionada alusión a varios términos como son: teletrabajo internacional y teletrabajo transnacional o transfronterizo debido a que consideramos que ambos conceptos no pueden ser empleados como sinónimos[8], y ello pese a que la Real Academia de la lengua española trate ambas expresiones de manera casi sinónima, pues define internacional como "perteneciente o relativo a dos o más naciones" y transnacional como "que se extiende a través de varias naciones". Los primeros estudios realizados en relación con este tipo de teletrabajo se han referido al teletrabajo transnacional[9], aunque también encontramos estudios que lo denominan como teletrabajo transfronterizo[10], y recientemente se viene a utilizar en mayor medida el término de teletrabajo internacional[11].

Hasta que exista una definición legal de teletrabajo internacional y transnacional encontramos la definición de teletrabajo internacional establecida en el Libro Blanco sobre Teletrabajo Internacional[12] que lo recoge como "la prestación de servicios en régimen de teletrabajo desde un país extranjero a aquél donde se encuentre establecida la empresa que contrata al trabajador". Desde la vertiente doctrinal se ha definido específicamente el teletrabajo transnacional como "aquella relación laboral que transcurre a través de varios Estados, normalmente porque el empleado desarrolla las obligaciones propias desde su puesto de trabajo en un territorio soberano distinto de aquel donde se sitúa su empresario"[13], o como "toda modalidad de teletrabajo en la que concurra un elemento de internacionalidad, entendido como la separación entre el país desde el que presta el servicio el trabajador en régimen de teletrabajo y el país en el que se ubican los locales de la empresa y en el que se recibe, por tanto, el beneficio del servicio prestado"[14]. Igualmente, la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social en su Nota orientativa sobre teletrabajo[15] define el teletrabajo transfronterizo como "todo aquel que se lleva a cabo fuera de las instalaciones o el establecimiento del empleador en que realice normalmente el mismo trabajo, en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén situadas las instalaciones o el establecimiento del empleador y que utilicen tecnologías de la información para mantener el contacto con el entorno de trabajo del empleador o de la empresa (…)".

A nuestro juicio la noción de teletrabajador internacional aludiría a personas que desarrollan su trabajo en modalidad de teletrabajo que no pertenecen a un Estado miembro de la Unión Europea, es decir extracomunitarios. Por su parte, la noción de teletrabajador transnacional o transfronterizo se referiría a teletrabajadores procedentes de un Estado miembro. Esta tesis vendría defendida, además, por el hecho de que la propia Ley 28/2022 recoge un nuevo visado y una autorización que carecería

[8] De La Torre García, C.: "Futura Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes y el teletrabajo internacional en España", en *Capital Humano,* núm. 371, 2022.

[9] Sellas I Benvingut, R.: "Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 28 y 29 de mayo de 1999.* Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, p. 1121-1134.

[10] Thibault aranda, J..: "Aspectos jurídicos del teletrabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 11, 1998, pp. 93-108.

[11] 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,* núm. 2, 2022, pp. 217 y ss.

[12] VVAA.: *Libro Blanco sobre Teletrabajo Internacional,* FEEX, 2021, p. 24.

[13] Crespi Ferriol, Mª. M.: "Trabajo a distancia transnacional", en Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, J., *El trabajo a distancia,* La Ley, 2021, p. 661.

[14] Garicano, A., y De Armiño Rodríguez, J.A.: "Retos legales del teletrabajo internacional", *Documentación Laboral,* núm. 124, 2021, p. 24.

[15] Nota orientativa sobre teletrabajo, CA 125/22REV2.

de toda razonabilidad jurídica si nos encontrásemos ante trabajadores procedentes de otro Estado miembro[16]. Por todo ello, la normativa contenida en el Reglamento 883/2004 sería de aplicación en exclusiva al teletrabajo transnacional y no al teletrabajo internacional, quedando pendiente la aprobación, en el plano internacional, de una norma específica en materia de teletrabajo internacional que permita otorgar a los teletrabajadores sujetos a esta forma de trabajo una protección suficiente.

Consideramos oportuno también distinguir entre teletrabajo permanente o puro y temporal o híbrido o teletrabajo ocasional. El primero, es aquel teletrabajo cuya prestación de servicios se realiza de forma regular y permanente a distancia con uso de herramientas tecnológicas y prestando servicios en un país distinto a aquel donde esté ubicada la empresa[17]. El teletrabajo temporal o híbrido consiste en una prestación de servicios que combina teletrabajo con trabajo presencial en el cual el país de prestación de trabajo de manera online no coincide con el país donde esté ubicada la empresa. Por su parte, hablamos de teletrabajo ocasional cuando el teletrabajo se realiza fuera de las instalaciones del empleador en otro país distinto de la sede de la empresa de forma esporádica.

Igualmente, existen diversas modalidades de teletrabajo en función del lugar de trabajo. Esto es: teletrabajo en domicilio, teletrabajo móvil o itinerante. El primero de ellos implica que las tareas encomendadas a la persona trabajadora se realizarán para la ejecución de la prestación laboral, sin necesidad de desplazamiento a la sede de la empresa. En el caso del teletrabajo internacional indiscutiblemente el domicilio del trabajador debe estar ubicado en un país diferente a donde se encuentre la empresa. Por su parte, en el teletrabajo móvil o itinerante los trabajadores no tienen un lugar fijo de prestación de servicios, sino que trabajan en lugares diferentes[18]. En el plano de teletrabajo transnacional e internacional, el trabajo móvil es el desarrollado por los "nómadas digitales" que se caracterizan por la movilidad continua a distintos países.

Finalmente, en función del uso de herramientas tecnológicas podemos distinguir entre trabajo online u offline. El primero se caracteriza en que el trabajador se encuentra conectado mediante su equipo a la sede central de la empresa y el trabajador desarrolla sus funciones y traslada de manera inmediata los resultados a través de un video terminal conectado a un ordenador central. Lo esencial en esta modalidad es que la conexión es bidireccional[19]. Por su parte, el trabajo offline se realiza sin estar conectado a la red de la empresa, sino que únicamente el empleado recibe una serie de instrucciones y objetivos teniendo al final del día que enviarlos a la empresa y donde el trabajador ejecuta la prestación laboral sin ningún tipo de conexión electrónica o telemática con la empresa. Una parte minoritaria de la doctrina entiende que esta modalidad no tiene naturaleza de teletrabajo. Sin embargo, el criterio mayoritario considera que sí, pues el trabajador recibe unas instrucciones, está sometido a un cierto control de trabajo y su ejecución, se realiza a través de diferentes medios de comunicación telefónica o informática[20]. En este último caso, podríamos decir que el "indicio de conexión" se da con menos intensidad.

[16] Véase VVAA.: *Libro Blanco sobre Teletrabajo Internacional,* FEEX, 2021, pp. 61 y 63.

[17] 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,* núm.2, 2022, p. 177.

[18] Mella Méndez, L.: "Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo", *Aranzadi Social,* núm. 11, 1998, p. 641.

[19] Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, J.: *El teletrabajo en España: perspectiva jurídico-laboral,* Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2001, p. 24.

[20] Escudero Rodríguez, R.: "Teletrabajo" en AAVV: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza,* 28 y 29 de mayo de 1999, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2000, p. 769.

4. LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

En el caso de España, el artículo 7 el Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de octubre de 2015, incluye en el ámbito de aplicación de la seguridad social a los españoles que residan en España y a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que ejerzan su actividad en territorio nacional y puedan considerarse trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia, socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, estudiantes o funcionarios. Este principio de territorialidad también es el criterio general y preferente de asignación de la normativa de seguridad social aplicable en los diferentes instrumentos que coordinan la seguridad social en dos o varios países.

Si bien la normativa de seguridad social es de orden público y, por tanto, se regula por cada Estado miembro, la normativa más relevante a la que debemos atenernos a nivel Europeo es el Reglamento 883/2004 (posteriormente modificado por el Reglamento (UE) 2017/492, de 21 de marzo de 2017) que viene a homogeneizar los mecanismos de Seguridad Social al sustituir los convenios bilaterales entre los Estados miembros, aunque, no obstante, aplica el principio de norma más favorable al permitir la subsistencia de disposiciones anteriores siempre que resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado; y el Reglamento 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) 883/2004, sobre la Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, vigentes desde el 1 de mayo de 2010.

Los Reglamentos de coordinación comunitaria son los que determinan la ley aplicable en materia de seguridad social, es decir, a qué sistema de seguridad social nacional debe afiliarse la persona trabajadora y por tanto cotizar[21]. Con las reglas de coordinación se trata de evitar la aplicación de varias legislaciones a una misma prestación de servicios y, por tanto, la doble cotización o los posibles vacíos de protección por no existir legislación aplicable[22]. El criterio general que se utiliza para determinar la ley aplicable es el principio de territorialidad, (*lex loci laboris*) de forma que el lugar de prestación de servicios es el que determina la norma de aplicación. No obstante, este principio general cuenta con una serie de excepciones, como veremos.

El Reglamento 883/2004 se encarga de regular los mecanismos de coordinación de los sistemas de seguridad social, respetando las características especiales de las legislaciones nacionales en la materia, cuando se producen desplazamientos de trabajadores. En cualquier caso, las normas de coordinación deben garantizar a las personas que se desplazan dentro de la Unión Europea, a las personas a su cargo y a sus supérstites, el mantenimiento de los derechos y ventajas que hayan adquirido o estén adquiriendo. En lo referente a otros instrumentos de coordinación el artículo 8 del Reglamento (CE) 883/2004 dispone que "el presente Reglamento sustituirá a cualquier otro convenio de seguridad social aplicable entre los Estados miembros. No obstante, continuarán siendo de aplicación determinadas disposiciones de convenios de seguridad social suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del presente Reglamento, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal".

[21] Dans Álvarez de Sotomayor, L.: "Las normas de coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social", *Trabajo y Derecho,* núm. 4, 2016, p.4

[22] Los citados Reglamentos de coordinación comunitaria no resultan de aplicación para solventar los conflictos de carácter privado, tales como mejoras voluntarias o seguros privados en materia de Seguridad Social pues al ser inherentes al contrato de trabajo se rigen por el Reglamento Roma I.

Respecto a la determinación de la legislación aplicable el propio art. 11 del Reglamento 883/2004, como previamente habíamos anunciado, aplica el principio *lex loci laboris* (principio de territorialidad) al establecer que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro. En caso de no serle aplicable esta norma, deja como elemento residual la *lex loci domicili,* al definir como legislación aplicable el Estado miembro de residencia [art. 11 e)]. Pero sin duda alguna el precepto más destacado para lo que aquí se estudia es el artículo 12 que dispone con claridad que cuando "la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta a otro Estado miembro seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona".

De acuerdo con lo anteriormente indicado, existen dos excepciones al principio de territorialidad. Una primera que alude al desplazamiento temporal de trabajadores, en cuyo caso mantiene la afiliación y cotización en el país de origen. La segunda excepción se refiere a la prestación de servicios realizada en varios Estados miembros, en la que se establece la preferencia en la aplicación de la legislación en que resida el trabajador. Así pues, el artículo 12 del Reglamento 883/2004 establece con claridad que cuando una persona se desplace a trabajar por cuenta de un empresario a otro Estado miembro permanecerá bajo la legislación del estado de origen. Es importante destacar que la norma establece el límite temporal de 24 meses.

Por su parte, el artículo 13 del citado Reglamento da un margen más amplio a esta legislación aplicable y dispone como primer criterio el Estado de residencia cuando la parte sustancial de la actividad se realice en el Estado del domicilio, y cuando no se de dicha circunstancia, se aplicaría la legislación del Estado donde el empleador tenga su sede o domicilio. Pese a que el Reglamento define los elementos de la legislación aplicable, se han producido con posterioridad ciertas controversias en cuanto a determinadas cuestiones, como la propia figura del empleador o el término de "actividad sustancial en un Estado miembro"[23]. No obstante, la ley aplicable no se determina directamente, sino que es el Estado cuya legislación sea aplicable el que deberá certificarlo[24].

Todo lo anteriormente expuesto es válido en caso de desplazamiento de trabajadores dentro del ámbito comunitario, pero lo que aquí nos planteamos es si los Reglamentos de coordinación comunitaria son de aplicación al teletrabajo transnacional. El Reglamento 883/2004, aunque no contempla la figura de teletrabajador transnacional sí recoge la de "trabajador transfronterizo como aquel que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana" [art. 1 f)]. El campo de aplicación de la citada normativa se refiere a "las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites.

Al no existir una norma específica para el teletrabajo transnacional, pudiéramos entender que sí se pueden aplicar los Reglamentos de coordinación, pues como ha señalado la doctrina "donde la

[23] Estas definiciones fueron aclaradas con posterioridad a través de la Decisión Nº A2 de 12 de junio de 2009, relativa a la interpretación del artículo 12 del Reglamento 883/2004.

[24] Dicha obligación aparece recogida en el art. 19.2 del Reglamento 987/2009. La certificación se realizará mediante la expedición del certificado A1, que toma su nombre de la Recomendación A1 de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social.

ley no hace distinciones, nosotros tampoco habremos de hacerlas"[25]. Por tanto, a pesar de que no existe una alusión expresa al teletrabajo en los Reglamentos de coordinación, se puede aplicar por analogía dichos Reglamentos, así como los criterios jurisprudenciales existentes sobre la determinación de las normas de Seguridad Social aplicables ante el ejercicio del derecho de circulación de las personas trabajadoras[26].

5. NOTAS ORIENTATIVAS SOBRE TELETRABAJO TRANSNACIONAL O TRANSFRONTERIZO DE LA COMISIÓN ADMINISTRATIVA DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

La cuestión sobre si el teletrabajo transnacional o transfronterizo tiene cabida en los Reglamentos de Coordinación Comunitaria ha sido aclarada por los miembros de la Comisión Administrativa que aprobaron el 17 de junio de 2020 la Nota de orientación sobre la pandemia de COVID-19, completada con la Nota relativa a la interpretación de la aplicación del Título II del Reglamento 883/2004 y de los artículos 67 y 70 del Reglamento 987/2009 durante la pandemia de COVID-19. La Nota de orientación sobre la pandemia incluía unas orientaciones sobre la legislación aplicable al teletrabajo, en las que recomendaba que el teletrabajo en un Estado miembro distinto del Estado miembro de empleo competente ("habitual"), como consecuencia de la pandemia, no debía dar lugar a un cambio de la legislación aplicable.

En un principio, estas directrices eran aplicables hasta el 31 de diciembre de 2020, pero los miembros de la Comisión prorrogaron varias veces su plazo de aplicación por motivos persistentes de fuerza mayor, primero hasta el 30 de junio de 2021 y después, hasta el 31 de diciembre de 2021. A partir del 25 de noviembre de 2021 hasta el fin de la última prórroga, el 30 de junio de 2022, tuvo vigencia una versión revisada de la Nota de orientación sobre la pandemia de COVID-19. En junio de 2022 la Comisión Administrativa adoptó una Nota de orientación sobre el teletrabajo[27] y acordó que ya no había motivos de fuerza mayor y dejaba de ser una base legal para autorizar el mantenimiento de la legislación de origen en Seguridad Social en caso de teletrabajo. Sin embargo, dado que esta interpretación del marco jurídico vigente podía dar lugar a resultados distintos de los previstos en la Nota de orientación sobre la pandemia de COVID-19 acordada previamente a la vista de las circunstancias excepcionales, se decidió que podría recomendarse un periodo de transición, durante el cual no se produciría ningún cambio en la legislación aplicable. Este periodo transitorio tuvo una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2022, prorrogado hasta el 30 de junio de 2023.

La Comisión Administrativa durante el periodo transitorio creó un grupo *ad hoc* con el fin de examinar el tema del teletrabajo y la interpretación de los artículos 12, 13 y 16 del Reglamento 883/2004. Fruto de ello, en junio de 2023 la Comisión Administrativa adoptó una nueva Nota orientativa sobre el teletrabajo aplicable a partir del 1 de julio de 2023[28].

Así bien, la Comisión Administrativa, partiendo del principio *lex loci laboris* (que la persona que ejerce una actividad profesional en el territorio de un Estado miembro está sometida a la legislación de ese Estado) consagrado en el artículo 11 del Reglamento 883/2004 establece que debe seguir siendo prioritario a la hora de determinar la legislación aplicable a cualquier persona que

[25] 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,* núm. 2, 2022, p. 226.

[26] Martínez Martínez, V.: "Intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de coordinación de los sistemas de seguridad social europeos", *Estudios de Deutso,* núm. 2, p. 188.

[27] Nota de orientación sobre el teletrabajo, CA 125/22REV2.

[28] Nota de orientación sobre el teletrabajo aplicable a partir del 1 de julio de 2023, CA 137/23.

ejerza una actividad profesional. No obstante, son posibles algunas excepciones, especialmente en el contexto de los artículos 12 y 13 del Reglamento 883/2004 y en relación con el teletrabajo, a saber:

— En aplicación del art. 12 del citado Reglamento, operará la excepción del principio *lex loci laboris* cuando la persona trabajadora sea enviada por la empresa a otro Estado miembro para realizar el trabajo en nombre del empresario. No obstante, la aplicación de dicha excepción únicamente refiere a los casos en que el teletrabajo en otro Estado miembro sea puntual o temporal y no forma parte del esquema habitual de la prestación de servicios. Es este caso, por tanto, los teletrabajadores, previa obtención de los denominados certificados A1, cotizarán en el país de origen.

— Si el teletrabajo se lleva a cabo en más de un Estado miembro como parte del esquema habitual de la prestación de servicios y de forma permanente, previo acuerdo entre empresa y persona trabajadora, cabe aplicar la legislación del Estado de residencia. En este sentido, se podría seguir manteniendo el sistema de Seguridad Social español, por ejemplo, si el domicilio de la persona trabajadora se encontrara dentro del ámbito de aplicación del mismo. Se continúa partiendo del criterio del 25% del peso de la actividad sobre un periodo de 12 meses como regla referencial para evaluar la sustancialidad de la actividad dentro de un mismo Estado miembro. No obstante, la propia nota orientativa afirma que dicho criterio podría interpretarse de manera flexible en cada caso.

— Por último, y en aplicación del art. 16 del Reglamento 883/2004, la Nota orientativa recuerda a los Estados miembros que pueden adoptar acuerdos en materia de excepciones a la regla general del *lex loci laboris,* como solución a la regulación del sistema y legislación aplicable en el teletrabajo transfronterizo.

Posteriormente, a partir del 1 de julio de 2023 a través de la Nota orientativa sobre el teletrabajo[29] la Comisión Administrativa aclaró algunos aspectos interesantes:

— Recoge ciertos supuestos de aplicación del artículo 12 del Reglamento 883/2004: por ejemplo cuando un empleador tiene que cerrar algunas dependencias del edificio de oficinas para renovarlas y se envía a su domicilio a toda la plantilla que trabaja en esas dependencias para que teletrabajen; el empleado que tiene que trabajar desde casa para cuidar a hijos enfermos, familiares ancianos, hijos pequeños, etc.; cuando empleador y persona trabajadora se ponen de acuerdo para teletrabajar durante algunas semanas para concentrarse en un proyecto; teletrabajo en el mes posterior a las vacaciones; etc.

— Establece de forma expresa que el teletrabajo de duración superior a veinticuatro meses no entra dentro de la aplicación del artículo 12 del Reglamento 883/2004, es decir, el teletrabajo continuo a tiempo completo en un Estado miembro sin límite temporal quedaría excluido del artículo 12, si no tiene un fin determinado o un carácter temporal y se supone que su duración superará los veinticuatro meses. En cambio, será aplicable el artículo 11.3 del Reglamento 883/2004. En este caso, será aplicable el principio de territorialidad (*lex loci laboris).*

— Asimismo, cuando el teletrabajo se ejerza normal y habitualmente en más de un Estado miembro, sobre la base de un acuerdo entre el empleador y el empleado, será aplicable el artículo 13 del Reglamento. De acuerdo con dicho precepto, la legislación del Estado miembro de residencia se aplica cuando en él se ejerce una parte sustancial de la actividad.

[29] Nota orientativa sobre el teletrabajo aplicable a partir del 1 de julio de 2023, CA 137/23.

De lo contrario, se aplicará la legislación del Estado miembro en que se localice la sede social o el establecimiento de la empresa[30].

6. ACUERDO MARCO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO 883/2004 Y CRITERIO FLEXIBILIZADOR DE LA TGSS

A pesar de todas las aclaraciones que ha realizado la Comisión Administrativa a través de las notas comentadas, no podemos afirmar que ello solucione la laguna normativa existente en cuanto a qué legislación en materia de seguridad social ha de resultar aplicable a los teletrabajadores transfronterizos o transnacionales. Estas cuestiones también han sido abordadas por dos instrumentos que introducen importantes novedades en cuanto a la coordinación de los sistemas de seguridad social en el ámbito de la Unión Europea: por un lado, el Acuerdo Marco relativo a la aplicación del artículo 16.1 del Reglamento 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual[31] y, por otro, el Criterio flexibilizador respecto a la interpretación del artículo 12 del citado Reglamento, de la Tesorería General de la Seguridad Social[32].

Estas novedades resultan de especial interés pues dotan de una mayor seguridad jurídica al teletrabajo transnacional o transfronterizo que, a día de hoy se encuentra en pleno auge, pero sin un encaje específico en la normativa europea lo que genera gran incertidumbre a la hora de su implantación.

El Acuerdo marco, que entró en vigor el 1 de julio de 2023, es un convenio multilateral entre Estados miembros que permite excepcionar la regla general de que los teletrabajadores están sujetos a la legislación del Estado de residencia. Dentro del ámbito de aplicación se incluye a todos aquellos supuestos recogidos dentro del artículo 16.1 del Reglamento siempre que residan[33] en uno de los Estados firmantes, pero establece una importante limitación al excluir expresamente a los trabajadores por cuenta propia, a todos aquellos que ejerzan una actividad distinta del teletrabajo y a los que realicen cualquier actividad en un Estado no contratante.

El Acuerdo marco ha tenido en cuenta la situación del teletrabajador transnacional o transfronterizo que por acuerdo con la empresa adopta un modelo "híbrido", ampliando este periodo a tres años; si bien, no alarga el ámbito temporal para los teletrabajadores transfronterizos que lo realicen de forma permanente y tampoco resulta de aplicación a los nómadas digitales o al teletrabajo internacional que se verá más adelante. Debido a la limitación impuesta del 50% del total del tiempo de trabajo, no será aplicable a los teletrabajadores que lo desarrollen a tiempo completo y de forma permanente. Por tanto, los teletrabajadores que realicen su actividad de forma habitual en uno o varios Estados distintos de aquel donde se encuentra la empresa, cotizarán en el Estado de la empresa, siempre y cuando el teletrabajo en el Estado de residencia sea inferior al 50% del tiempo de trabajo total. Lo anterior supone una excepción a lo que hasta ahora se venía aplicando a este perfil de teletrabajadores transfronterizos ya que estaban sujetos, con carácter general, a la legislación de seguridad social del Estado de residencia.

Conviene mencionar que este Acuerdo marco solo resulta de aplicación a los Estados firmantes (diecinueve de los veintisiete Estados miembros, entre ellos España), lo que hace necesario plantearse

[30] De acuerdo con el art. 14.8 del Reglamento 987/2009 cuando la actividad laboral se desarrolle en un porcentaje inferior al 25% durante doce meses significa que la actividad no se ejerce en el Estado miembro pertinente.

[31] BOE núm. 185, de 4 de agosto de 2023.

[32] Oficio JI-647/2023-1.2 FTP de la TGSS

[33] Considera como lugar de residencia el país desde donde se desarrolla el teletrabajo.

nuevamente una regulación comunitaria a nivel general. Igualmente, tampoco se ofrecen soluciones en el caso del teletrabajo de larga duración más allá de los veinticuatro meses. Pues una vez superado ese margen temporal el teletrabajador estaría sometido a la legislación del país de residencia lo que supondría para la empresa una mayor carga administrativa al tener que realizar cotizaciones en el país de destino. Por último, indicar que el Acuerdo marco tiene una vigencia inicial de cinco años prorrogable automáticamente.

Por otro lado, el Criterio flexibilizador de la TGSS que también se aplica desde el 1 de julio de 2023, se refiere a los supuestos en los que el teletrabajo en otro Estado miembro es aleatorio, limitado en el tiempo y no forma parte de la modalidad de prestación habitual de servicios. En estos supuestos, la TGSS, en consonancia con la Nota orientativa sobre el teletrabajo aplicable a partir del 1 de julio de 2023, CA 137/23, considera que el teletrabajador sigue sujeto a la legislación del Estado desde donde realizaba su actividad de forma ordinaria, pudiendo solicitar un certificado de desplazamiento temporal (A1).

En definitiva, tanto el Acuerdo marco como el Criterio flexibilizador de la TGSS recogen reglas concretas en una materia hasta el momento con una laguna de regulación específica. Estas medidas suponen un avance para que las empresas puedan canalizar las peticiones de teletrabajo transfronterizo con mayor seguridad y que no tengan que recurrir a las llamadas "empresas buzón" o *employer of record;* empresas que asumen la contratación del trabajador en destino, con todo el riesgo que ello puede suponer[34].

7. NORMATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE EN EL TELETRABAJO INTERNACIONAL

Hemos visto la legislación que resultaría aplicable en materia de Seguridad Social a los teletrabajadores transfronterizos o transnacionales pertenecientes al ámbito comunitario. Ahora corresponde determinar qué ley en dicha materia resulta de aplicación a los teletrabajadores internacionales, es decir a aquellos teletrabajadores que no forman parte de un Estado miembro. En el ámbito de la movilidad internacional los convenios internacionales (bilaterales y multilaterales) han sido la herramienta más utilizada para recoger las cuestiones relativas a la protección social.

En este sentido encontramos normas de protección social entre otras, la Carta Social Europea de 1961 y el Convenio núm. 102 de la OIT de 1952, sobre la Seguridad Social, pero no hacen referencia a la determinación de la legislación aplicable y aún menos al término teletrabajo internacional. Al no existir una norma unitaria que regule las relaciones entre terceros Estados y la Unión Europea, nos vamos a centrar en lo que se refiere estrictamente al ámbito nacional. España tiene suscrito diversos convenios de carácter internacional, a saber:

— Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social[35]. Ninguno de los convenios suscritos entre España y otros países hace alusión al teletrabajo como modalidad de prestación de

[34] Sobre el fenómeno del *dumping social* en el teletrabajo internacional, véase Ma Zhou, Z.: "La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de lege ferenda", *Temas Laborales,* núm. 165, 2022, pp. 183-213.

[35] Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979; Convenio de Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América de 30 de septiembre de 1986; Convenio de Seguridad Social entre España y Canadá de 10 de noviembre de 1986; Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela de 12 de mayo de 1988; Convenio de Seguridad Social entre España y la República Federativa de Brasil de 16 de mayo de 1991;Convenio de Seguridad Social entre España y la Federación de Rusia de 11 de abril de 1994; Convenio de Seguridad Social entre España y los Estados Unidos Mexicanos de 25 de abril de 1994; Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania de 7 de octubre de 1996; Convenio de Seguridad Social entre España y la República Oriental del Uruguay de 1 de diciembre de 1997; Convenio de Seguridad Social entre España

servicios. Sin embargo, por extensión se puede utilizar el término "desplazamiento" pues en ninguno de los convenios se define el tipo de trabajo ni una limitación geográfica. En prácticamente todos los convenios bilaterales analizados se puede comprobar que se establece el sometimiento al régimen de Seguridad Social del Estado de origen con una duración más o menos larga con periodos que oscilan entre un año, como es el caso del Convenio de Seguridad Social entre España y Andorra, hasta a setenta y dos meses, como ocurre en el Convenio de Seguridad Social entre España y China. Sin embargo, el Convenio de Seguridad Social entre España y México permite a la persona trabajadora elegir el régimen de seguridad social aplicable. En la mayoría de los convenios se establece la posibilidad de prorrogar, si bien previo acuerdo de los Estados firmantes.

— Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 10 de noviembre de 2007. Este convenio ha sido ratificado por siete Estados miembros, entre ellos España. No obstante, para que la entrada en vigor en los Estado Parte que lo han ratificado tenga efectividad es necesario que dichos Estados Parte suscriban el Acuerdo de Aplicación que lo desarrolla. Dicho convenio también opta por la regla general de aplicar la legislación de Seguridad Social de *lex loci laboris* (es decir, la ley del Estado en el que la persona trabajadora ejerza la actividad, art. 9 del Convenio Multilateral). Aunque, este convenio establece una excepción para desplazamientos temporales máximos de doce meses, prorrogables por igual periodo, que debe ser autorizada por la autoridad competente del Estado de destino, en cuyo caso se mantendrá la vinculación con el sistema de Seguridad Social del Estado de origen (art. 10 del Convenio Multilateral).

De acuerdo con lo dicho, con carácter general, los Reglamentos de Coordinación Comunitaria, así como los Convenios bilaterales y Multilateral estudiados establecen las mismas reglas y excepciones al principio de territorialidad (*lex loci laboris)*. Esta regla general, como hemos visto, suele exceptuarse para trabajadores por cuenta ajena en supuestos de prestación conjunta de servicios en dos países o en el caso de desplazamientos temporales a instancias de la empresa a otro país.

8. DETERMINACIÓN DE LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL TELETRABAJO TRANSNACIONAL O TRANSFRONTERIZO

Antes de nada, conviene recordar el principio de libre circulación de trabajadores naciones de los Estados miembros de la Unión Europea. En este sentido, el propio Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, dispone que los nacionales extranjeros bajo su ámbito de aplicación "tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios

y la República de Chile de 8 de enero de 1997; Convenio de Seguridad Social entre la República del Paraguay y España de 24 de junio de 1998; Convenio de Seguridad Social entre España y el Principado de Andorra de 9 de noviembre de 2001; Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Filipinas de 12 de noviembre de 2002; Convenio entre España y Australia sobre Seguridad Social de 31 de enero de 2002; Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Perú de 16 de junio de 2003; Convenio de Seguridad Social entre España y la República Dominicana de 1 de julio de 2004; Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Colombia de 6 de septiembre de 2005; Convenio de Seguridad Social entre España y Japón de 12 de noviembre de 2008; Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Ecuador de 4 de diciembre de 2009; Convenio de Seguridad Social entre España y la República de Corea de 14 de julio de 2011; Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez de 26 de febrero de 2011; Convenio de Seguridad Social entre España y República de Cabo Verde de 23 de noviembre de 2012; Convenio de Seguridad Social entre España y la República Popular de China de 20 de marzo de 2018.

o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea".

De acuerdo con lo dicho, tendrán derecho a trabajar desde España en remoto para empresas radicadas en el extranjero, en igualdad de condiciones que los nacionales españoles, sin necesidad de obtención de residencia y/o visado que se lo permita, los siguientes (arts. 2 y 2 bis del RD 240/2007):

— "Ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como de la Confederación Suiza";

— "Los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: a) su cónyuge (…), b) la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro (…), c) sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada (…) d) a sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja (…)".

Por tanto, los nacionales de los Estados miembros bajo el ámbito de aplicación del RD 240/2007 pueden trabajar en remoto desde España para empresas extranjeras sin necesidad de autorización o visado.

Respecto a la determinación de la normativa europea aplicable en materia de seguridad social a los teletrabajadores transnacionales o transfronterizos, tal y como hemos indicado previamente, el artículo 11 del Reglamento (CE) 883/2004 establece la regla general de cotización en el lugar de trabajo (*lex loci laboris*)[36]. Sin embargo, los artículos 12 y 13 establecen excepciones. El artículo 12 dispone una gran excepción que permite mantener la cotización en el país de origen (por ejemplo, España). En estos casos debemos obtener un certificado de cobertura, es decir, comunicaremos a la Seguridad Social el tiempo y país donde desarrollaremos el teletrabajo mediante el formulario adecuado (en el caso de España: TA 300) y recibiremos el certificado de cobertura A1 o Documento Portátil A1 (PD A1)[37].

Por su parte, el artículo 13 del Reglamento (CE) 883/2004 está destinado a los trabajadores que prestan servicios en dos o más países de la Unión Europea, estableciendo unas normas de conflicto para determinar el lugar de cotización en función de una serie de supuestos. Asimismo, el artículo 13.1 a) introduce el concepto de "parte sustancial de su actividad": "La persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros estará sujeta: a) a la legislación del Estado miembro de residencia, si ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro"[38]. Al abrigo de lo señalado, el Reglamento 987/2009, en su artículo 14.8, se encarga de determinar el porcentaje de actividad sustancial, consistente en superar o no el 25% de tiempo

[36] Martín-Pozuelo López, A.: *Teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable,* Tirant lo Blanch, 2022, pp. 134 y ss.

[37] De acuerdo con los Reglamentos Comunitarios (CE) 883/2004 y 978/2009 estos certificados A1 deben emitirse únicamente par supuestos de desplazamientos de trabajadores, per a raíz del COVID-19 se acordó de manera uniforme para todos los Estados miembros que dichos certificados se emitieran para los supuestos de teletrabajo transnacional.

[38] La duda que surge es qué se considera por "actividad sustancial". El TJUE a través de sus criterios jurisprudenciales ha aclarado que el ejercicio de actividades sustanciales difiere de las de mera gestión interna y que la actividad sustancial implica no solo el cumplimiento de los requisitos formales referentes a inscripción, autorización y domicilio social de una empresa en un territorio, sino que debe probarse efectivamente que se realizan actividades sustanciales (STJUE, de 3 de junio de 2021, *Team power Europe,* asunto C-784/19).

de trabajo. Dicho de otro modo, en el contexto de una evaluación global, el hecho de alcanzar un porcentaje inferior al 25% será un indicador de que una parte sustancial de las actividades no se ejerce en el Estado miembro de que se trate. Finalmente, el artículo 16.1 del Reglamento 883/2004 establece excepciones a los artículos 11 a 15 y permite pactar el lugar de cotización mediante un acuerdo de voluntad de las partes.

Como previamente hemos indicado, el 1 de julio de 2023 entró en vigor el Acuerdo Marco relativo a la aplicación del artículo 16.1 del Reglamento 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual. Dicho Acuerdo está pensado para aquellas personas trabajadoras que voluntariamente quieran acogerse a la nueva excepción, consistente en que la persona que teletrabaja desde su casa (lugar de residencia) menos del 50% puede mantener la cotización en el país de establecimiento de su empresa, es decir en el país de origen. Si bien, se requiere que sea trabajador por cuenta ajena (no autónomo) y que haya una conexión digital en la mayoría de su tiempo de trabajo. En consecuencia, el artículo 13.1 a) del Reglamento 883/2004 sigue en vigor y es aplicable si no se solicita expresamente el Acuerdo marco. No obstante, para que los teletrabajadores transfronterizos o transnacionales puedan teletrabajar desde su país de residencia y mantener el sistema de Seguridad Social en el país en el que se encuentra la empresa del empleador, deben cumplirse los siguientes requisitos:

— El Estado de residencia del teletrabajador debe ser diferente del Estado del domicilio social o lugares de negocio de su empresa.

— El Estado de residencia del empleado y el Estado en el que el empleador tiene su domicilio social o lugar de negocios son ambos signatarios del Acuerdo marco.

— La solicitud debe ser presentada por la empresa o el teletrabajador.

— La proporción del trabajado en el país de residencia debe ser inferior al 50% (anteriormente era el 25%) del periodo total de trabajo del teletrabajador.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo previsto en el art. 13.1 a) del Reglamento 883/2004 y Acuerdo marco[39], tenemos las siguientes situaciones:

— Si el teletrabajador trabaja desde su lugar de residencia menos del 25%, cotiza en el país de la empresa.

— Si el teletrabajador por cuenta (no aplica a los autónomos) trabaja desde su lugar de residencia entre el 25% y el 50% y tiene conexión a internet puede solicitar que se le aplique lo dispuesto en el Acuerdo marco y cotizará en el país de la empresa.

— Si el teletrabajador trabaja desde su lugar de residencia un porcentaje superior al 50% cotizará en el país donde radique la empresa.

Respecto al procedimiento para acogerse a lo dispuesto en el Acuerdo marco, el art. 4 del propio Acuerdo establece que el teletrabajador o la empresa podrán solicitar, conforme al art. 18 del Reglamento 987/2009, la aplicación del mismo al organismo de la Seguridad Social competente del país, cuya legislación sea aplicable. Dicho organismo intercambiará información con el otro Estado

[39] El propio Acuerdo marco establece en su artículo 2.3 unos supuestos de exclusión: ejercer habitualmente una actividad distinta del teletrabajo transfronterizo en el Estado de residencia; ejercer habitualmente una actividad en un Estado distinto a los firmantes del Acuerdo marco; los trabajadores autónomos.

implicado de forma electrónica mediante el sistema EESSI utilizando LA_BUC_01 cuando pueda darse por preconcedido el consentimiento del Estado de residencia. La institución competente del Estado signatario cuya legislación sea aplicable expedirá un certificado (PD A1) de cobertura por un máximo de 3 años, prorrogables previa nueva solicitud.

9. DETERMINACIÓN DE LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL TELETRABAJO INTERNACIONAL

Ahora cabe analizar qué ocurre con los nacionales extranjeros que no se encuentran bajo el ámbito de aplicación del régimen comunitario y cuya entrada y permanencia se rige por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de 11 de enero de 2000; el Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; la Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español; y en determinados supuestos por la sección de movilidad internacional de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, de 27 de septiembre de 2013.

A finales del año 2022 se promulgó la Ley 28/2022, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, conocida como Ley de "startups". Esta norma es de gran importancia pues incluye expresamente a los teletrabajadores de carácter internacional. Concretamente, la Disposición Final quinta modifica la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, incluye un punto f) en el artículo 61, en el que hace referencia expresa al teletrabajo internacional e introduce un nuevo capítulo en la sección 2ª del Título V. Ese nuevo capítulo se encarga de definir al teletrabajador internacional como "aquel nacional de un tercer Estado que realice una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos o de telecomunicaciones", limitando esta prestación para empresas radicadas fuera del territorio nacional. El legislador ha extendido esta definición al trabajador por cuenta propia al incluir la realización de una actividad profesional siempre que no trabaje para una empresa radicada en España más del 20% del total de su actividad.

Al calor de lo señalado, los artículos 74 quarter y 75 quinquies de la Ley 28/2022 enumeran las condiciones para el visado y residencia, respectivamente. Se crea un visado para teletrabajadores de carácter internacional de duración de un año; visado que podrá convertirse en autorización de residencia si se solicita sesenta días antes de su expiración siempre que se mantengan las condiciones que se tuvieron en cuenta para el visado. La autorización de residencia tendrá una vigencia máxima de tres años que puede ser renovable por periodos de dos años mientras se mantengan las condiciones.

Respecto a la determinación de la normativa aplicable en materia de seguridad social la Ley 28/2022 no hace alusión alguna al régimen de seguridad social. Trayendo a colación lo que hemos indicado anteriormente, sería de aplicación en estos supuestos los convenios bilaterales suscritos entre España y el país de origen. La regla general, al igual que en los Reglamentos comunitarios de coordinación, es la aplicación de la ley del país de prestación de servicios, permitiéndose, la aplicación de la Seguridad Social española en casos de traslados temporales con una duración máxima que oscila según el convenio que resulte aplicable.

En relación con las personas trabajadoras españolas que se desplacen a un país no miembro de la Unión Europea y sin convenio bilateral existente, la Orden Ministerial de 27 de enero de 1982 (ya derogada) disponía que las personas trabajadoras españolas desplazadas al servicio de empresas

españolas en el extranjero se encontraban en situación asimilada al alta y mantenían la obligación de cotizar en España mientas durase el desplazamiento. Si bien, la propia Orden excluía a los países con convenio bilateral donde pudiera existir la obligación de afiliación en el sistema de seguridad social una vez finalizado el límite temporal. Dicha Orden fue derogada por la Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas en el extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español. No obstante, esta reciente Orden no recoge de manera expresa la modalidad de teletrabajo internacional dentro de su articulado pues sigue haciendo referencia al "supuesto de desplazamiento de personas trabajadoras al servicio de sus empresas fuera del territorio nacional" (art. 1). Tampoco en su artículo 2 recoge el término de teletrabajador, pues se limita a definir como persona trabajadora desplazada "quien, siendo empleada en España en una empresa que ejerce sus actividades en territorio español, es enviada a otro país con el fin de realizar un trabajo asalariado por cuenta de dicha empresa".

Sin embargo, podríamos entender de manera amplia el concepto de persona trabajadora desplazada e incluir a los teletrabajadores. En este caso, si se pudiera aplicar dicha Orden a los teletrabajadores, en cuyo caso el artículo 5 ofrece una solución a los supuestos en que dicho desplazamiento (o teletrabajo) se alargue más allá de los límites temporales establecidos en los convenios bilaterales como en los instrumentos de coordinación. Así pues, el art. 5 de la Orden ISM/835/2003 establece que "las personas trabajadoras desplazadas al extranjero por sus empresas para trabajar por cuenta de estas, en el supuesto al que se refiere el párrafo c) del artículo 3[40], podrán continuar sujetas voluntariamente a la legislación española una vez agotado el periodo máximo de desplazamiento previsto en el respectivo instrumento internacional, incluidas las prórrogas que se hubieran autorizado, si estuvieran previstas en dicho instrumento". No obstante, pudiera ocurrir que el país de destino exija el alta y cotización en cuyo caso existiría duplicidad de cotización.

Imaginemos, en cambio, el supuesto de un teletrabajador estadounidense cuya empresa se encuentra ubicada en EEUU y acuerda con su empresa teletrabajar desde nuestro país durante dos años. Dado que la empresa que le contrata está ubicada en EEUU, se le aplicaría el Convenio bilateral en materia de seguridad social entre España y EEUU. Según el art. 5.1 le será de aplicación el régimen de seguridad social estadounidense por un por un periodo máximo a cinco años con opción de un año adicional. No obstante, esta medida está pensada para los supuestos de desplazamiento por lo que sería decisión de las autoridades aceptar el mantenimiento de la seguridad social del país de origen.

10. CONCLUSIONES

La globalización, el desarrollo de las TIC y, en última instancia, la pandemia global por COVID-19 nos han llevado a una nueva realidad laboral transnacional e internacional, el teletrabajo más allá de nuestras fronteras. Como la mayoría de las veces ocurre, la realidad va por delante de la regulación legal. Esta modalidad de prestación de servicios ha puesto de manifiesto que en la regulación legal existente no tiene fácil encaje. Esta misma ausencia la encontramos en el plano jurisprudencial, obviamente, debido a su relativa novedad. A pesar de la relevancia que está alcanzando esta modalidad de prestación de servicios y del interés manifestado por algunos gobiernos (por ejemplo, en España a través de la Ley 28/2022), lo cierto es que el desarrollo normativo a nivel internacional y comunitario ha sido significativamente escaso en el ámbito laboral y de seguridad social.

[40] Artículo 3 c) de la Orden ISM/835/2023: Situación asimilada a la de alta: "El desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que resulte aplicable un instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social que prevea la aplicación de la legislación de Seguridad Social en el país de origen durante dicho desplazamiento, una vez agotado el periodo máximo de duración previsto para el mismo, incluidas las prórrogas que se hubieran autorizado, en caso de que estas se contemplen en el respectivo instrumento internacional".

Pese a que la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social, así como el Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del art. 16 del Reglamento 883/2004 han despejado parcialmente el horizonte, se necesita una regulación normativa específica ante el silencio del legislador nacional (perdió su oportunidad de hacerlo por ejemplo en la Ley 28/2022), europeo e internacional (el Acuerdo marco solo resulta de aplicación a los Estados firmantes). Tampoco los Convenios bilaterales ofrecen soluciones cuando el teletrabajo se prolonga más allá de un lapso temporal determinado. En este sentido, resulta necesario que el legislador nacional, europeo e internacional regule esta nueva realidad del teletrabajo y clarifiquen el régimen de seguridad social aplicable en supuestos de teletrabajo internacional o transnacional, ya sea temporal o definitivo, con el fin de facilitar los trámites en cuanto a cotización, determinar qué país tiene la obligación de dar cobertura a determinadas contingencias, como desempleo, jubilación e incapacidad y asistencia médica.

En España, el teletrabajo internacional se ha integrado con la introducción a través de la Ley 28/2022 de relevantes cambios en la Ley 14/2013, al determinar los requisitos necesarios para que un teletrabajador extranjero pueda obtener en nuestro país un visado y permiso de residencia cuando preste su actividad profesional o trabaje para una empresa radicada fuera de nuestras fronteras a través de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, pero sin precisar modulaciones en relación al régimen de seguridad social aplicable a estos teletrabajadores. Ello provoca, entre otros efectos, que para que un teletrabajador internacional asalariado cotice en nuestro país su empresa deba abrir una cuenta de cotización en el sistema de Seguridad Social, y tener un gestor del sistema RED, con toda la complejidad que ello conlleva.

Como hemos visto, la falta de un marco jurídico específico a nivel nacional, pero también internacional, convierte al teletrabajo transnacional e internacional en una situación que conlleva diversos riesgos para las empresas y las personas trabajadoras, entre otros desde el punto de vista de seguridad social. Hasta que esa regulación general supla las lagunas normativas existentes en la materia, la Nota de orientación sobre teletrabajo elaborada por la Comisión Administrativa y el Acuerdo marco sobre teletrabajo transfronterizo han establecido los siguientes puntos clave para determinar la legislación de seguridad social que le resulta de aplicación.

De tal forma que, si el teletrabajo en el Estado de residencia del trabajador es inferior al 25% del tiempo de trabajo, el trabajador seguirá asegurado en el Estado donde se encuentre la sede de la empresa con arreglo a las normas establecidas; si el teletrabajo en el Estado de residencia del trabajador oscila entre el 25 y el 49% del tiempo de trabajo, y ambos Estados son firmantes del Acuerdo marco a petición del Estado donde se ubique la sede de la empresa, el trabajador puede estar asegurado en el Estado del empleador (con el consentimiento tanto del trabajador como del empleador) durante un periodo máximo de tres años y; si el teletrabajo en el Estado de residencia del trabajador es igual o superior al 25% del tiempo de trabajo, y uno o ambos Estados no son firmantes del Acuerdo marco o bien el teletrabajo es igual o superior al 50%, el Estado de residencia del trabajador debe ser notificado al respecto y por lo general, el trabajador estará asegurado en su Estado de residencia. No obstante, puede presentar una solicitud de exención en virtud del art. 16 del Reglamento 883/2004, lo que podría permitirle estar asegurado en el Estado del empleador. Los dos Estados implicados deben aprobar esta circunstancia.

En los supuestos complejos que impliquen actividades en más de dos Estados miembros, trabajar para diversos empleadores en diferentes Estados o trabajar de manera simultánea como empleado y como trabajador por cuenta propia, el Estado de residencia debe ser notificado al respecto. Si bien, en todas las situaciones puede presentarse una solicitud de exención de las normas establecidas con arreglo al artículo 16 del Reglamento 883/004, que será examinada por los Estados miembros.

En un escenario en que los servicios pueden prestarse desde cualquier ubicación gracias al teletrabajo, surge la preocupación de que las empresas quieran ubicar sus servicios en países con menores costes laborales y regímenes legales más favorables con el fin de evitar el "dumping social". En este orden de cosas, es necesario una regulación internacional y comunitaria para establecer unas condiciones mínimas laborales a respetar una contratación se realiza para prestar servicios en un país diferente a la sede donde se encuentra la empresa. Por su parte, la normativa nacional deberá respetar las materias reguladas desde instancias comunitarias e internacionales y, en consecuencia, no podrán afectar a cuestiones como Derecho aplicable, competencia jurisdiccional o seguridad social aplicable.

11. BIBLIOGRAFÍA

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,* núm. 2, 2022.

Crespi Ferriol, Mª. M.: "Trabajo a distancia transnacional", en Pérez de los Cobos Orihuel y Thibault Aranda, J., *El trabajo a distancia,* La Ley, 2021,

Dans Álvarez de Sotomayor, L.: "Las normas de coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social", *Trabajo y Derecho,* núm. 4, 2016

De la Torre García, C.: "Futura Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes y el teletrabajo internacional en España", en *Capital Humano,* núm. 371, 2022.

Garicano, A., y Armiño Rodríguez, J.A.: "Retos legales del teletrabajo internacional", *Documentación Laboral,* núm. 124, 2021.

Martínez Martínez, V.: "Intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de coordinación de los sistemas de seguridad social europeos", *Estudios de Deutso,* núm. 2

Martín-Pozuelo López, A.: *Teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable,* Tirant lo Blanch, 2022

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,* núm.2, 2022.

Montalvo Romero, J.: "Teletrabajo en modalidad de expansión", 2020. Disponible en: http://doi.org/10.25009/ej.v0i2.2550 (Fecha de consulta 6/6/2024).

Oit: *Nonstandard employment around the world,* Understanding challenges, shaping prospects, 2016.

Oit: *Informe Inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo,* Oficina Internacional del Traabjo, OIT, 2017.

Pérez Campos, A.I.: *El teletrabajo internacional. Situación actual y propuestas de regulación,* Thomson Reuters. Aranzadi, 2022.

Sellas I Benvingut, R.: "Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 28 y 29 de mayo de 1999.* Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, p. 1121-1134.

Thibault Aranza, J.: "Aspectos jurídicos del teletrabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 11, 1998, pp. 93-108.

VVAA: *Libro Blanco sobre Teletrabajo Internacional,* FEEX, 2021

World Economic Forum (WEF): *Future of Jobs Survey,* 2023